

DIREITO E LITERATURA: A PRESENÇA DE MAKUNAIMA

LAW AND LITERATURE: THE PRESENCE OF MAKUNAIMA

Alexandre F. Mendes¹Adriana Serrão²*Ao artista macuxi Jaider Esbell (1979-2021)*

Resumo: Às vésperas da celebração do centenário da Semana de Arte Moderna de 1922, já é possível afirmar que o momento é de reavaliação e busca de novos sentidos para o legado modernista no Brasil. O marco coincide com uma grande perplexidade em relação ao contexto político, econômico-social e ambiental do país, induzindo novas interrogações e angústias quanto ao nosso futuro próximo. O objetivo deste artigo é identificar, a partir de novas leituras que estão sendo realizadas da rapsódia de Mario de Andrade, *Macunaíma: o herói sem nenhum caráter* (1928/2017), uma dupla emergência: a) primeiro, a presença cada vez mais forte de vozes e narrativas indígenas na arte brasileira, incluindo releituras realizadas a partir do mito de Makunaima; b) segundo, uma dinâmica que acompanha a re(existência) da arte indígena, mas que desagua, dessa vez, em redes de atuação jurídica protagonizadas por representantes do próprios povos originários.

Palavras-chave: Direito e literatura. Modernismo brasileiro. Narrativas indígenas. Organizações jurídicas indígenas.

Abstract: On the eve of the centenary anniversary of the *Semana de Arte Moderna de 1922*, one could state that the moment is one of reassessment and the search for new meanings for the modernist legacy in Brazil. The milestone coincides with a great perplexity in relation to the country's political, economic-social and environmental context, bringing up new questions and anxieties about our future. The aim of this article is to identify, from new readings that are being carried out of Mario de Andrade's rhapsody, *Macunaíma: o herói sem nenhum caráter* (1928/2017), a double set of problems: a) first, the increasingly strong presence of indigenous voices and narratives in Brazilian art, including reinterpretations based on the myth of Makunaima; b) second, a dynamic that follows the same pattern of the re(existence) of indigenous art, but is composed, this time, by networks of legal action led by representatives of the indigenous peoples themselves.

Keywords: Law and Literature. Brazilian modernism. Indigenous narratives. Indigenous legal organizations.

¹ Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ na linha de Teoria e Filosofia do Direito (PPGD/UERJ).

² Advogada e mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito da UERJ na linha de Teoria e Filosofia do Direito (PPGD/UERJ).

1 INTRODUÇÃO

Às vésperas da celebração do centenário da Semana de Arte Moderna de 1922, já é possível afirmar que o momento é de reavaliação e busca de novos sentidos para o legado modernista no Brasil. O marco coincide com uma grande perplexidade em relação ao contexto político, econômico-social e ambiental do país, induzindo novas interrogações e angústias quanto ao nosso futuro próximo. O clima de balbúrdia, agitação, vaias, gritos e aplausos até poderia lembrar aquele fevereiro de 22 no Teatro Municipal de São Paulo - onde Mário de Andrade entoou os seus amores arlequinais e satirizou a futilidade da “civilização” paulistana (Tércio, 2019, p.131) – não fosse a sensação de imobilismo que resulta da nossa atual confusão.

No entanto, é no interior dessas novas leituras e reapropriações do modernismo, a despeito dos ruídos generalizados, que talvez seja possível identificar algo que se move e que lança à sociedade brasileira um conjunto de problemas transversais e urgentes. O objetivo deste artigo é identificar, a partir de novas leituras que estão sendo realizadas da rapsódia de Mario de Andrade, *Macunaíma*: o herói sem nenhum caráter (De Andrade, 1928/2017), uma dupla emergência: a) primeiro, a presença cada vez mais forte de vozes e narrativas indígenas na arte brasileira, incluindo releituras realizadas a partir do mito de Makunaima³; b) segundo, uma dinâmica que acompanha a re(existência) da arte indígena, mas que desagua, dessa vez, em redes de atuação jurídica protagonizadas por representantes do próprios povos originários.

Dessa forma, o artigo propõe articular direito e literatura a partir de duas chaves de análise. Em primeiro lugar, levaremos em conta as inovações trazidas pela literatura indígena, em especial a que se refere ao herói Makunaima, diferenciando-as de outras leituras presentes na fortuna crítica da rapsódia, em especial as de Haroldo de Campos (1973/2008) e Gilda de Mello e Souza (1979/2003); em segundo lugar, indo além da dimensão apenas narrativa, consideraremos o processo de etnogênese (Santos, 2020) dos povos indígenas, tanto na literatura, com no direito, destacando a fala recente do advogado Ivo Macuxi, no *II Seminário Internacional Direito, Política e Literatura*: fronteiras do humano, fronteiras da democracia

³ Neste artigo, utilizaremos “Macunaíma” para referirmo-nos à rapsódia de Mário de Andrade e “Makunaima” para referirmo-nos às leituras que valorizam as narrativas indígenas.

(2021), organizado por um dos autores deste artigo⁴, e em sua sustentação oral realizada como assessor jurídico do Conselho Indígena de Roraima, no âmbito do Recurso Extraordinário (RE) 1017365, com repercussão geral⁵.

2 DIREITO E LITERATURA: DA OBRA DE ALTA CULTURA AOS USOS *MENORES*

O pano de fundo metodológico que move esta proposta articula uma série de debates que interrogam - no direito - a atual relação entre direito e literatura como campo interdisciplinar e - na literatura - questionam a ausência, até um período recente, dos textos indígenas naquilo que poderia ser considerado o cânone literário nacional. Ambos os movimentos caminham justos: a (inter)disciplina direito e literatura busca se emancipar da ideia de “obra de alta cultura”, suposta fonte de dilemas éticos e universais, e a literatura busca se abrir para escritoras/os, textos, narrativas e tradições orais de povos que, anteriormente, deveriam ser vistos unicamente como “fonte de inspiração” para autores treinados e cultivados.

Podemos iniciar o nosso itinerário com a provocativa crítica de Julie Stone Peters⁶, em artigo intitulado “Law, literature and the vanishing real: on the future of a interdisciplinary illusion” (2005). A autora defende que, após um breve momento apologético, direito e literatura acabam presos em uma sala de espelhos constituída de expectativas recíprocas e não alcançadas. A esperada humanização do direito, em detrimento de suas tendências utilitárias e instrumentais, acaba não se concretizando, e a possibilidade de um maior engajamento da literatura com o universo jurídico se frustra nas barreiras desse campo de atuação. O resultado é que ambas as disciplinas sofrem uma reversão em direção a um vago ideal reformador e moralizante: a literatura reforça a dimensão idealista do ativismo jurídico e o direito reforça as pretensões humanizadoras da literatura (Peters, 2005, p. 449).

No mesmo ano da publicação do artigo de Peters, Costas Douzinas e Adam Geary, assinalam, de forma semelhante, que as análises do movimento direito e literatura acabaram por privilegiar a forma canônica do romance do século XIX, expurgando qualquer elemento

⁴ Seminário on-line organizado pelo grupo de pesquisa Direito, Pragmatismos e filosofia (CNPq e UERJ) e realizado com apoio da CAPES, através do edital PAEP 2019. Aproveitamos para registrar o nosso agradecimento à agência de fomento.

⁵ Conhecido popularmente como julgamento do “Marco Temporal”.

⁶ Para uma análise mais detida do artigo, cf. MENDES, A. “Direito e Literatura: da busca do autêntico a uma pragmática do disforme”. In: MENDES, A; COCCO, G. [Orgs], 2020.

que pudesse atrapalhar a tarefa de refundação de ideais civilizacionais, de vida republicana e do próprio discurso, em confronto com o positivismo jurídico (Douzinas, Geary; 2005, p. 336). Para os autores, os temas éticos trabalhados por essa tradição são cuidadosamente filtrados em torno dessa missão, sem qualquer debate sobre a relação entre a prática literária, os modos de interpretação e produção do pensamento e as formas de engajamento no mundo (ibidem, p. 337).

Para mais um exemplo do mesmo diagnóstico, por fim, podemos citar a análise de Austin Sarat, desenvolvida em artigo intitulado “From charisma to routinization and beyond” (2017). O autor, sem deixar de reconhecer a importância da primeira fase do movimento direito e literatura⁷, identifica que essa tradição (dita “carismática”) se prendeu aos ideais de recuperação e salvação do caráter humanístico do direito através da literatura, construindo uma agenda que deveria repercutir no ensino, na interpretação e na prática do direito. Porém, apesar da relevância desses esforços, a fase carismática foi dominada por “uma concepção de literatura voltada para a alta cultura” (Sarat, 2017, p. 62, nossa tradução). A literatura, nessa restrita visão, teria como missão produzir nos juristas e operadores do direito um efeito de elevação ou inspiração, levando-os ao contato com as “questões mais profundas sobre as nossas vidas e os valores que seguimos” (idem).

Para todos os autores citados, essa fase teria definitivamente se esgotado. Nos dias de hoje, seria muito difícil sustentar uma tarefa teórica tão elevada, desconsiderando questões metodológicas, contextos concretos, relações de poder e de produção da verdade ou uma abordagem menos pretensiosa com relação à prática literária. Seria mais produtivo, então, reconhecer que o campo se abriu para múltiplas possibilidades, não só em relação aos estudos culturais em geral, mas em atenção às formas de produção de subjetividade, às práticas presentes em determinados contextos, às assimetrias que atravessam o campo da narrativa e da linguagem, às relações complexas entre autoria e obra etc.

No caso de Peters, a autora propõe uma retomada do trabalho interdisciplinar centrada em eventos e práticas que são articulados no tempo, no espaço, em dinâmicas extratextuais e produzidos coletivamente em determinado momento. Os eventos passam a ser entendidos como “cenas”, como composições entre pessoas e espaços, gestos e efeitos vocais, objetos e arquiteturas, sons e imagens, como “performances” (Peters, 2017, p. 199). Douzinas e Geary,

⁷ Como referência paradigmática da primeira fase, cf: WHITE, 1985.

em linha parecida, propõem uma ampliação do cânone para além do texto clássico ou do romance, incluindo, outras práticas e gêneros, como a poesia, o drama trágico e as parábolas (Douzinas, Geary; 2005, p. 336). Além disso, os recursos metodológicos deveriam ser ampliados, utilizando ferramentas como a “desconstrução” (Derrida), a psicanálise ou o feminismo e introduzindo, no campo discurso, elementos como o desejo, a presença dos corpos e uma “política do Eros” (ibidem, p. 337).

Austin Sarat, por sua vez, cita alguns caminhos possíveis para o movimento direito e literatura, entre eles, a ultrapassagem do paradigma da “alta cultura” através de uma relação com os estudos culturais em geral, incluindo o cinema, a propaganda e a *pop art*. Esse caminho de “liberação e expansão dos objetos de estudo” (Sarat, 2017, p. 62, nossa tradução) ajudaria, também, a relacionar direito e literatura com questões relativas à estratificação social, às relações de poder e de conflito e às formas de produção de subjetividade e de sentido em contextos históricos precisos (ibidem). A abertura para os estudos culturais poderia romper com a divisão entre material e simbólico, valorizando as relações sociais, sobretudo as de violência e as de sujeição, que atravessam as “estruturas materiais do direito e da literatura” (ibidem).

O diagnóstico comum trazidos pelos autores, bem com a proposta de abertura da relação entre direito e literatura para novos campos e contextos, encontra bastante consonância com o propósito deste artigo. Faremos, aqui, apenas um adendo com relação à distinção, aliás, presente na tradição crítica dos estudos culturais (Johnson, 2006), entre obras de alta cultura e outras produções culturais populares ou coletivas. Seguimos, neste ponto, o filósofo Gilles Deleuze, que em comentário sobre o teatro de Carmelo Bene (Deleuze, 2010), e em outros textos em parceria com Felix Guattari (Deleuze; Guattari, 2014), assinala que a distinção relevante não seria tanto entre alta cultura e cultura popular, mas entre uma *atividade de “minoração”* - aquela que coloca os autores, as obras, as línguas em devir - e uma atividade de elevação ao “maior” - aquela que, mesmo quando quer reconhecer e admirar, acaba efetuando uma normalização (Deleuze, 2010, p. 36).

Quando a operação é de elevação ao maior, segundo Deleuze: “de um pensamento se faz uma doutrina, de um modo de viver se faz uma cultura, de um acontecimento se faz História” (idem). O “maior” busca uma estrutura homogênea, um conjunto de invariantes e constantes que definem um padrão a partir do qual as linhas de variação contínua serão planificadas, historicizadas, representadas, codificadas e incorporadas, portanto, ao fato

majoritário. Não se trata, explica Deleuze, de confundir maior com quantidades maiores: “pode haver mais moscas e mosquitos do que homens, o Homem não deixa de constituir uma medida padrão em relação à qual os homens são necessariamente maioria” (ibidem, p. 59). A maioria, assim, é capaz de incluir a minoria, desde que a última seja assimilada como uma fração subordinada ao padrão de medida que define a lei desta própria maioria (ibidem, p. 63).

Inútil, portanto, recusar o padrão moralizador da alta cultura, se for para reintegrar as variantes em fatos majoritários: as ambições escolares-acadêmicas, as narrativas homogêneas, os sujeitos essencializados, as representações estáveis do popular, da cultura, da língua e de conflitos já domesticados (ibidem, p. 62). A operação de “minoração” realiza o procedimento inverso: o teatro de Carmelo Bene avança através da mutilação, justamente, dos elementos majoritários, como o Estado, o Rei, o Texto e o poder de representação do próprio Teatro. Ao suprimir os elementos de poder, este teatro é capaz de colocar em variação forças não representativas, intensificando gestos, cores, luzes, sutilezas vocais, deformações cênicas, desequilíbrios, alianças e, no limite, potencializando modos de vida que resistem à ideia majoritária de Povo ou de História.

3 MACUNAÍMA: ENTRE A ABORDAGEM ESTRUTURAL E O PROJETO POPULAR

A partir desses comentários preliminares, podemos avançar através de algumas linhas de reflexão sobre possíveis abordagens de *Macunaíma* (De Andrade, 2017). A rapsódia de Mario de Andrade pode interessar ao campo direito e literatura, não por ser considerada uma “obra-prima” do modernismo brasileiro ou, muito menos, uma síntese da cultura nacional. Tampouco, como quis o próprio Mário em seu primeiro prefácio, a conclusão de que o país, como Macunaíma, não possuiria uma entidade psíquica permanente, uma civilização própria, uma consciência tradicional ou, em poucas palavras, um caráter. Macunaíma interessa, precisamente, pelo contrário: por sua capacidade notável de supressão dos elementos de poder que estabilizam as maiorias no Brasil, impossibilitando a fixação de uma constante ou de um padrão majoritário. Nem obra-prima, nem epítome da alma nacional, o que tem garantido que o texto possa “saltar para fora”, assumir uma nova forma e se reverter em texto para “um novo salto” (Deleuze, 2010, p. 64), é, sem dúvida, o Macunaíma fruto de uma constante operação de *minoração*.

As várias gerações que compõem a fortuna crítica do autor, mapeadas no estudo de José de Paula Ramos Jr. (2006), revelam a singularidade da rapsódia. Alceu Amoroso Lima (Tristão de Athaíde), quis enxergar em Macunaíma um símbolo do fracasso nacional, acentuando as imoralidades, as obscenidades, e o “instintivismo” presentes tanto no brasileiro, como nas lendas indígenas (Lima *apud* Ramos Jr. 2006, p.21). Oswald de Andrade, rebate a crítica, considerando Macunaíma um livro “puramente antropofágico”, revertendo o sentido negativo de “instintivismo”: “O índio como expressão máxima. Educação da Selva (...). Índio simples, intinsctivo [sic] (só comia o forte)” (De Andrade, Oswald *apud* Ramos Jr, 2006, p. 34). Além disso, nesta reversão do herói, Oswald foi um dos poucos, através do seu estilo telegráfico, a associá-lo a uma crítica radical da cultura jurídica nacional: “no Brasil, fomos os primeiros a criar o direito costumeiro anti-tradicional” (Ibidem), afirma o antropófago em letras garrafais, no original⁸.

A partir dos anos 1950, foram iniciadas as críticas genéticas, intertextuais e metodológicas, servindo de base para as análises acadêmicas dos anos seguintes. Cavalcanti Proença, em seu imprescindível *Roteiro de Macunaíma* (1955/1974), esquadrinhou as fontes utilizadas por Mário de Andrade, valorizando o método de trabalho usado na rapsódia. Segundo ele, Mário, através de um trabalho sistemático de documentação e arquivo, reuniu “lendas, superstições, frases feitas, provérbios e modismos de linguagem”, adotando um estilo arlequinal de composição⁹, cujo resultado seria um “quadro de triângulos coloridos em que os pedaços, aparentemente juntados ao acaso, delineiam em conjunto a paisagem do Brasil e a figura do brasileiro comum” (Proença, 1974, p. 05).

Os aspectos estruturais foram enfrentados, nos anos 1970, através do brilhante debate entre Haroldo de Campos e Gilda de Mello e Souza, com repercussões em como a obra deveria ser apropriada. Em *Morfologia de Macunaíma* (Campos, 1972/2008), Campos afirma que Macunaíma, longe de ser uma obra caótica ou malograda, é meticulosamente estruturada de acordo com princípios da lógica fabular¹⁰. Ao revelar uma “sagaz” imaginação estrutural, a obra supera o procedimento onírico e subjetivista do Mário de 22 e produz um herói

⁸ Todas as citações foram extraídas dos artigos originais apresentados na tese de José de Paula Ramos Jr. Cf. Ramos Jr., 2006.

⁹ Sobre o estilo arlequinal de Mário de Andrade, cf. Lopez, T. P. A. 1979.

¹⁰ Para fundamentar esta afirmação, Haroldo de Campos aproxima o trabalho de Mário de Andrade da pesquisa sobre as estruturas do folclore realizada pelo formalista russo Vladimir Propp. Cf. EIKHENBAUM, Boris *et al.*, 1973

descaracterizado, sem lógica psicológica própria, sem intimidade, importando mais pelo que faz (os signos da ação) do que pela atmosfera construída por sensações (ibidem, p. 07).

Além disso, ao se basear, em larga medida, no lendário indígena recolhido pelo etnólogo alemão Theodor Koch-Grünberg (1924), Mário teria realizado a sua obra mais antropofágica e radical, reintroduzindo na escritura romanesca um modo de articulação relegado à periferia da literatura, ou seja, usando o suposto “primitivismo” da fabulação oral para empreender uma renovação das possibilidades literárias. Essa “rebarbarização do literário” (ibidem, p. 63) permite que uma nova lógica seja introduzida, aquela do pensamento fabular que, para Campos, antecipa o que Lévi-Strauss chamará de lógica concreta do pensamento selvagem¹¹. Ao imergir e brincar com as regras anônimas e estruturais de criação, Mário adentra em um código de virtualidades inerente à criação coletiva coproduzindo, paradoxalmente, a sua obra mais singular e contra-autoral. Daí a afirmação provocativa de Campos: Macunaíma foi escrito “por Mário contra si mesmo, contra o seu psicologismo e a sua indulgência retórico-sentimental” (ibidem, p. 08).

Em *O tupi e o alaúde* (1979/2003), Gilda de Mello e Souza, colidindo com a leitura do poeta concretista, tenta resgatar o aspecto intencional do livro, afirmando que Mário teve que admitir que “semeara o texto com intenções, referências figuradas, símbolos e que tudo isso definia os elementos de uma psicologia própria, de uma cultura nacional (...)” (Souza, 2003, p. 09). Pelo mesmo motivo, Souza recusa a abordagem estrutural-fabular de Campos, para encontrar no processo criador na música popular o modelo de composição de Macunaíma. O livro é, assim, reinserido no projeto do escritor modernista, sendo biograficamente simultâneo à busca, por ele, de uma solução brasileira para a música, de referências para o estudo do folclore e de um conhecimento vivo da criação popular em suas “viagens etnográficas”¹² (ibidem, p. 13).

Através da transposição de duas formas básicas da música ocidental – suíte e variação – Mário encontra um processo criativo semelhante ao modelo rapsódico do bumba-meu-boi e dos improvisos presentes no canto nordestino (ibidem, pp.13-21). A escolha dessa específica dança dramática popular (e a figura do boi) teria uma “intenção ideológica” em sua função metafórica de produzir um sentido de nacionalidade e de possibilitar algo em comum entre os indivíduos (ibidem). Através de Macunaíma, o escritor tenta articular um

¹¹ Cf. LÉVI-STRAUSS, C. 1989.

¹² Cf. ANDRADE, Mário de. 2015.

desejo profundo inscrito em seu projeto: estabelecer uma identidade entre os habitantes ricos das metrópoles do sul e os sertanejos, seringueiros e camponeses do norte (ibidem, p.17). Através do método dos cantadores nordestinos, por sua vez, Mário consegue extrair algo novo e original. No plano da composição, utiliza um material já elaborado e de múltiplas fontes; no plano da criação, mobiliza as variações entre consciente e inconsciente, entre memória e esquecimento, presentes no improviso do populário musical (ibidem, p. 28).

No entanto, para Souza, uma contradição insolúvel e uma indeterminação constante estão presentes, tanto em Macunaíma, como no próprio folclore brasileiro, a saber: o conflito entre a velha herança europeia e as fontes locais, populares, indígenas e africanas de inspiração. No livro, o herói vence Piaimã e afirma os valores de Uraricoera diante de Venceslau Pietro Petra, rico fazendeiro e gigante comedor de gente, mas encontra a derrota diante da Veí, a Sol, ao preferir uma de suas filhas em favor de uma mulher portuguesa. A cisão entre a realidade nacional (cultura popular) e a herança europeia (a adoção, no final das contas, de uma narrativa tradicional arturiana – a busca de um objeto perdido) reflete uma fissura inerente ao projeto de Mário de Andrade. Entre o tupi e a alaúde, Mário vive uma tensão permanente que nunca será resolvida e que inviabiliza o otimismo afirmativo das leituras antropofágicas (ibidem, p. 84).

Tendo em vista as duas instigantes leituras de Haroldo de Campos e Gilda de Mello e Souza, caberia algumas interrogações: como sair do impasse que empurra Macunaíma a oscilar entre otimismo e pessimismo? Como escapar do dualismo entre estruturas universalizantes (contra-autoral) e uma cultura nacional que já nasceria cindida (um projeto irresolúvel)? Como não lançar Macunaíma no sistema de constantes de uma maioria (o Universal, a Cultura, o Povo)?

4 MAKUNAIMA, HERÓI INDÍGENA E AMAZÔNICO

Diante dessas questões, a primeira observação a ser feita é que o impasse não deve ser visto sob o prisma de uma solução redentora, mas ser remetido para um outro conjunto de problemas (dentre muitos possíveis). Este movimento pode ser identificado em uma geração mais recente de leituras e apropriações de Macunaíma que tem encontrado novas linhas *menores* e fazendo o texto saltar para fora de si mesmo. A partir, sobretudo, da valorização das narrativas indígenas presentes na rapsódia, uma nova perspectiva tem sido

lançada – diríamos “um ponto de vista amazônico” – abrindo todo um novo conjunto de possibilidades¹³.

Em *Literaturas da Floresta: textos amazônicos e culturas latino-americanas* (2012), Lúcia Sá realiza uma leitura extremamente rica da rapsódia de Mário ao enxergá-la pela perspectiva das narrativas indígenas pemons, so'tos e macuxis – etnias caribes localizadas no extremo norte do Brasil, na Venezuela e na Guiana – incluindo, claro, as aventuras de Makunaima e seus irmãos, transmitidas para Koch-Grünberg pelos jovens Mayuluaípu e Akuli. Esse esforço de valorização, questiona a normalização efetuada pelo cânone por este ignorar as fontes indígenas, seja como *corpus* literário em si, seja como mero precedente (matéria-prima) para elaborações posteriores (Sá, 2012, p. 20).

Além disso, levando em conta as leituras opostas de Campos e Souza, consideramos que *Literaturas da Floresta* oferece uma interessante diagonal que escapa, não só da questão do cânone de alta cultura, mas ultrapassa o debate entre uma abordagem estrutural-antropofágica e outra intencional-popular. É como se a lógica fabular, ou o projeto nacional de Mário, passassem a ser enriquecidos por modos de vida que se condensam com mais intensidade. Deleuze, no texto já citado, denomina essa diagonal de “fronteira”, isto é, uma linha de variação que não se encontra “nem mesmo no interior de uma estrutura estabelecida, nem dentro do ‘povo’” (Deleuze, 2010, p. 61). A fronteira se coloca entre a História e o anti-historicismo, sendo composta, concretamente, *daqueles que a História não leva em conta*, lá onde o povo está ausente, lá onde um “Sul” ou um “terceiro mundo” se insinua em modos de existência menores. Entre a História e o Povo, segundo Deleuze, está a *etnia*: “a etnia é o minoritário, a linha de fuga na estrutura, o elemento anti-histórico dentro da História” (ibidem).

Ainda que não adote o mesmo referencial teórico, o livro de Lúcia Sá nos permite explorar essa fronteira e compreender que, para além da simples revisão do cânone (um sistema ainda majoritário de conflito), as linhas menores decorrem de um verdadeiro processo de *etnogênese* (Santos, 2020, p. 25), não se referindo a uma origem única ou a um destino definido previamente. Com diz, mais uma vez, Deleuze: “o interessante nunca é a maneira

¹³ Entre outros, cf.: MEDEIROS, Sérgio, 2002; SILVA, Maria Georgina dos Santos Pinho e, 2019; ROCHA BARRETO, Mêrivania, 2014; BARRETO, Renato Amado; OLIVEIRA, Ana Lúcia Machado de, 2016; ESBELL, Jaider, 2018; TAUREPANG *et al* 2019; NODARI, Alexandre, 2020.

pela qual alguém começa ou termina, o interessante é o meio, o que se passa no meio (...). É no meio que há o devir, o movimento, a velocidade, o turbilhão” (ibidem, pp. 34 e 35).

Retornando ao livro, afirma Lúcia Sá que uma primeira função das narrativas pemons, entre elas a de Makumaina, é etiológica, ou seja, elas permitem explicar, não só os vários surgimentos do mundo, da agricultura, da pesca, ou as características da fauna, da flora, da geografia, da topografia da savana etc., mas as tentativas sucessivas de criação dos próprios pemons. A identidade pemon não é derivada de um esquema de representação inaugural ou essencial, mas surge a partir de erros e acertos, e se mantém através de ações como criar, transformar, trabalhar, cantar, fumar etc.

As narrativas caribes em geral não descrevem uma passagem peremptória do paraíso para a cidade dos homens, ou da natureza para a cultura. Alguns mitos invocados por Mário no início da rapsódia, como o da queda da árvore da comida (Wazaká) e a inundação subsequente de Roraima (Silva, 2019), têm como função associar floresta e roça, ensinando que a ideia de uma floresta intocada está reservada apenas aos espíritos. Para os caribes, é a participação no contínuo processo de transformação da Amazônia, com a plantação de frutas, sementes e tubérculos para viver (Sá, 2012, p. 57), que garante a continuidade da vida. Por isso, segundo Sá, as narrativas frequentemente estabelecem, sempre com humor e com a participação de outros animais, que a tarefa dos primeiros caribes é “preparar o terreno para que as futuras gerações *continuem diariamente a transformar a natureza e a ser transformadas por ela*” (ibidem, p. 57, nosso grifo).

A autora, no mesmo contexto, diferencia a gênese caribe e a narrativa bíblica do Éden, já que a derrubada da árvore da comida não transmite qualquer noção de punição ou de perda de uma condição anterior mais perfeita. A terra não era um paraíso, nem uma dádiva divina, havendo fome e outras dificuldades. A inundação subsequente à queda da árvore, apesar de lamentada como um desastre, é o acontecimento responsável pela aparição dos rios e dos peixes. A (etno)gênese caribe recorre, então, aos mitos, não para se referir a um princípio fundador, induzir uma obediência hierárquica ou uma lição moral, mas para indicar a *passagem* qualitativa de um modo de existência para outro, no qual os caribes passam a produzir o seu próprio alimento, seja pela agricultura ou pelo domínio da pesca (ibidem, p. 57).

Uma segunda função das narrativas pemons é associada à figura do herói *trickster*, conhecido desde os primórdios da antropologia por apresentar uma extrema incongruência

psicológica, possuindo um comportamento que varia do padrão “herói cultural de um povo” até o de “bufão egoísta e covarde” (ibidem, p. 58). É evidente que foi essa característica que mais gerou atração em Mário em suas inquietações sobre a ausência de caráter do Brasil (Barreto; Oliveira, 2016). Macunaíma pode ser, neste sentido, “cruel, egoísta, lascivo e se aborrecer facilmente. Mas também é astuto, sensível, criativo e é, sobretudo, o herói cultural dos pemons” (Sá, 2012, p.58).

Do ponto de vista das narrativas indígenas, no entanto, a variação dos personagens *tricksters* está ligada, segundo Ellen Basso, citada por Lúcia Sá, não a uma fraqueza de caráter, mas a uma “criatividade pragmática”: uma capacidade ativa de criar, de imaginar, de estabelecer relações e de inventar diferentes conceitos para a compreensão do humano como sujeito (Basso *apud* Sá, 2012, p. 62). A fraqueza seria vista, curiosamente, como o contrário: o caráter fixo e irreduzível é signo de um fracasso da imaginação criativa, de compulsividade ou de inflexibilidade. Para um herói pemon, a inquietação e a imaginação pragmática são mais importantes que os conceitos de bem e mal. Isso porque a própria ordem do mundo está em constante mutação, não há essências estáticas. O sistema social, da mesma forma, não é dividido em “nós” e “eles”, não há dualismos rígidos ou um padrão moral que se pretende universal.

Por fim, as narrativas caribes, incluindo as pemons, não apenas narram as criações do mundo e dos próprios indígenas, mas servem, também, para cartografar o território, que é visto, não como uma simples *res extensa* (uma coisa, ou uma natureza genérica), mas a partir de uma série de acontecimentos, encontros e transformações. A queda da árvore da comida também define as características do território que deverá ser transformado para a produção de alimentos e estabelece a diferença entre os lugares sagrados e os lugares onde vivem os pemons. Os rochedos pré-cambrianos, umas das formações geológicas mais antigas do planeta, definem os contornos do território, a morada de muitos espíritos e as dificuldades que viajantes e forasteiros precisam enfrentar em suas travessias (Sá, 2012, p. 51).

Segundo Lúcia Sá, os pemons explicam a forma curiosa desses grandes rochedos através de seus contos. Makunaíma transforma pessoas, animais e plantas em pedras, o que explica as curiosas formas dessas últimas e, ao mesmo tempo, reforça a ideia de que a história pode ser inscrita em pedra, na forma de fósseis ou de pinturas deixadas pelos ancestrais em suas longas caminhadas pelo território (ibidem, p.52). Além disso, tempo e espaço não possuem estatutos diversos, mas se entrelaçam em narrativas que explicam, de uma só vez,

mudanças “geofísicas” e existenciais. A queda da árvore da comida indica, tanto a fertilidade do Monte Roraima, em detrimento da savana seca do lado sul (lugar ocupado pelos pemons agricultores), como o fim do modo de vida anterior baseado na coleta de frutos.

Como lembra Lúcia Sá, esse processo de construção de um modo de existência foi violentamente alterado pela colonização europeia, em especial pelas disputas entre Portugal, Espanha e Holanda, e pela expansão dos estados nacionais, a partir do séc. XIX. A terra de Makunaima, um território que está para além de um Estado-Nação e das noções modernas de fronteira, testemunhou massacres, escravidão, epidemias, fuga dos indígenas e, a partir do século XX, o aumento exponencial da pecuária e da devastação causadas pelos projetos extrativistas voltados para o petróleo, para a madeira e para a mineração (ibidem, p. 36).

Porém, é nesse mesmo contexto que, em especial nos últimos anos, vemos emergir uma série de mobilizações artísticas, literárias e jurídicas dos povos indígenas de Roraima, focadas na produção de modos de vida e de formas de habitar o território. Se o livro de Lúcia Sá é importante para valorizar as narrativas indígenas presentes na rapsódia de Mário, hoje, os próprios artistas indígenas, como a autora anteviu no prefácio, se articulam para dar criar e reinventar novas formas de expressão, a partir de tradições que foram herdadas e quase apagadas.

Para ficarmos apenas em um exemplo, podemos citar o artigo, acompanhado de ilustrações¹⁴, do admirável artista macuxi Jaider Esbell, intitulado *Makunaima: o meu avô em mim!* (2018). Esbell reivindica o parentesco espiritual com Makunaima através da articulação entre existência e transformação, recusando uma definição essencialista do processo de afirmação da vida: “faço saber ainda que não temos definição, que viemos de um tempo contínuo, sem estacionar. (...). Antes mesmo, devo dizer que tanto meu avô Makunaima quanto eu mesmo, parte direta dele, somos artistas da transformação” (Esbell, 2018, p. 11). Essa arte da transformação coincide com a urgência do próprio existir: “Surgimos junto com a arte todos os desafios do grande existir e suas mais claras urgências individuais e coletivas” (ibidem).

Diante do desafio da existência, Makunaima é visto, não apenas como guerreiro corajoso, mas como uma energia densa e forte, “com fonte própria, como uma bananeira” (ibidem). Makunaima está para além do gênero, da forma, do conteúdo e é capaz de realizar

¹⁴ As ilustrações também foram publicadas em livro de autoria coletiva que, na forma de uma peça teatral, provoca um diálogo entre indígenas e Mário de Andrade, que reaparece para se atualizar dos rumos de sua rapsódia. Cf. TAUREPANG *et al.* *Makunaimã: o mito através do tempo* (2019).

essas ultrapassagens por se transformar continuamente. Mas isso não basta: Makunaima se concretiza também nos territórios do extremo norte da Amazônia, nas savanas do Monte Roraima e estabelece uma relação material, biológica e genética através dos laços familiares compartilhados (ibidem, p. 12). Para além dos estereótipos redutores, que mesmo Mário compartilhou em seus momentos mais pessimistas, o herói caribe passa a ser um companheiro ativo da própria existência, afirmando uma potência de vida. Para Jaider Esbell: “Um sentido para a existência da Pan-Amazônia e seus povos passa nas mãos de Makunaima. Existe, onde me empenho em levar, um pleno sentido para além dos factoides sobre a preguiça e a falta de caráter do Makunaima” (ibidem).

Esbell propõe ultrapassar, no mesmo movimento, os discursos dicotômicos sobre colonização e decolonização que ainda estariam, diríamos com Deleuze, presos no sistema majoritário de representação. A discussão sobre decolonização deve considerar todo um entre meio que não é de explicação, mas de entendimento; deve adentrar as cosmovisões dos povos originários e as “culturas mexidas e hoje abertas para a discussão” (ibidem, p.12). A arte assume, para Esbell, um lugar estratégico ao permitir extrapolar os discursos e tratar a vida como pesquisa em andamento: “O caso é que vivemos em estado de arte e o passeio em outros mundos é apenas uma forma de como podemos pensar e experimentar a tão falada decolonização” (ibidem, p.13).

Para Esbell, enquanto tratados meramente como busca midiática por um “povo”, Makunaima e decolonização ainda aparecem como termos muitos soltos. É preciso, em primeiro lugar, retirar Makunaima e todos os outros “atores fantásticos”, colonizados juntos com os povos indígenas, da ala genérica dos folclores. Makunaima ainda aparece muito envolvido em “leituras que são propostas por diversos influentes sobre o caráter duvidoso do brasileiro. Isso está relacionado também com a Semana de Arte Moderna de 1922 tempo de quase um século quando surgimos com mais essa demanda” (ibidem, p.13). A categoria homogeneizadora de povo nacional é substituída por uma “gente-nação de identidade desafiadora, beirando o fantástico” (ibidem, p.13), encontrando, por outras vias, a fórmula de Mário: Macunaíma, o herói *de nossa gente*¹⁵. Não à toa, Esbell lamenta a ausência de

¹⁵ Sobre o uso do conceito de “gente” na rapsódia de Mário e a sua relação com os mitos etiológicos e o perspectivismo ameríndio, explica Alexandre Nadari: “Isso para não falar do caráter dêitico da humanidade na rapsódia, visível na predileção de Mário pelo uso, em detrimento de “humano” ou “homem”, de “gente”, para marcar a condição originária de sujeito DE (potencialmente) todos os habitantes do cosmos: *isso* – Timbó, Carrapato, ferida do nariz de formiga – “já foi gente que nem nós” é uma espécie de fórmula que, com variantes, atravessa a obra. E é porque tudo já foi gente, ou está deixando de ser gente (*Macunaíma* é composto de uma

Mário estabelecendo uma relação de aliança com o escritor modernista: “Pena Mário não estar mais aqui para ver e sentir esses outros lados dos movimentos. Mas não tem problema, suas crias, que também o sou, estão por aqui” (ibidem, p. 14).

Em uma inversão surpreendente da forma como Mário teve acesso às narrativas do herói, Esbell relata que foi Makunaima que decidiu se colocar na capa do icônico livro para garantir a existência dos povos caribes:

Meu filho eu me grudei na capa daquele livro. Dizem que fui raptado, que fui lesado, roubado, injustiçado, que fui traído, enganado. Dizem que fui besta. Não! Fui eu mesmo que quis ir na capa daquele livro. Fui eu que quis acompanhar aqueles homens. Fui eu que quis ir fazer a nossa história. Vi ali todas as chances para a nossa eternidade. Vi ali toda a chance possível para que um dia vocês pudessem estar aqui junto com todos. Agora vocês estão juntos com todos eles e somos de fato uma carência de unidade. Vi vocês no futuro. Vi e me lancei. Me lancei dormente, do transe da força da decisão, da cegueira de lucidez, do coração explodido da grande paixão. Estive na margem de todas as margens, cheguei onde nunca antes nenhum de nós esteve. Não estive lá por acaso. Fui posto lá para nos trazer até aqui. (ESBELL, 2018, p. 14)

O ato de coragem é comparado com a queda da árvore da comida, ou seja, como uma passagem, uma transformação, algo que pode até ser lamentado, mas que também inaugura novas possibilidades. No interstício entre uma vida apossada pelas epidemias, pela fome e pela devastação dos invasores, e outra, marcada por todas as incompreensões e rotulações de que seria objeto, Makunaima faz o seu movimento. A partir de um ato de decisão e inteligência, ele se lança para fora de seu território, se projeta no topo da visibilidade nacional, indo “ao encontro do trovão, ao centro do fogo” (ibidem, p. 17). Ao comungar de braços abertos com os seus próprios desafetos ou com aqueles incapazes de o compreender, Makunaima desafia a oposição entre o bem e mal e “chega mesmo a tomar chá com Deuses e Demônios. Makunaima foi ser sua jornada” (ibidem, p. 17).

Mesmo diante de todos os limites e das ambições do homem branco, ele se projeta ao mundo com lucidez, com o firme intuito de preservar a sua gente: “Makunaima se volta em guerreiro do inconformismo como unicamente é e vai mostrar aos donos de cada coisa a alma-espírito de cada coisa. Voltamos a entrar pelas mesmas portas abertas, as veias abertas no mundo dos desconhecidos”. A lógica de Makunaima é aquela do excesso: “Mais

série de mitos etiológicos), incluindo aí o próprio herói, que a humanidade (a posição de sujeito) não é substantiva, mas perspectiva, variável, pronominal: antropronominalismo, é *gente* quem diz (ou se inclui quando se diz) *a gente*” (NODARI, A. 2020, p. 43).

curiosidade para chamar à memória, mais movimento para ir além. Mais um tempo para novos olhares. Mais política e tecnologia, mais magia e outros espetáculos”. (ibidem, p. 18).

Outros trechos inspiradores do artigo de Jaider Esbell poderiam ser mencionados, mas, infelizmente, não há espaço neste texto. O leitor, por sua vez, não estaria equivocando se, diante dos duros embates que se sucedem no território das etnias caribes, concluísse que Makunaima passa a adquirir uma feição mais guerreira e impetuosa, afinada com os obstáculos e a magnitude de sua nova missão. Há uma certa distância com relação aos relatos, ao mesmo tempo, sagrados e humorísticos, veiculados pelos jovens Akuli e Mayuluaípu, há mais de um século atrás. Contudo, um olhar mais atento irá perceber que essa nova versão de Makunaima reafirma, ao mesmo tempo, o modo de composição inventivo típico das narrativas caribes e os principais atributos do herói: a capacidade de transformação, a criatividade pragmática, a recusa de oposições rígidas entre o bem e o mal, a repulsa a tudo que é estático e inflexível e, acima de tudo, a sua estreita relação com a existência dos povos do norte amazônico.

Makunaima segue, assim, a sua jornada de *minoração*. Ele suprime continuamente os termos que poderiam transformá-lo em algo “maior”. O Povo é amputado em favor das etnias e de uma “gente-nação de identidade que beira ao fantástico”; o Estado é despido de suas fronteiras em prol de territórios biofísicos e existenciais; a Moral é esvaziada de sua vocação ao dogma e à obediência pura; a narrativa moderna é deslocada de suas pretensões congruentes e pacificadoras; o próprio Mário, enfim, é convidado a abandonar a sua busca decepcionante pelo caráter do Brasil e seguir Makunaima em suas muitas jornadas e transformações. Curiosamente, neste ponto, a intuição do escritor modernista antes da publicação do livro não deixou de antever o que aconteceria: “Este sim é um livro que estou tremendo de publicar. De fato, é uma coisa tremenda...” (De Andrade *apud* Sá, p. 82).

5 DIREITO E LITERATURA: MAKUNAIMA E A CONSTRUÇÃO DE UMA JURISPRUDÊNCIA MENOR

Iniciamos este último ponto de texto retomando algumas possíveis conexões entre direito e literatura, seguindo o movimento de expansão e abertura que comentamos desde o início (Stones, 2005; 2017; Douzinas e Geary, 2005; Sarat, A, 2017). Tal aproximação se torna evidente se considerarmos que as narrativas indígenas escapam perfeitamente do

modelo tradicional de narrativa definido a partir do romance europeu do séc. XIX, e, ao mesmo tempo, frustram as tentativas de “resgate” do direito a partir de paradigmas éticos exemplares e universais (Douzinas e Geary, 2005).

O que nos interessa, no entanto, é persistir na operação de minoração para indicar que no interior deste movimento de questionamento da tradição existe um processo de afirmação de modos de existência que se manifesta, tanto na emergência de novos coletivos jurídicos singulares, como de usos pragmáticos do direito que desafiam o padrão majoritário. Diante da proximidade histórica entre o escritor universal e o jurista-notável, a recusa da universalidade no campo da literatura deve, também, indicar um outro conceito de jurisprudência. Articulado Deleuze e direito, em proximidade com a nossa abordagem, Murilo Correa afirma: não mais os juízes, as cortes e os tribunais, tampouco a ‘administração da justiça’, mas ‘os grupos de usuários’, envolvidos (...) em casos singulares que não autorizam a interferência dos universais compreensivos da lei ou do *a priori* abstrato dos direitos” (Correa, 2020, p. 13).

Correa insiste nesta inversão conceitual, buscando associar a noção de jurisprudência aos processos apócrifos de criação coletiva:

Como personagens conceituais, os juízes deixam de ser os autores para se tornarem as próteses de um processo social que os envolve; por outro lado, os juízes são os atores que promovem a neutralização e a *enclosure* desse processamento imanente; são, como uma afinidade eletiva entre Foucault, Deleuze e Guattari permitiria supor, as personagens conceituais que, na sua dupla função de juristas-notáveis e cientistas-peritos, mantêm os movimentos da jurisprudência ligados a uma economia política da verdade e às estruturas de poder e soberania. Produz um novo giro perceber que os juízes não fazem jurisprudência, mas é a jurisprudência, capturada no interior de uma economia política da verdade a ser atuada, que exige os juízes como signatários de um processo de criação coletivo e apócrifo. (CORREA, 2020, p. 25)

Vejamos, portanto, como este conceito *menor* de jurisprudência poderia se relacionar com o tema que estamos tratando. A noção de etnogênese, retirada da notável pesquisa da advogada indígena Samara Carvalho Santos (Samara Pataxó), ganha aqui um sentido jurídico-filosófico específico: um processo pragmático e coletivo de articulação de “grupos de usuários” (no caso: etnias em articulação) que, através de uma rede de atuação jurídica correspondente, realizam um trabalho de “singularização” do direito, suprimindo os seus elementos majoritários.

O Makunaima guerreiro e poderoso reaparece, agora, nas palavras do advogado e assessor jurídico do Conselho Indígena de Roraima (CIR), Ivo Aureliano (Ivo Macuxi), em palestra no II Seminário Internacional Direito, Política e Literatura (PPGD/UERJ, 2021), intitulada Judicialização da Questão Territorial Indígena. Vejamos:

O pai do povo Macuxi é o Makunaima, um guerreiro muito poderoso. Outro guerreiro muito importante para a cultura Macuxi é o Insikiran que é um grande sábio, dono de um conhecimento que os povos Macuxi estão revivendo hoje. E finalmente Anike, que é o mais esperto. Para os macuxi, Makunaima é filho de uma rara noite de encontro do sol e da lua. Da luz do eclipse, refletida nas águas do grande e misterioso lago, nasce o deus Makunaima. Ele criou o Monte Roraima e várias belezas naturais que deixou para o povo Macuxi defender e proteger. O povo Macuxi, então, entende que faz parte de um processo de apropriação de conhecimentos para criar o seu próprio futuro. Desejam também somar com outros povos para criar esse futuro melhor e inclusivo para mais pessoas. (AURELIANO, 2021)

Makunaima assume o seu lado guerreiro e, com seu poder de criação, inspira uma articulação entre a defesa jurídica dos povos indígenas e a apropriação do conhecimento, entre eles, o conhecimento do direito. Seguindo Correa (2020), pode-se dizer que há uma disputa sobre o sentido de jurisprudência, desenvolvendo-a no sentido oposto ao do “cercamento” (*enclosure*) do direito pela administração da justiça e pelos juízes, a partir de um processo social imanente de etnogênese e de expansão da rede de advogadas(os) indígenas. Segundo Ivo Macuxi, os advogados indígenas têm atuado em rede e ocupando o espaço que antes era ocupado por não indígenas. Essa atuação não se deu espontaneamente, mas como uma estratégia cuidadosa pensada por lideranças indígenas (*ibidem*).

Ivo Macuxi relata que, inicialmente, foi feito um levantamento da quantidade e do local de atuação destes advogados indígenas. Em um encontro ocorrido em fevereiro de 2020, cerca de quinze advogadas(os) indígenas se reuniram com lideranças históricas do movimento para refletir sobre o contexto atual e iniciar uma preparação voltada para os espaços na advocacia. Assim, uma rede de advogados indígenas foi formada e iniciou os debates sobre a luta pelos direitos dos povos originários. Verificou-se que apenas poucos advogados indígenas estavam atuando nas bases e nas instâncias mais altas de mobilização. Além disso, nos últimos anos, constatou-se que os modos de organização ainda eram desconhecidos pelos advogados. Assim, paulatinamente, estes foram se dando conta de que a atuação se inicia localmente e segue para uma rede maior, a exemplo da Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (*ibidem*).

Com relação à estratégia nacional, Ivo Macuxi esclarece que, a partir de 2019, foi possível reativar a Comissão Especial para a Defesa dos Direitos dos Povos Indígenas do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil/OAB, com advogados indicados pelas organizações indígenas de base. A Comissão, então, se inseriu no julgamento, no Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário (RE) 1017365, com repercussão geral reconhecida (Tema 1.031), como *amicus curiae*, em que se discute o marco temporal para a demarcação e a posse das áreas de tradicional ocupação indígena.

Após o ingresso na ação, a rede de advogados começou a trabalhar as estratégias de sustentação oral, convocando advogados indígenas exporem as suas teses e a se fazerem presentes na mais alta instância do Judiciário brasileiro. No total, foram mais de trinta advogados representantes da causa indígena em atuação nesta ação. Conduziram a representatividade indígena, através da sustentação oral, a Dr^a. Cristiane Soares, do povo Baré, o Dr. Luiz Henrique Eloy Amado, do povo Terena, a Dr^a. Samara Carvalho Santos, do povo Pataxó e ele próprio, Dr. Ivo Aureliano, do povo Macuxi.

Segundo o advogado, atualmente o julgamento está indefinido e existe uma expectativa de que vários processos de demarcação de terras indígenas, talvez mais de oitocentos processos em âmbito administrativo, possam ser impactados por esse julgamento. Os povos, as comunidades e organizações indígenas entendem, perfeitamente, a importância de acompanhar esse julgamento. Assim, em junho de 2021, relata Ivo Macuxi, houve uma mobilização histórica, chamada *Levante Pela Terra*, que reuniu indígenas de todas as regiões do país em Brasília contra os ataques a seus direitos constitucionais. Entre esses ataques, estão o Projeto de Lei 490/2007, que tramita no Congresso Nacional, e a tese do Marco Temporal, que voltou à pauta no Supremo Tribunal Federal (STF) em 25 de agosto de 2021, justamente quando ocorreu o Acampamento Terra Livre.

Em sua sustentação oral no STF¹⁶, Ivo Macuxi fez questão de afirmar que este julgamento é histórico para a advocacia indígena e que ela, cada vez mais, passa a ocupar os espaços do Poder Judiciário para defender os seus povos. O Conselho Indígena de Roraima, com 50 anos de fundação, aproveitou para trazer para ao conhecimento do STF a importância

¹⁶ Como afirmamos anteriormente, o advogado indígena Ivo Cípio Aureliano, do povo Macuxi, representou o Conselho Indígena de Roraima (CIR), que atua como *amicus curiae* no processo. Para assistir à sustentação do advogado, acessar o seguinte link: <https://www.youtube.com/watch?v=ITNc3SUO29c> Acesso em 25 de novembro de 2021.

da demarcação das terras indígenas, a partir do caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol¹⁷. Para o advogado, hoje é possível afirmar que os indígenas da Raposa Serra do Sol podem usufruir dos direitos constitucionais reconhecidos no artigo 231 da Constituição Federal e podem dedicar as suas vidas ao fortalecimento de suas instituições próprias, suas línguas, suas crenças e suas tradições (Aureliano, 2021b).

Apesar de tudo isso, o caso Raposa Serra do Sol tem sido alvo de constantes campanhas de difamação e ataques por parte de grupos interessados na exploração de terras indígenas no Brasil. Recentemente, lembrou Ivo Macuxi ao STF, autoridades ligadas a setores econômicos e políticos, em razão da interposição do recurso extraordinário, voltaram a sustentar que os indígenas de Raposa Serra do Sol estariam fora da cadeia produtiva do arroz e teriam ficado na miséria, tendo que deixar aquelas terras para sobreviver. Estas afirmações, seja por preconceito ou por falta de informação, demonstram, claramente, a tentativa de deslegitimar a luta dos povos indígenas para a demarcação de suas terras tradicionais, buscando situar os povos indígenas como empecilhos para o desenvolvimento do país.

O advogado indígena termina a sua sustentação oral, esclarecendo que o Conselho Indígena de Roraima:

Requer a consolidação da jurisprudência e a fixação de tese relativa a direitos constitucionais dos povos indígenas para reconhecer que são originários os direitos dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, que a salvaguarda do caso Raposa Serra do Sol quanto ao marco temporal não possui efeito vinculante sobre os demais processos demarcatórios e, por fim, que a posse tradicional seja suficiente para comprovar a tradicionalidade da ocupação, conforme o artigo 231 da CRFB. (AURELIANO, 2021b)

Retornando ao argumento deste artigo, através do relato e da sustentação oral de Ivo Macuxi, fica evidente que assistimos a um processo semelhante ao que ocorre na literatura e nas artes em geral. O mesmo processo de etnogênese percorre, transversalmente, os dois campos – direito e literatura – trazendo contribuições singulares, tanto para a crítica literária, quanto para a prática jurídica. Ao mesmo tempo, vimos que, diante nos novos desafios, Makunaima é relido pelos próprios indígenas como um guerreiro muito poderoso que vai “ao encontro do trovão, ao centro do fogo” (Eshell, 2018), com o propósito de preservar os modos de vida indígenas e proteger a floresta contra os processos de devastação. Além disso, como lembrado por Ivo Macuxi, Makunaima possui dois filhos guerreiros, Insikiran e Anikê, sendo

¹⁷ Cf. MIRAS, Julia Trujillo *et al.* (2009), especialmente o texto de Joênia Wapichana para a coletânea.

que o primeiro corresponde à possibilidade de apropriação de conhecimentos importantes para o futuro, entre eles, o saber jurídico.

As narrativas de Makunaima, portanto, não são apenas um elemento de cultura a ser preservado de forma estanque, mas se confundem com o processo de etnogênese que garante a continuidade dos modos de vida indígena. O mito escapa de seu confinamento simbólico para dar lugar a uma potência de vida: criatividade pragmática, capacidade de transformação, energia vital, inteligência, lucidez e disposição guerreira passam a compor o processo étnico-político de construção de uma *outra jurisprudência*: “já não mais como coleção de casos decididos, mas como processo social, cuja prática heterônoma arriscaria bascular certa economia política da verdade de que os juízes participam” (Correa, 2020, p. 12).

6 CONCLUSÃO

Para fins de conclusão, cabe retomar algumas hipóteses que trabalhamos neste artigo e que poderão ser retomadas em uma futura e mais ampla pesquisa¹⁸:

a) O momento atual é de revisão do movimento direito e literatura na direção de perspectivas mais abertas e não relacionadas ao paradigma da alta cultura e das narrativas ocidentais tradicionais;

b) O conceito de alta cultura, a partir do filósofo Gilles Deleuze, pode ser associado, não aos autores ou obras em si, mas a fatos e sistemas majoritários que privilegiam a representação, enquanto a operação de *minoração* desfaz esses sistemas;

c) A fortuna crítica de Macunaíma está sendo reavaliada a partir de análises que atribuem às narrativas indígenas o estatuto de literatura, evitando tratá-las como mera matéria-prima para uma posterior elaboração. Makunaima não é mais visto a partir de uma ausência com sentido negativo, mas, como um herói criativo, imaginativo, flexível e transformador;

d) O deslocamento da crítica literária acompanha a intensificação do protagonismo indígena no campo da literatura e das artes em geral, proporcionando novas narrativas *menores* sobre Makunaima, entre elas a do artista macuxi Jaider Esbell. Essas narrativas estão

¹⁸ Em razão da pandemia da COVID-19 foi impossível realizar uma pesquisa empírica e complementar de campo. Algumas informações só puderam ser obtidas através de conversas on-line, especialmente no contexto dos encontros do II Seminário (2021).

perfeitamente relacionadas aos desafios atuais enfrentados pelos povos indígenas, em especial os ligados à própria garantia de existência e ao reconhecimento dos territórios;

e) Por fim, em um movimento que acompanha a consolidação da literatura e da arte indígena, uma rede de atuação jurídica indígena assume novo protagonismo, com intervenções que articulam desde a participação em organizações comunitárias, até estratégias de atuação no Supremo Tribunal Federal (STF). Makunaima, com sua criatividade pragmática e seu poder de transformação, continua em sua jornada, confundindo-se com o próprio processo de construção de uma jurisprudência *menor*.

BIBLIOGRAFIA

II SEMINÁRIO INTERNACIONAL: DIREITO, POLÍTICA E LITERATURA: fronteiras do humano, fronteiras da democracia. Organização: Grupo Direito, Pragmatismos e Filosofia (CNPq e PPGD/UERJ) com apoio da CAPES. Rio de Janeiro, 2021.

ANDRADE, Mário de. *Macunaíma, o herói sem nenhum caráter*. São Paulo: Ubu Editora, 2017.

_____. *O Turista Aprendiz*. Edição estabelecida por Telê Porto Ancona Lopez e Tatiana Longo Figueiredo. Brasília, DF: Iphan, 2015.

ANKER, Elizabeth S.; MEYLER, Bernadette. *New Directions in Law and Literature*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

AURELIANO, Ivo. A judicialização da questão territorial indígena. In : *Conferência no II SEMINÁRIO INTERNACIONAL: DIREITO, POLÍTICA E LITERATURA*. Organização: Grupo Direito, Pragmatismos e Filosofia (CNPq e PPGD/UERJ) com apoio da CAPES. Rio de Janeiro, 2021

_____. Sustentação Oral no Supremo Tribunal Federal na qualidade de *amicus curiae* do Conselho Indígena de Roraiama. *Recurso Extraordinário (RE) 1017365*, com repercussão geral reconhecida (Tema 1.031). Brasília, 2021b. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ITNc3SUO29c> Acesso em 25 de novembro de 2021.

BARRETO, Renato Amado; OLIVEIRA, Ana Lúcia Machado de. Makunaima e Macunaíma: dois tricksters, *Caderno de Letras*, nº 26, pp. 277-309, Jan-Jun, 2016.

BORGES, Priscila Maria de Barros. *Território mítico-literário de Makunaima [manuscrito]: leituras comparadas entre narrativas tradicionais e contemporâneas*. 2017. Dissertação (Mestrado em Estudos Literários) – Faculdade de Letras, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017.

CAMPOS, Haroldo de. *Morfologia do Macunaíma*. São Paulo. Editora Perspectiva, 2008.

CORRÊA, Murilo Duarte Costa. A jurisprudência como categoria social: multiplicações de Deleuze... In: *Revista Direito e Práxis*, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: link para o artigo. Acesso em: 24 nov. 2021. DOI: 10.1590/2179-8966/2020/48235

DELEUZE, Gilles. *Sobre teatro: Um manifesto de menos; O esgotado*. Trad. Fátima Saadi, Olívio de Abreu, Roberto Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.

_____; GUATTARI, Félix. *Kafka: Por uma literatura menor*. Belo Horizonte, Autêntica, 2014.

DOUZINAS, Costas; WARRINGTON, Ronnie. *Justice miscarried: ethics and aesthetics in law*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1994.

EIKHENBAUM, Boris *et al.* *Teoria da literatura, formalistas russos*. Porto Alegre: Globo, 1973.

ESBELL, Jaider. Makunaima, o meu avô em mim! In: *Iluminuras*, Porto Alegre, v. 19, n. 46, p. 11-39, jan/jul, 2018.

FREITAS, Marcos Antonio Braga de. *Insikiran: da política indígena à institucionalização da educação*. 2017. Tese (Doutorado em Sociedade e Cultura na Amazônia) – Instituto de Ciências Humanas e Letras, Universidade Federal do Amazonas. Manaus, 2017.

JOHNSON, Richard. *O que é, afinal, Estudos Culturais?* Trad. Tomaz Tadeu da Silva. Belo Horizonte: Autêntica, 2006.

KOCH-GRÜNBERG, Theodor. Mitos e lendas dos índios Taulipáng e Arekuná. Trad. Henrique Roenick. *Revista do Museu Paulista*, São Paulo, v. VII, p. 9-202, 1953.

KOCH-GRÜNBERG, T. *Vom Roroima zum Orinoco: Ergebnisse einer Reise in Nordbrasilien und Venezuela in den Jahren 1911-1913 – Mythen und Legenden der Taulipang und Arekuna Indianer*. Stuttgart: Verlag Strecker und Schröder, 1924. Disponível em: https://ia902809.us.archive.org/33/items/bub_br_1918_01011120/bub_br_1918_01011120.pdf Acesso em: 25 nov. 2021.

LOPEZ, T. P. A. Arlequim e modernidade. *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros*, [S. l.], n. 21, p. 85-101, 1979. DOI: 10.11606/issn.2316-901X.v0i21p85-101. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rieb/article/view/69575>. Acesso em: 24 nov. 2021.

TAUREPANG *et al.* *Makunaimã: o mito através do tempo*. São Paulo: Elefante, 2019.

MIRAS, Julia Trujillo *et al.* *Makunaíma grita: Terra indígena Raposa Serra do Sol e os direitos constitucionais no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azogue, 2009.

MEDEIROS, Sérgio. *Makunaíma e Jurupari: cosmogonias ameríndias*. São Paulo: Perspectiva, 2002.

MENDES, A; COCCO; G. [Orgs]. *O trabalho das linhas: política, democracia, escrita*. Rio de Janeiro: Autografia, 2020.

MENDES, A.F. Direito e Literatura: da busca do autêntico a uma pragmática do disforme. In: MENDES, A; COCCO; G. [Orgs]. *O trabalho das linhas: política, democracia, escrita*. Rio de Janeiro: Autografia, 2020

NODARI, Alexandre. A metamorfologia de Macunaíma: notas iniciais. *Crítica Cultural – Critic*, Palhoça, v. 15, n. 1, p. 41-67, jan./jun, 2020.

PETERS, Julie Stone. Law, Literature, and the Vanishing Real: On the Future of an Interdisciplinary Illusion, *PMLA*, Vol. 120, No. 2, pp. 442-453, Mar., 2005.

PROENÇA, Manuel Cavalcanti. *Roteiro de Macunaíma*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1974.

RAMOS JR, José de Paula. *A fortuna crítica de Macunaíma: primeira onda (1928-1936)*. 2006. Tese (Doutorado em Letras) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

ROCHA BARRETO, Mêrivania. *Makunaima/macunaíma, Theodor Koch-Grünberg e Mário de Andrade, entre fatos e ficções*. 2014. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Linguagens e Saberes na Amazônia – Universidade Federal do Pará. Bragança, 2014.

SÁ, Lúcia. *Literatura da floresta: textos amazônicos e cultura latino-americana*. Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 2012.

SANTOS, S. C. *A judicialização da questão territorial indígena: Uma análise dos argumentos do Supremo Tribunal Federal e seus impactos na (des)demarcação de terras indígenas no Brasil*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, 2020.

SILVA, Maria Georgina dos Santos Pinho e. *Iperu U'komanto: formas e sentido no mito Makunaima*. 2019. Tese (Doutorado em Linguística e Língua Portuguesa) – Faculdade de Ciências e Letras, Universidade Estadual Paulista. Araraquara, 2019.

SOUZA, Gilda de Mello e. *O tupi e o alaúde: uma interpretação de Macunaíma*. 2ª Edição. São Paulo: Editora 34, 2003.

TÉRCIO, J. *Em busca da alma brasileira: biografia de Mário de Andrade*. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2019.

WHITE, James Boyd. *The Legal Imagination*. Chicago: University of Chicago Press, 1985.

UNIÃO EUROPEIA – UE
FORMAÇÃO HISTÓRICA E INSTITUCIONAL, CRISE ATUAL, DISSENSO E *BREXIT*

EUROPEAN UNION - EU
HISTORICAL AND INSTITUTIONAL FORMATION, CURRENT CRISIS, DISSENT AND
BREXIT

Antônio Celso Alves Pereira¹

Resumo: O presente texto tem como objetivo discutir a formação histórica e institucional da União Europeia, bem como estudar os elementos que conformam a crise que, atualmente, ameaça a continuidade da instituição e projetam, com o precedente estabelecido em razão da retirada voluntária do Reino Unido da condição de Estado-membro da entidade (*Brexit*), cenários adversos sobre o futuro da integração econômica e política dos 27 Estados que a compõem.

Palavras-chave: Europa. Comunidade Econômica Europeia. União Europeia. Instituições Europeias. Crise da Zona do Euro. *Brexit*.

Abstract: This text aims to discuss the historical and institutional formation of the European Union, as well as to study the elements that make up the crisis that currently threatens the institution's continuity and project, with the precedent established due to the voluntary withdrawal of the United Kingdom from the condition of Member State of the entity (*Brexit*), adverse scenarios on the future of economic and political integration of the 27 States that comprise it.

Keywords: Europe. European Economic Community. European Union. European Institutions. Eurozone crisis. *Brexit*.

Vista de fora, a União Europeia continua a ser uma fonte de esperança e oportunidade, bem como de segurança e estabilidade para todos os povos que lhe estão a leste e a sul. Vista de dentro, contudo, parece-se mais com uma fortaleza ameaçada.

Tony Judt

¹ Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida.

Artigo de autor convidado.

1 INTRODUÇÃO

O presente texto tem como objetivo discutir a formação histórico-institucional da União Europeia, bem como analisar a crise que atualmente ameaça seu futuro e, entre outros fatores, o perigoso precedente estabelecido com a retirada voluntária do Reino Unido da condição de Estado-membro da entidade – *Brexit*.²

Os atuais transtornos que recaem sobre a União Europeia derivam, dentre outros elementos, da recorrente ação, em seu âmbito, dos movimentos euroceticistas, que, alicerçados no nacionalismo tradicional e nos partidos europeus de ultradireita, xenófobos e populistas, alimentam a crise e o dissenso no interior do bloco e projetam cenários adversos sobre o futuro da integração econômica e política dos 27 Estados que a compõem.

Problemas econômicos e financeiros, a tragédia dos fluxos migratórios na direção de Estados-membros da UE, questões de segurança decorrentes, principalmente, do terrorismo internacional, agregam-se para agravar esse quadro. Por outro lado, é importante assinalar o fato de que a crise da Zona do Euro, desencadeada a partir de 2007/2008, provocou uma politização sem precedentes na dinâmica do bloco, pois “nunca antes políticas europeias tiveram um efeito tão direto e tão negativo na prosperidade econômica dos Estados-membros como através das medidas de austeridade impostas aos países altamente endividados e que receberam ajudas financeiras da EU e do FMI”.³

No correr do presente texto, pretendo, como acima mencionado, analisar a atual crise que ameaça a União Europeia e, ao cabo, apresentar uma conclusão que terá como centralidade arguir se a UE conseguirá sustentar seus atuais fundamentos, avançar na integração política, e, com isso, projetar a força de sua economia, o poder, a tradição e a grandeza de suas ciências e cultura para além das fronteiras do bloco, em um mundo que passa por profundas e velozes transformações.

Nessa direção, para que se possa propor adequada reflexão sobre o tema, julgo conveniente, de início, tentar responder às seguintes perguntas: o que é a ideia de Europa? O que foi e hoje é a Europa? Em seguida, discutir o processo que redundou na formação da

² O termo *Brexit*, acrônimo formado na língua inglesa pela junção das palavras *Britain* (Grã-Bretanha) e *exit*, que significa saída. A expressão foi criada a partir de outro acrônimo, *Grexit*, ou seja, durante a crise da zona do euro falava-se na possível retirada da Grécia da União Europeia.

³ CONCEIÇÃO, Eugénia. *O Futuro da União Europeia*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2016, p.34-35.

União Europeia, a sua estrutura institucional, bem como a sua natureza jurídica atípica e as falhas que, segundo Castells,⁴ incidiram no processo de construção do projeto europeu e as questões que afetam o seu progresso e continuidade.

Antes de encerrar essas notas introdutórias esclareço que, sob o prisma teórico, utilizarei o institucionalismo histórico como suporte para a análise proposta.⁵

2 A IDEIA DE EUROPA E A CONSTRUÇÃO DO EUROMUNDO

Para responder às indagações acima apontadas devo, preliminarmente, tentar explicar, a partir dos prismas mítico e histórico, o que é a Europa e o que é ser europeu, não em seu sentido meramente geográfico, mas histórico-cultural, político-ideológico e institucional.

A primeira indicação sobre as origens da Europa é mitológica. Neste sentido, como registra Bauman, Zeus, suprema divindade da mitologia grega, caiu de amores pela belíssima princesa Europa, nome semítico que significa pôr do sol. Metamorfosado de touro, Zeus a raptou e a levou para a ilha de Creta. O pai de Europa, Agenor, rei de Tiro, cidade da Fenícia, ordenou que seus filhos partissem à procura da princesa.⁶ O príncipe Cadmo, irmão de Europa, após navegar até Rhodes, desembarcou na Trácia e percorreu as terras que, mais tarde, receberiam o nome de sua irmã. Nessa empresa ele teria levado o alfabeto fenício à Grécia. Em sua desesperada procura, Cadmo foi a Delfos, pedir ajuda ao Oráculo. Ao perguntar sobre o sumiço da irmã, evasiva, para não perder o respeito e o prestígio dos consulentes, a Pitonisa deu-lhe um conselho prático: “Você não vai encontrá-la. É melhor

⁴ CASTELLS, Manuel. *Ruptura – A crise da democracia liberal*. Tradução de Joana Angélica d’Avila Melo. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 81-95.

⁵ As transformações ocorridas na dinâmica da integração europeia, a partir da criação da União, ocasionaram a construção de novas percepções teóricas sobre o assunto. Desde a criação da Comunidade Econômica Europeia os estudos teóricos sobre a integração estavam firmados inicialmente na teoria funcionalista, posteriormente, no neofuncionalismo e na teoria intergovernamentalista. Na década de 1990, tais propostas teóricas foram substituídas por três escolas institucionalistas – a racional, a histórica e a social construtivista. Como informa Eugénia da Conceição, tais correntes institucionalistas convergem no sentido de que as instituições são consideradas “atores próprios” e, deste modo, influenciam o processo decisório, porém, divergindo na forma como essa influência incide sobre a tomada de decisões. Assim, no plano teórico, diz autora, no atual momento, “nos encontramos agora perante uma fase [...] em que todos os especialistas em Estudos Europeus são institucionalistas”. Op. cit. p. 26.

⁶ Conforme a narrativa mitológica, no cumprimento da missão que o pai lhes confiara, os irmãos de Europa fundaram várias cidades e se estabeleceram nas seguintes regiões: Fênix, na Fenícia (hoje Líbano, Síria e norte de Israel); Cílix, na Cilícia (antiga região da costa sul da Ásia Menor, hoje parte da Anatólia, território turco); e Cadmo, na região que hoje compreende a Grécia.

arranjar uma vaca, segui-la e forçá-la a ir em frente, sem descansar. No lugar em que ela cair exausta, construa uma cidade.

Foi assim, segundo a mitologia, que Tebas foi fundada”.⁷ Considerando a difícil empreitada do príncipe Cadmo, procurar a Europa é uma missão marcada pela *aventura*, tomada esta palavra em seus dois significados, ou seja, na Idade Média expressava um acontecimento inusitado, ocasional, acidental, determinado pela sorte e pelo destino; em seu significado moderno, um evento arriscado, um esforço insólito e jamais tentado. *Aventureiro*, o substantivo altamente ambivalente que daí se derivou, sugere, simultaneamente, astúcia, audácia, determinação e falta de propósito.⁸

Outra explicação sobre a formação da Europa e dos europeus, desta feita bíblica, diz que, após o Dilúvio, Noé, cumprindo ordens de Jeová, distribuiu o mundo entre os seus três filhos, cabendo as terras que hoje compreendem a Europa, a Jafé, cujo nome em hebraico significa *beleza*. Conforme se pode ler no Gênesis, capítulo 9, versículo 7, Deus abençoou a Noé e a seus filhos, dizendo-lhes: “quanto a vocês, sejam fecundos e se multipliquem, povoem e dominem a terra”. Em outra versão, menos elaborada, a construção da Europa foi realizada pelos navegadores fenícios que, com seus navios oceânicos, partindo de sua pequena faixa de costa mediterrânea, de Tiro, Biblos e Sídón, em direção ao oeste, guerreando, comerciando e dominando, teriam tomado posse dos territórios que formariam futuramente a Europa, ou seja, a extremidade ocidental do continente asiático. Nesse sentido, é importante assinalar que foi Heródoto (484-425 a. C) o primeiro a nomear a Europa como espaço geográfico.⁹

Assim, pode-se ver, claramente, que em todas as lendas que envolvem a criação da Europa estão presentes, como asseverou Bauman, a aventura e o espírito aventureiro dos seus realizadores. Foi esse espírito aventureiro, essa ideia permanente de construir a Europa, que levou o europeu a projetar-se na História e mudar o mundo.

De outra forma, passando ao campo historiográfico, vê-se que a Europa é uma realidade consubstanciada por várias heranças antigas. Sem os gregos não existiria a Europa, tal como a conhecemos hoje. Além do vasto legado cultural, há consenso histórico na tese

⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Europa*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006, p.7/8.

⁸ *Ibidem*, p. 2

⁹ PERA, Marcello e RATZINGER, Joseph. *Sin Raíces*. Traducción de Bernardo Moreno Carrillo. Barcelona: Ediciones Península, 2005, p. 54.

segunda a qual uma eventual derrota dos gregos na batalha naval Salamina, 480 a. C.,¹⁰ diante da Armada persa, teria ocasionado o fim do incipiente processo de construção da civilização europeia. O continente grego, bem como a Itália, teriam sido ocupados e transformados em unidades políticas ocidentais do Império Persa e governados por sátrapas designados por Xerxes, imperador que se intitulava governador do mundo. “Sem um continente grego livre, a singular cultura da *polis* teria se perdido e levado consigo os próprios valores da então jovem civilização ocidental”.¹¹

Assim, na construção civilizacional da Europa foram determinantes, além da influência política, filosófica e cultural da Grécia, a herança romana e, sobretudo, a contribuição do cristianismo e das tribos germânicas que invadiram o Império Romano e o liquidaram no século V da Era Cristã. Aos homens da Idade Média os romanos legaram sua Arte, a Arquitetura, o Direito Romano, que renasceu na Europa no século XII.

Na história da construção da Europa o cristianismo constitui um fator central e determinante. Com o colapso do Império Romano, a Igreja se impôs pela organização e pelo poder de sua mensagem e ação missionária, como motor da reconstrução da Europa Ocidental, unificando elementos religiosos e culturais judaicos, gregos, romanos e bárbaros, para formar a *respublica christiana*, expressão da unidade religiosa do Ocidente europeu, a chamada cristandade latina, em uma comunidade amalgamada pelos valores ideológicos da mensagem cristã.

Estes valores estão expressos, entre outros, no reconhecimento da natureza sagrada da vida humana e do papel central da família; a importância da cultura e da educação, elementos que levariam à criação, no século XIII, da universidade, da difusão da escolástica e, da mesma forma, da subordinação do poder político à lei e aos princípios da solidariedade e do bem comum, por seu tempo, a Europa moderna foi a culminância da Europa medieval, sobretudo do processo histórico iniciado com o fim do feudalismo, o início da secularização e da gestação do Estado moderno, a partir do século XIII.

No fim da Idade Média e nos primeiros tempos da Idade Moderna, séculos XV e XVI, importantes acontecimentos convergiram para o continuado processo de construção

¹⁰ Na Batalha Naval ocorrida no estreito de Salamina, provavelmente em 29 de setembro de 480 a. C., a Armada grega, sob o comando de Temístocles (524 a. C – 460 a. C.), derrotou a poderosa Marinha de Guerra do imperador Xerxes I (519 a. C. – 465 a. C.).

¹¹ Ver HANSON, Victor Davis. *Por que o Ocidente venceu – Massacre e cultura da Grécia antiga ao Vietnã*. Tradução de Fernanda Abreu. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p. 88.

civilizacional da Europa. Com a publicação póstuma, em 1532, de *O Príncipe*, obra escrita por Maquiavel (1469-1527), em 1513, funda-se a Ciência Política moderna. No contexto do espírito científico renascentista europeu, o anseio pelo conhecimento e a propensão atávica europeia à *aventura* e à expansão, propiciaram o aperfeiçoamento de instrumentos náuticos e de técnicas de navegação oceânica, fatos que permitiram aos portugueses e espanhóis empreenderem as grandes viagens e descobertas marítimas, ao mesmo tempo em que emergia o Capitalismo Mercantil e a Ciência Moderna.

Após as guerras religiosas, decorrentes da Reforma, consolidam-se os grandes Estados nacionais no século XVII. Com a Paz de Westfália (1648), que encerrou a Guerra dos Trinta Anos surgiram, simultaneamente, o moderno sistema europeu de Estados, a aceitação do conceito de soberania nos termos elaborados pelos publicistas franceses, especialmente Jean Bodin, e o desenvolvimento do Direito Internacional moderno.¹² A partir daí, a Europa passa a significar expansão, poder e dominação. Constrói-se o Euromundo, o sistema internacional eurocêntrico, que, mais tarde, após o Congresso de Viena de 1815, seria, até 1914, ordenado pelo sistema de equilíbrio de poderes.

O Planeta, como diz Bauman, para os espíritos europeus inquietos, ambiciosos e intrépidos “era o *playground* da Europa”.¹³ Colonizar, significava desnudar e se apropriar de tesouros para os cofres reais, conquistar, com suprema violência, terras para nelas acomodar homens e mulheres para os quais não havia oportunidades de sobrevivência digna no país natal. Paul Valéry, em 1922, assim definia o espírito europeu: “Onde quer que o espírito europeu domine, vê-se aparecer o máximo de *necessidades*, o máximo de *trabalho*, o máximo de *capital*, o máximo de *rendimento*, o máximo de *ambição*, o máximo de *poder*, o máximo de *modificação da natureza exterior*, o máximo de *relações de trocas*. Este conjunto de *máximos* é a Europa ou a imagem da Europa”.¹⁴

Esse espírito levou os europeus ao autoconvencimento de sua superioridade étnica, política e cultural sobre todos os outros povos, à arrogância e ao desprezo das outras formas de vida não europeias. Assim, em nome de uma falsa missão civilizatória, praticaram

¹² “O direito internacional é talvez o melhor critério cultural de identificação do europeísmo político, que nele estabeleceu a síntese de todas as suas contradições. As contradições que fizeram nascer o Euromundo num processo de guerra civil entre europeus, e que, em duas guerras civis, a que chamamos mundiais, consumaram a liquidação dos impérios que tinham sido construídos a partir desta plataforma europeia”. MOREIRA, Adriano. *Teoria das Relações Internacionais*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 173.

¹³ BAUMAN, op. cit. p. 19

¹⁴ Ver BIROU, Alain & HENRY, Pau-Marc. *Um Outro Desenvolvimento*. Tradução de Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Vértice, Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 299.

massacres e outros crimes contra as populações coloniais. Dessa forma, pode-se afirmar que foi a propensão imperial à conquista que levou a Europa Ocidental às guerras civis que a exauriram e a obrigaram a, finalmente, buscar a realização da unidade política, que fora perdida, havia séculos, com o fim do Império Romano do Ocidente, em 476 da Era Cristã.

3 O DESENVOLVIMENTO DO PROJETO DE UNIÃO DOS ESTADOS EUROPEUS

Até chegar ao Tratado de Roma (1957), instrumento jurídico que foi o ponto de partida para a construção da União Europeia, foram séculos de guerras fratricidas, de crimes de toda a ordem perpetrados por reis, imperadores e papas, enfim, por chefes de Estado e de governos de toda a natureza, que culminaram no absurdo de duas guerras mundiais. Historicamente, com o fim do Império Romano do Ocidente, a busca da perdida unidade europeia, a *renovatio imperii*, começou com Carlos Magno (742-814), coroado imperador do Ocidente na noite de Natal do ano 800, renasceu, em 962, com Oto, o Grande (912-962), primeiro imperador Romano-Germânico e, séculos depois, com as fracassadas tentativas, no século XIX, de Napoleão Bonaparte (1769-1821) de submeter a Europa à sua dinastia e, no século XX, de Adolf Hitler (1889-1945), de construir a unidade europeia sob o Terceiro Reich, com o recurso à guerra total e ao extermínio.

A união dos Estados europeus foi defendida, ao longo da história, dentre outros, por Dante (1265-1321), Pierre Dubois (1250-1320), Émeric Crucé (1590-1648), pelos projetos de paz perpétua do abade de Saint Pierre (1658-1743) e de Immanuel Kant (1724-1804). Apesar da afirmação dos Estados nacionais europeus soberanos e expansionistas, a ideia de união da Europa não desapareceu. No Congresso Internacional da Paz, por exemplo, realizado em Paris, em 1849, Victor Hugo (1802-1885) propôs a união europeia sob a forma de Estados Unidos da Europa, organizada nos mesmos princípios da União norte-americana.

No século XIX a Europa era o centro do mundo, governava o planeta. As potências europeias colhiam os frutos da exploração colonial/imperialista. Realizaram a partilha da África, avançaram na dominação da Ásia e, envolvidas em acirrada corrida armamentista, partiram para a disputa interimperialista e a expansão em escala global.

O progresso industrial e as conquistas científicas e tecnológicas desse período, no contexto da Segunda Revolução Industrial, propiciaram consideráveis avanços na construção naval e no aperfeiçoamento dos armamentos. A Alemanha, em decorrência de sua unificação

tardia, chegara atrasada à corrida colonial e, em razão disso, forçara a redistribuição dos territórios sob o controle dos impérios coloniais europeus no Congresso de Berlim de 1894/1895. O governo alemão aproveitara-se do envolvimento da Inglaterra na Guerra dos Bôeres para iniciar seu projeto de construção de uma poderosa Marinha de Guerra e, de acordo com a Lei Militar de 1899, ampliar suas forças terrestres.

A projeção colonial/imperialista da Alemanha se expressava na seguinte assertiva do Kaiser Guilherme II: “*Política mundial como missão, potência mundial como meta, poder naval como instrumento*”.¹⁵ Os acontecimentos que redundaram no período histórico que ficou conhecido como *Paz Armada* (1876/1914) acabaram levando a Europa à Primeira Grande Guerra, conflito que eclodira para pôr fim a todas as guerras, conforme se proclamava à época. Contudo, como se sabe, foi o ponto de partida para novos conflitos entre as potências europeias, principalmente em razão das cláusulas leoninas do Tratado de Versalhes, instrumento jurídico que aguçou o sentimento nacionalista alemão, fato que culminou no totalitarismo nazifascista e, aliado a outros fatores, na Segunda Guerra Mundial.

Em 1930, discursando na Assembleia Geral da Liga das Nações, o Ministro do Exterior francês, Aristide Briand (1862-1932), repetindo o tema central do discurso que o então primeiro-ministro francês, Édouard Harriot (1872-1957), em 1925, pronunciara na Assembleia Nacional da França, propunha a instituição de uma federação dos Estados europeus. Os graves acontecimentos da década de 1930 impediram o desenvolvimento do projeto francês.¹⁶

Ao encerrar a Segunda Guerra Mundial, a Europa era, como disse Adriano Moreira, “um cemitério de tradições imperiais”,¹⁷ Era tamanha a devastação ao final do conflito que, aos líderes dos principais Estados do continente, restava o convencimento de que seria impossível a recuperação de seus países, individualmente, sobretudo, sem apoio externo e sem a união de todos.

Como se sabe, logo após o término da guerra, acirrou-se a competição ideológica e geopolítica entre os Estados Unidos e a então União Soviética. As tensões resultantes desse confronto alimentaram a Guerra Fria. Para conter o possível avanço da União Soviética na

¹⁵ MESA, Maria Jesús Cava. *Las Alianzas Europeas y la Paz Armada, 1890-1914*. In: Historia de las relaciones internacionales contemporáneas. Barcelona: Editorial Ariel, 2001, p. 227.

¹⁶ Detalhes do projeto de Aristide Briand podem ser observados em: CUNHA, Paulo de Pita e. *Integração Europeia – Estudos de Economia, Política e Direito Comunitários*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1993, p. 24-31.

¹⁷ MOREIRA, Adriano. *Ciência Política*. Lisboa: Livraria Bertrand, 1979, p.412.

direção da Europa Ocidental, no contexto da política norte-americana de contenção, ou doutrina Truman – março de 1947 –, o governo norte-americano lançou, em 5 de junho de 1948, o Programa de Recuperação Europeia, mais conhecido como plano Marshall,¹⁸ alicerçado em cerca de 17 bilhões de dólares,¹⁹ iniciativa que propiciou, entre 1948 e 1951, a rápida recuperação das economias dos países aliados da Europa Ocidental.

O Plano Marshall foi útil não somente à política externa norte-americana no primeiro pós-guerra, mas também às exportações de produtos norte-americanas para a Europa. Por outro lado, Plano Marshall foi também importante para o desenvolvimento da cooperação entre os países europeus. Nessa linha, impulsionou a criação, em 1948, da Organização Europeia para a Cooperação Econômica – OECE, cuja finalidade era administrar os fundos oriundos do Plano Marshall e disponibilizá-los para a reconstrução da Europa. A OECE serviu de modelo organizacional para a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço - CECA, que constituiu, como se sabe, o ponto de partida do que seria a Comunidade Econômica Europeia e, posteriormente, a União Europeia. A OECE, em 1961, foi substituída pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, OCDE.

Assim, resolvidos, inicialmente, a criar um mercado e políticas comuns em área vital para a indústria e a criação de empregos nos primeiros tempos do pós-guerra, pela determinação de dois notáveis líderes europeus, que figuram com destaque entre os fundadores da integração europeia, Robert Schuman (1886-1963) e Jean Monnet (1888-1979), Bélgica, França, Itália, Luxemburgo, Países Baixos e a República Federal da Alemanha (Alemanha Ocidental à época) firmaram, em Paris, em 18 de abril de 1951, o Tratado que instituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço - CECA, a primeira organização supranacional europeia, também o primeiro passo no caminho da Europa supranacional. Os seis Estados que a constituíram, pela primeira vez em suas histórias, concordavam em transferir parcela de suas soberanias para uma instituição comunitária.

A CECA passou a funcionar, a partir de 25 de julho de 1952, data da entrada em vigor dos cem artigos do Tratado de Paris. Vale acrescentar que essa instituição substituiu a Autoridade Internacional para o Ruhr, estabelecida pelo Comando Aliado na Europa, em

¹⁸ Desde a sua implantação, em 1948, o Plano Marshall tem sido alvo de pesadas e inúmeras críticas oriundas não somente de correntes antiamericanas, de ativistas estrangeiros e do próprio país, como Noam Chomsky, por exemplo, mas também de economistas liberais como Ludwig von Mises. Dito isso, acreditamos que vale este simples registro, na medida em que se trata de matéria que não está nos objetivos do presente trabalho.

¹⁹ Importância que, hoje, equivaleria a mais de 100 bilhões de dólares.

1949, para controlar o carvão e o aço do Vale do Ruhr. O Reino Unido apoiou a ideia, porém, o primeiro-ministro Winston Churchill (1874-1965) resolveu manter seu país fora da projetada comunidade. No processo para avançar a integração econômica europeia, por meio de instituições comunitárias, o segundo passo foi dado, em 25 de março de 1957, com a assinatura, pelos seis Estados que criaram a CECA, dos dois Tratados de Roma, que estabeleceram a Comunidade Econômica Europeia – CEE ou Mercado Comum Europeu – MCE e a Comunidade Europeia da Energia Atômica - EURATOM.

O Tratado que instituiu a CEE, com 240 artigos, dispunha sobre a criação de um mercado comum, ao longo de 12 anos, fundado nas chamadas quatro liberdades: livre circulação de mercadorias, de pessoas, de capitais e de serviços. Estabelecia uma união aduaneira e a adoção pelos Estados-Partes de políticas comuns nos planos agrícola, comercial e de transportes. Posteriormente, outros Estados aderiram ao Tratado da CEE: Reino Unido, Irlanda e Dinamarca, em 1973; Grécia, em 1981; Espanha e Portugal, em 1986.

O segundo Tratado de Roma instituiu a Comunidade Europeia de Energia Atômica – EURATOM, em vigor desde 1º de janeiro de 1958, para desenvolver a pesquisa, difundir entre as Partes conhecimentos técnicos, estabelecer normas de segurança e garantias de utilização pacífica da energia nuclear. Outro passo para a concretização da futura União Europeia foi a entrada em vigor do Tratado de Bruxelas, em 1º de julho de 1967. Também chamado de Tratado da Fusão, congregou os poderes executivos das três Comunidades Europeias, estabelecendo um comando único por meio do então Conselho das Comunidades Europeias (hoje Conselho da União Europeia), que substituiu o Conselho Especial de Ministros da CECA, o Conselho da CEE e o Conselho da EURATOM.

Com o mesmo propósito foram reunidos, como único órgão executivo, a Comissão das Comunidades Europeias (hoje Comissão Europeia) substituindo a Alta Autoridade da CECA, a Comissão da CEE e a Comissão da EURATOM. Na marcha para a União Europeia o Tratado de Bruxelas foi substituído pelo Tratado de Amsterdã, fato que, adiante, detalharemos.

No quadro normativo do processo de integração europeia o Ato Único Europeu, datado de fevereiro de 1986, em vigor a partir de junho de 1987, determinou a consolidação do mercado interno do bloco até 1993 e trouxe novos subsídios à livre circulação de capitais e serviços. Tratou também da política social, do desenvolvimento tecnológico e ambiental,

além de iniciativas para impulsionar ações nos campos da política externa e da segurança comunitária.

4 O TRATADO DE MAASTRICHT E A CRIAÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA

Apoiados nos precedentes histórico-institucionais anteriormente detalhados, as lideranças europeias conseguiram construir a União, ao concluir, com o Tratado de Maastricht ou Tratado da União Europeia, o projeto supranacional de integração econômica e política regional. Desenvolvido durante cinco décadas, o projeto de União prosperou rompendo etapas, enfrentando forte oposição alicerçada no tradicional nacionalismo dos países europeus,²⁰ nos partidos políticos de extrema direita, em manifestações de xenofobia e euroceticismo e nos contratempos decorrentes da Guerra Fria. Realizar a união da Europa, construir uma paz duradoura e uma economia forte, como escreve Castells,

[...]foi a ideia central de Monnet, Adenauer, Schuman, Mendès-France, De Gasperi e, mas adiante, Jacque Delors, Helmut Khol, Felipe González, Romano Prodi e, por último, Angela Merkel. Não cito nomes ingleses, embora Blair fosse abertamente pró-europeu, porque o Reino Unido sempre deixou claro seu interesse por uma comunidade econômica e não política.²¹

Firmado em 7 de fevereiro de 1992, na cidade neerlandesa do mesmo nome, o Tratado de Maastricht entrou em vigor em 1º de novembro de 1993, fundou a União Europeia, estabeleceu a moeda única, criou novos domínios comunitários, ampliou a captura e a transferência de poderes soberanos dos Estados para os órgãos da União, além de modificar e reafirmar instrumentos convencionais anteriores.

O Tratado, ratificado pelos doze Estados – Membros à época – Alemanha, Bélgica, Dinamarca, Espanha, França, Grécia, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Países Baixos, Portugal e

²⁰ Para melhor conhecimento sobre o fenômeno do nacionalismo na Europa, ver SMITH, Anthony D. *Nações e Nacionalismo Numa Era Global*. Tradução de Carlos Leone. Oeiras, Portugal: Celta Editora, 1999.

²¹ CASTELLS, op. cit. p. 82. Este autor, comentando a posição do Reino Unido, da França (sob De Gaulle) e da Alemanha, a propósito da União Europeia, destaca que a aliança tradicional dos britânicos “historicamente privilegiada, foi com os Estados Unidos, enquanto na Europa retribuiu com frieza a hostilidade de De Gaulle, que via o continente como uma projeção da grandeza francesa. Ao passo que a Alemanha, dividida e debilitada, só podia se reintegrar à comunidade de nações através de um pró-europeísmo extremo que fizesse esquecer seu reiterado e violento nacionalismo. Paradoxalmente, o projeto federalista alemão e as reticências britânicas à União Europeia favoreceram, por motivos opostos, a decisiva ampliação da Europa rumo ao leste. A Alemanha buscou assim recriar seu espaço de influência tradicional, enquanto o Reino Unido calculou, acertadamente, que quanto mais países se ingressassem à União, menos possibilidade haveria de cogoverno efetivo, reforçando, assim, a soberania nacional de cada país”.

Reino Unido – assentou a UE em três pilares, que resumiam os domínios e indicava os instrumentos de ação da União nas suas diversas competências: 1) assegurar o correto funcionamento do mercado único, promover o desenvolvimento harmonioso das atividades econômicas, do mercado de trabalho e a proteção social e a igualdade de gênero; 2) política externa, segurança e defesa comuns, para garantir a independência e a integridade da União; 3) cooperação ampla nos campos da justiça e dos assuntos internos para proteção dos cidadãos europeus, e preservar a paz e a segurança internacionais, consoante os princípios dispostos na Carta das Nações Unidas.

Neste terceiro pilar estão incluídas as competências da UE para controlar as fronteiras externas da entidade, os problemas derivados da imigração irregular, o enfretamento do terrorismo internacional, da delinquência, e do tráfico de drogas, além da cooperação interna e internacional em matéria civil e penal. A propósito, é importante salientar o fato de que o Tratado estabeleceu a cidadania da União Europeia, situação que, sob as óticas política e jurídica, permite a seu titular residir, trabalhar, estudar e circular livremente nos territórios dos Estados que compõem a União.

O Tratado de Maastricht criou o Serviço Europeu de Polícia – EUROPOL, que completou sua implantação, em 1999 e tem como finalidade, entre outras, cooperar e interagir com as organizações policiais internacionais. Comentando a institucionalização do sistema internacional na contemporaneidade, Caçado Trindade chama a atenção para o fato de que “nem sempre os desenvolvimentos nessa área, inclusive os mais recentes, se tem dado com a necessária e desejável clareza conceitual”. Nesse sentido, ele traz à colação a crítica que tem sido dirigida ao Tratado de Maastricht, “por ele não ter afirmado expressamente a personalidade jurídica da União Europeia”. Contudo, afirma o mesmo autor que a omissão do Tratado “em nada afetou a personalidade jurídica da União Europeia, porque esta não decorre de uma disposição expressa, mas sim [...] da existência implícita de tal personalidade para o fiel exercício das funções atribuídas à União Europeia pelo próprio Tratado de Maastricht.”²²

A ampliação do quadro de Estados-Membros e a necessária revisão das convenções constitutivas anteriores, em especial o Tratado de Maastricht, e atos conexos, provocou a negociação que teve início, em Messina, Itália, em julho de 1995, da qual resultou o acordo

²² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito das Organizações Internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 535-536.

final que se concretizou no Tratado de Amsterdã, firmado pelos Estados-Membros da UE, em 2 de outubro de 1997, e em vigor a partir de 1º de maio de 1999. Este instrumento fixou entre seus principais objetivos criar condições adequadas para a livre circulação de cidadãos da UE, revisou questões relativas à política externa e de segurança, dispôs sobre a política comum de cooperação policial e judiciária em matéria penal, tratou da questão do direito de asilo no âmbito da União, assim como da imigração e da proteção de nacionais de terceiros países.

Em relação à abertura de fronteiras e à livre circulação de pessoas nos espaços da UE tais problemas estão regulados pelo Acordo de Schengen, normativa que foi concretizada fora da União, em 14 de julho de 1985, e conta com 26 Estados-Partes, dos quais 22 são membros da UE – Alemanha, Áustria, Eslováquia, Bélgica, Dinamarca, Eslovênia, Espanha, Estônia, França, Finlândia, Grécia, Hungria, Itália, Letônia, Lituânia, Malta, Luxemburgo, Países Baixos, Polônia, Portugal, República Checa e Suécia. De outra forma, Islândia, Liechtenstein, Suíça e Noruega, que não são membros da União, ratificaram o Acordo.

Um Protocolo ao Tratado de Amsterdã o incluiu no quadro institucional e no marco jurídico da UE. Os cidadãos residentes em países membros do Espaço Schengen não necessitam de passaporte ou visto para entrar em outro Estado membro do Acordo. Estrangeiros residentes em países membros do Espaço Schengen necessitam de passaporte para adentrar nos Estados-Partes do Acordo. Países que aderirem à União Europeia, como dispõe o Protocolo anexo ao Tratado de Amsterdã, obrigam-se a ratificar o Acordo de Schengen.

Continuando com o projeto de gradual ampliação do marco institucional e jurídico da União Europeia, em 29 de outubro de 2004, as lideranças europeias firmaram, em Roma, o Tratado Constitucional Europeu, cujos objetivos, discutidos e aprovados pelo Conselho Europeu, em 18 de junho de 2004, em Bruxelas, era dotar, por meio de uma Carta Magna, a União Europeia de instrumentos jurídicos que substituíssem os diversos Tratados e Protocolos incorporados ao longo do processo de institucionalização da integração europeia e, com isso, aperfeiçoar a estrutura jurídica e o funcionamento da União.

A Constituição Europeia incluía a Carta Europeia dos Direitos Humanos em seu texto. Quando o projeto de Constituição foi submetido aos membros da União para as necessárias ratificações, em 2005, a situação financeira do bloco já começava deteriorar-se no caminho

da grave crise do euro, que grassaria em 2007/2008.²³ Começava a crise de identidade no âmbito da UE, que evoluiria nos anos seguintes, disseminando um “dissenso constrangedor”²⁴ no interior do bloco. Submetida a Constituição à ratificação dos Estados-Membros instalou-se, no plano interno da União, enorme polêmica acerca dos dispositivos constitucionais que avançavam, ainda mais, na transferência de soberania para os órgãos comunitários.

No Reino Unido, então Parte da UE, de pronto, foi forte a resistência. O texto já havia recebido o “sim” de dez países, restavam treze ratificações. Para entrar em vigor, a Constituição Europeia precisaria de aprovação unânime dos Estados-Membros da União. Levado a referendo na França, o Tratado Constitucional Europeu foi rejeitado, em 29 de maio de 2005. No mês seguinte, 1º de junho de 2005, os Países Baixos também o denegaram. Disso podemos inferir o fato de que, na hora de ampliar e consolidar a união política, os eleitores da França e da Holanda apegaram-se ao tradicional nacionalismo, mostrando que, antes de serem europeus no sentido político, são franceses e holandeses.

Os franceses não aceitaram as normas que determinavam igualdade jurídica entre os membros da União, ou seja, não concordaram com o princípio segundo o qual as decisões mais importantes sobre a Europa deviam ser aprovadas por unanimidade, o que daria ao exíguo Luxemburgo poder decisório igual ao da França. Outro ponto que levou franceses e holandeses a rejeitarem a Constituição foi a transferência para o governo supranacional em Bruxelas de certos controles econômicos e a palavra final em matéria de políticas sociais, principalmente medidas de flexibilização do mercado de trabalho.

Manifestava-se o medo de perder as conquistas do Estado de bem-estar social. Mas a rejeição à Constituição tinha outros tantos motivos. A moeda comum, adotada em 2002, não havia proporcionado como prometiam seus mentores, Helmut Kohl, e Francois Mitterrand, a solução para o desemprego e o baixo crescimento econômico. Nos três anos anteriores ao plebiscito o crescimento econômico dos então 12 países que adotaram o euro foi menor do que o registrado no Reino Unido, na Suécia e na Dinamarca, Estados que ficaram fora da zona do euro.

²³ Para melhor conhecimento histórico e financeiro das origens da crise do Euro e as suas posteriores consequências, entre 2004 e 2011, ver PIKETTY, Thomas. *É Possível Salvar a Europa?* Tradução de Renata Teodoro de Assis. Rio de Janeiro: Editor Intrínseca, 2015.

²⁴ Eugénia da Consciência, op. cit. p. 26-32.

Outro ponto importante nessa matéria estava ligado às consequências da ampliação do bloco europeu, em 2004, em mais dez Estados, oito deles do leste e do centro da Europa. Os europeus dos países ocidentais, principalmente os franceses, temiam que a mão de obra barata e os baixos impostos industriais desses países capturassem seus postos de trabalho no país.

Portanto, não foi possível reformar o marco jurídico-institucional da União Europeia por meio da aprovação, por todos os Estados-membros da UE, do projeto da Constituição Europeia. Em razão disso, em Portugal, em 13 de dezembro de 2007, foi firmado pelos Estados-Membros da União Europeia o Tratado de Lisboa, que entrou em vigor em 1º de dezembro de 2009. Seu objetivo, ao reformar os Tratados de Maastricht e da Comunidade Europeia, traduziu-se na realização de mudanças na estrutura jurídica e operacional da UE, na ampliação dos direitos da cidadania europeia, que não foram contemplados nos Tratados de Amsterdã e Nice,²⁵ e na democratização das decisões das instituições supranacionais.

O Tratado de Lisboa conferiu maiores poderes ao Parlamento Europeu, único órgão formado pelo voto universal dos cidadãos dos Estados-membros, em várias matérias de grande importância na vida comunitária. Outro dado importante foi a equiparação, na estrutura institucional da União, do poder do Parlamento ao do Conselho Europeu. É importante registrar o fato de que a incorporação da Carta de Direitos Fundamentais pelo Tratado de Lisboa deu-lhe cunho vinculativo.

Entre os poderes conferidos ao Parlamento está a competência para eleger o presidente da Comissão Europeia, órgão que administra a União e, nessa mesma linha, competência para interferir em acordos internacionais firmados pela UE, analisar o orçamento e a prestação de contas das várias instituições da União. O Parlamento passou a ter papel decisivo em, praticamente, quase todas as atividades da União. O artigo 50 do Tratado de Lisboa regulamentou a questão da retirada de Estado-membro da União.

5 A UNIÃO EUROPEIA PÓS-BREXIT

²⁵ Tratado de Nice, aprovado pelos Estados-Membros da UE em fevereiro de 2001, e em vigor a partir de 1º de fevereiro de 2003, foi negociado com o propósito de criar as condições institucionais para o alargamento da União, ou seja, a entrada de novos Estados-Membros do Leste e do Sul da Europa.

Com a saída do Reino Unido a UE congrega atualmente 27 Estados-membros, relacionados em seguida, com os respectivos momentos em que ingressaram na entidade: Alemanha, Estado-Membro fundador; Áustria, 1995; Bélgica, Estado-Membro fundador; Bulgária, 2007; Chipre; Croácia, 2013; Dinamarca, 2004; República Eslovaca, 2004; República Eslovênia, 2004; Espanha, 1986; Estônia, 2004; Finlândia, 1996; França, Estado-Membro fundador; Grécia, 1981; Hungria, 2004; Irlanda, 1973; Itália, Estado-Membro fundador; Letônia, 2004; Lituânia, 2004; Luxemburgo, Estado-Membro fundador; Malta, 2004; Países Baixos, Estado-Membro fundador; Polônia, 2004; Portugal, 1986; República Checa, 2004; Romênia; 2007 e Suécia, 1995.

No contexto do chamado *alargamento da União Europeia*, Turquia, Macedônia do Norte, Montenegro, Albânia, Sérvia, e Bósnia e Herzegovina apresentaram suas candidaturas a membro da entidade. Vale lembrar que são princípios básicos da União Europeia, cujo cumprimento é imprescindível para a adesão de novos membros, o pleno acatamento da cláusula democrática, o respeito aos direitos humanos, à economia de mercado e a observância da legislação da instituição. A questão da entrada da Turquia na União Europeia conforma um processo que já dura mais de três décadas. Teve início em 1987 e, em 2005, começaram as difíceis negociações.

As dificuldades concentram-se, não somente na natureza autoritária do regime implantado pelo presidente Recep Tayyip Erdogan, nas violações dos direitos humanos fartamente denunciadas pela imprensa internacional, principalmente a forte repressão aos acusados da tentativa de golpe de Estado, em 2016, mas também em outros fatores e exigências da UE para concluir o arrastado processo. A União Europeia exige que a Turquia entre em acordo com a Grécia e resolva o contencioso que mantém com este país, desde 1970, relativo aos limites entre os dois Estados nas águas do Mar Egeu e no espaço aéreo.

Com Chipre o contencioso é político-militar e é consequência da invasão da Ilha e a ocupação de parte do território cipriota por tropas turcas, desde 1974, fato que se desdobrou na criação, pela Turquia, da República Turca do Norte de Chipre, que somente é reconhecida pelos seus criadores. A União Europeia exige ainda da Turquia o reconhecimento da República de Chipre e que mantenha a supressão da pena de morte. Embora a Turquia, desde 1952, faça parte da OTAN, parece difícil a solução desse problema.

A União Europeia é dinamizada por um amplo quadro de instituições. Destaco, de início, o já citado Parlamento Europeu, que é o seu poder legislativo. Contudo, este órgão,

em determinadas matérias, compartilha a atividade legislativa com o Conselho Europeu. É composto por 705 eurodeputados, com mandatos de 5 anos, eleitos pelo voto direto em seus países, levando em conta a população de cada Estado-Membro, para fixar o número de parlamentares por cada Estado. O país com maior número de deputados é a Alemanha, com 96, seguida da França, 79 e da Itália, 76. Estônia, com apenas 7 deputados, Chipre com 6 e Lituânia com 6 expressam o menor número de parlamentares por Estado.

É interessante mencionar o fato de que os deputados não estão agregados em bancadas por nacionalidade, mas reunidos em grupos políticos, de acordo com suas ideologias. A sede oficial do Parlamento Europeu é em Estrasburgo, porém, mantém escritórios administrativos no Luxemburgo e a maior parte das reuniões das Comissões é realizada em Bruxelas. São 24 as línguas oficiais no Parlamento Europeu.

Outra instituição importante é o Conselho Europeu, sediado em Bruxelas, que tem poderes para definir a agenda política da União. É composto pelos chefes de Estado ou de Governo dos 27 Estados-membros da União, pelo seu presidente e pelo presidente da Comissão Europeia. As decisões são tomadas por consenso ou por maioria qualificada. Por sua vez, o Conselho da União Europeia, composto pelos ministros de cada um dos países da EU, tem como finalidade coordenar as políticas definidas pelo Conselho Europeu. Sua sede é em Bruxelas.

A Comissão Europeia, sediada em Bruxelas, é composta por 30 comissários, escolhidos pelo Conselho Europeu, por meio do sistema de rotação, e um presidente eleito pelo Parlamento Europeu. Tem importância e ação substancial na prática institucional da União. São várias as suas atribuições: no interesse dos Estados-Membros da EU, propor novas leis e fazer cumprir a legislação comunitária, planejar e executar, em comum acordo com os Estados-Membros, a política educacional da União (Espaço Europeu de Educação Superior), representar a instituição e negociar acordos internacionais comerciais e de cooperação, enfim, atuar como órgão administrativo e executivo da União.

Vale lembrar que é também competência da Comissão Europeia executar a política ambiental da UE, que é uma das mais avançadas e ativas do mundo. Nessa matéria, a Comissão Europeia conta com colaboração da Agência Europeia do Ambiente, sediada em Copenhague, organismo da UE encarregado de fornecer informações e dados atualizados em matéria ambiental. A propósito, devo assinalar que são idiomas de trabalho na Comissão Europeia o francês, o inglês, o alemão, o italiano e o espanhol. Contudo, as línguas mais

usadas pelo Colégio de Comissários da Comissão Europeia são o francês e, principalmente, o inglês, apesar da retirada do Reino Unido.

No quadro institucional da UE o Tribunal de Justiça da União Europeia,²⁶ criado em 1952, é a instância judiciária máxima da entidade. Está sediado no Luxemburgo.²⁷ Congrega o Tribunal de Justiça propriamente dito e o Tribunal Geral da União Europeia. Entre as várias competências do Tribunal de Justiça destacam-se a missão de declarar a legalidade dos atos emanados dos órgãos e instituições da União, pronunciar-se sobre o cumprimento e a execução do direito da EU e, da mesma forma, sobre o cumprimento e a interpretação dos Tratados.

Mediante pedido dos juízes nacionais, o Tribunal de Justiça da UE analisa e esclarece pontos que estariam implícitos em determinadas normas jurídicas da UE. O Tribunal Geral da UE é órgão complementar do Tribunal de Justiça. Composto por dois juízes por Estado-Membro, para cumprirem mandato de seis anos, renováveis. Tem competência para julgar recursos interpostos por particulares e empresas contra atos emanados das instituições e dos vários órgãos da União Europeia.²⁸

Em outra direção aparece o Banco Central Europeu, entidade econômico-financeira independente, sediada em Frankfurt am Main, responsável pelas questões monetárias e cambiais no âmbito da União Europeia, ou seja, a estabilidade e a manutenção do poder de compra da moeda única. Além disso, garante o adequado funcionamento do sistema de pagamentos, emite e controla a emissão da moeda por cada país membro, presta ajuda e assistência aos países da chamada Zona do Euro, oficialmente Área do Euro, no que respeita à fiscalização e supervisão bancárias. Nessa linha, recebe em depósito e administra as reservas cambiais dos Estados europeus que adotaram o euro. Foi fundado no dia 1º de junho de 1998, porém, passou a fazer parte do quadro institucional da UE com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 1º de dezembro de 2009.

²⁶ O Tribunal Europeu de Direitos Humanos não faz parte do quadro institucional da União Europeia. É órgão judicial do Conselho da Europa, organização internacional fundada em 1949, e voltada à proteção dos direitos humanos, à defesa da democracia e à realização da estabilidade social europeia. Quarenta e sete Estados europeus, inclusive os vinte e sete que formam a União Europeia, compõem o quadro de membros do Conselho da Europa.

²⁷ O Tribunal de Justiça da União Europeia recebeu esta denominação por dispositivo do Tratado de Lisboa. Antes se chamava Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

²⁸ Melhores informações sobre o Tribunal de Justiça e o Tribunal Geral da União Europeia estão disponíveis em: Competências do Tribunal de Justiça da União Europeia | Fichas temáticas sobre a União Europeia | Parlamento Europeu (europa.eu) Acesso em 17 dez 2021.

Completando a lista das principais instituições da União Europeia aponto o Tribunal de Contas da UE, entidade completamente independente e constituída por um membro designado por cada Estado da União, cuja competência se expressa no poder de auditar a legalidade e a transparência dos atos financeiros da UE, agindo, portanto, no pleno interesse dos cidadãos da União Europeia.

É importante registrar o fato de que o quadro institucional da União Europeia agrega, também, mais de 40 agências especializadas e complementares em todos os setores de suas atividades, além de diversos órgãos com atribuições diversas como o Comitê das Regiões, o Comitê Econômico e Social, a Defensoria do Povo Europeu e a Alta Representação da União para os Assuntos Exteriores e Política de Segurança.

A complexidade institucional da União Europeia não nos permite enquadrá-la em qualquer das categorias clássicas de formas compostas de Estado. Ela é “menos do que uma federação política e mais do que uma organização intergovernamental clássica”.²⁹ Não é também uma confederação de Estados, embora apresente alguns dos elementos que configuram este tipo de Estado composto.

Para Castells, no contexto da era da informação, a União Europeia seria um Estado-rede, ou seja, se caracteriza por compartilhar soberania e, assim, impor decisões por meio de uma rede de instituições. Para o citado autor, tal modelo de Estado “parece ser o mais adequado para processar a complexidade crescente entre o global, o nacional e o local, a economia, a sociedade política, na era da informação”, pois “as instituições europeias são as instituições políticas que mais se aproximam do modelo de Estado-rede”.³⁰

A União Europeia é, portanto, uma forma atípica de associação de Estados, que conforma a segunda economia do mundo, com um BIP nominal de 15.265 trilhões de dólares (dados de 2020) e com uma população de 446 milhões de habitantes.

A União Europeia ingressou na Organização Mundial do Comércio – OMC, em 1º de janeiro de 1995. Todos os 27 Estados-Membros da UE são membros da OMC.

6 CRISE, DISSENSO E BREXIT

²⁹Eugénia da Conceição, op. cit. p.14-15.

³⁰ CASTELLS, Manuel. *Para o Estado-Rede: Globalização Econômica e Instituições Políticas na Era da Informação*. In: Sociedade e Estado em Transformação. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser et alii. São Paulo: Editora UNESP, 1999, p. 163-164.

A crise de legitimidade que ameaça a perenidade da União Europeia tem origem, conforme Castells, em três pontos oriundos da própria natureza do projeto de integração. Acentuando o fato de que tal projeto foi concebido por um grupo de europeus ilustrados, humanistas e um tanto visionários, “partidários da chamada economia social de mercado, e que davam prioridade absoluta à paz e ao que denominavam valores europeus”, ele afirma que os idealizadores de uma Europa pacífica e economicamente forte não procuraram ouvir a maioria da população, fato que não permitiu consolidar, na mente do cidadão, a ideia de identidade europeia, de pertencimento a uma comunidade cultural e institucional, acima, portanto, das cidadanias nacionais.³¹

Assim, sem uma base cultural e identitária sólida, trata-se, portanto, diz Castells, de um “típico projeto de despotismo esclarecido (tudo para o povo, mas sem o povo)”.³² A segunda falha indicada pelo autor reside na forma como se projetou a moeda única para vigorar em economias de fundamentos diversos, como nos Estados do sul da Europa membros da União, com sérios problemas de produtividade, competitividade, política fiscal e estruturas bancárias desiguais.

Vale esclarecer que a Zona do Euro ou Área do Euro compreende um mercado de 344 milhões de pessoas e é composta por 19 Estados-Membros da UE: Áustria, Bélgica, Chipre, Estônia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Irlanda, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Holanda, Portugal, Eslováquia, Eslovênia e Espanha. Embora membros da UE, não adotaram a moeda única: Bulgária, Croácia, República Checa, Hungria, Polônia, Romênia, Suécia e Dinamarca. Por sua vez, a República de San Marinho, o Principado de Andorra e a Cidade-Estado do Vaticano, Estados não pertencentes ao quadro de membros da União Europeia, por acordo especial, adotam o Euro.

Em 2008, em consequência da extensão à Europa da crise financeira do capitalismo globalizado, gerada nos Estados Unidos em consequência dos empréstimos de risco (*subprime*) não honrados pelos devedores – a *bolha imobiliária americana* –, os países da Zona do Euro, altamente endividados – Portugal, Chipre, Grécia, Itália e Espanha –,

³¹ “Mas o que deslegitimou a ação das instituições europeias foi um sistema construído de cima para baixo, e não mediante uma delegação de poder sob controle democrático. Tal é a raiz do chamado déficit democrático que corroeu a construção europeia. [...] Para a Alemanha e a França, particularmente, o essencial era criar mecanismos que tornassem irreversível a unificação, começando pelo mais óbvio, a integração econômica, a fim de competir em um âmbito mundial pautado pela globalização. Por isso, em muitos países europeus, associou-se a globalização à integração europeia, projetando uma imagem negativa sobre ambas”. Ibidem, p.87-88.

³² CASTELLS, *Ruptura*, op. cit. p. 85.

principalmente junto aos bancos alemães, entraram em colapso econômico-financeiro, uma vez que não lhes fora possível rolar suas dívidas, devido às restrições de crédito.

Para segurar o Euro, a chamada *Troika*, composta pelo Banco Central Europeu, Comissão Europeia e o Fundo Monetário Internacional, por iniciativa da Alemanha e de países do norte da Europa, impôs aos Estados endividados um rigorosíssimo plano de austeridade, sem controle democrático, que ampliou o quadro de desemprego, desarticulou a estrutura empresarial, situação que prejudicou, de forma substancial, a recuperação das economias do sul europeu. “Foi então que se evidenciou a hegemonia alemã em uma economia integrada por uma moeda comum”.³³ Ainda sobre este assunto, a explicação de Castells:

A crise do euro evidenciou a diferença de interesses entre países da União, a desconfiança entre seus povos e a dominação dos interesses financeiros sobre as prioridades sociais nas políticas das instituições europeias. O resultado foi um aprofundamento da crise de legitimidade dessas instituições, refletida nas pesquisas, em quase todos os países, com exceção da Alemanha. Porque foi precisamente a Alemanha o país que saiu reforçado da crise.³⁴

Assim como Castells, que afirma que a gênese da crise do Euro (2008-2012) “já estava inscrita de antemão no desenho da moeda comum”³⁵ Paul Krugman³⁶ aponta que a origem do desastre estaria no Norte, em Bruxelas, Frankfurt e Berlim, onde as autoridades criaram um sistema monetário incrivelmente falho. Entretanto, superada a crise 2008/2012, atualmente a moeda única é percebida de outra forma pela opinião pública da Área do Euro.

Dados recentes colhidos pelo Eurobarômetro, estrutura de pesquisa da UE, apontam que 80% da população da Área aprovam a moeda. “O entusiasmo não deixa de surpreender, tamanha foi a demonização da moeda durante quase toda a sua breve existência”, escreve Mathias Alencastro. Diz ainda:

A pandemia só reforçou as convicções pró-euro dos europeus. Hoje, gregos e portugueses e tantos outros estão plenamente conscientes de que seus respectivos governos jamais conseguiriam navegar os mares da pandemia munidos de suas moedas de outrora. [...] Os dracmas, os escudos de nada serviriam para combater e estabilizar cadeias de abastecimentos.³⁷

³³ CASTELLS, Ruptura, p. 89

³⁴ Ibidem, p. 90-91.

³⁵ Ibidem, p. 90.

³⁶ KRUGMAN, Paul. *A Grécia como Vítima*. O Globo, Economia, edição de 19 de junho de 2012, p. 21.

³⁷ ALECASTRO, Mathias. *A Força do Euro, 20 – No ápice, moeda obriga populistas a dar revolta por encerrada*. In: Folha de São Paulo, Mundo, edição de 3 de janeiro de 2022, p. A8.

A crise migratória constitui o terceiro questionamento que Castells apresenta ao projeto de integração da Europa e que, por sua importância político-social e ideológica, evidencia a fragilidade da União na medida em que causa dissenso no interior do bloco. Em sua análise desse fenômeno ele destaca duas situações ou dois componentes distintos: o intraeuropeu e o extraeuropeu: no primeiro caso as tensões originam-se nos deslocamentos de milhões de trabalhadores oriundos dos Estados do leste da Europa, incorporados à União e que, protegidos pela liberdade de circulação, emigraram e emigram em massa para o oeste, fato que gera sérios problemas nos mercados de trabalho e nos serviços públicos dos países do ocidente e do norte da Europa, membros da UE.

Por outro lado, o componente extraeuropeu gerou graves tensões no interior do bloco. Fugindo da guerra na Síria e no Iraque, milhares de pessoas buscaram asilo humanitário na UE, situação que obrigou a Comissão Europeia a tentar distribuir os migrantes entre os vários países. A Alemanha – lê-se Angela Merkel – a Itália e a Grécia acataram o determinado pela Comissão Europeia. Entretanto, a maioria dos Estados da União, alegando o perigo de receber grupos terroristas, firmados em posições claramente xenófobas e racistas, fecharam suas fronteiras. Como observou Castells, sob o efeito das graves tensões oriundas da crise migratória “a União se fracionou em suas políticas e aprofundou seus conflitos, evidenciando a precariedade de seu projeto”.

Sobre o mesmo tema, julgo conveniente trazer à colação a análise de Eugénia da Conceição. Ela destaca duas situações no desenvolvimento da integração europeia: a fase do “consenso permissivo”, dos anos iniciais do processo de integração, caracterizada pelo consentimento implícito dos cidadãos a respeito das decisões relativas à transferência de competências do plano nacional para o supranacional europeu. O desenvolvimento do processo de integração, nessa época, era considerado pela população da então Comunidade Econômica Europeia, como fundamental à recuperação econômica e à paz no continente europeu.

De outra forma, a partir dos anos 1990, a ampliação da transferência de elementos soberanos dos estados nacionais para as instituições da União Europeia, com a entrada em vigor, a partir de 1º de novembro de 1993, do Tratado de Maastricht e a posterior crise do

euro, propagou-se um “dissenso constrangedor” responsável pela atual crise de legitimidade da UE e pelo avanço, nos últimos tempos, do euroceticismo.³⁸

A crise migratória foi, ao lado de outros elementos que serão adiante discutidos, um dos fatores que contribuíram para a retirada do Reino Unido da União Europeia – *Brexit*. Nessa matéria, devo salientar o fato de que o problema da inclusão do Reino Unido no projeto de integração da Europa conheceu contratempos, desde a constituição da Comunidade Econômica Europeia.

Historicamente, o Reino Unido sempre esteve de costas para o continente e voltado para seu então vasto império. À época de criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço – CEECA, o primeiro-ministro Winston Churchill, embora hipotecando apoio à criação da primeira comunidade supranacional da Europa, não se interessou em aderir ao Tratado que a constituiu. Por sua vez, ao ser edificada a Comunidade Econômica Europeia, o general De Gaulle (1890-1970), em 1963, durante seu período como presidente da França (1959-1969), se opôs ao possível ingresso do Reino Unido, em razão da estreita relação dos britânicos com os Estados Unidos. Contudo, em 1º de janeiro de 1973, diante do sucesso econômico dos primeiros tempos da CEE, após campanha polêmica e dez anos de negociações, o Reino Unido ingressou na Comunidade Econômica Europeia.

A adesão se deu mediante esforço do então primeiro-ministro Edward Heath e dos europeístas do Partido Conservador, com aprovação no Parlamento, em 1972, e não por referendo, como desejavam os adversários da ideia. Já àquela época, o país estava dividido a respeito do tema. Ao se oporem à entrada na CEE, os nacionalistas britânicos, reunidos na ala mais à direita do Partido Conservador, afirmavam que o ato de adesão representava a abdicação de mil anos de história, uma vez que decisões importantes em matéria econômica e social do país seriam decididas por burocratas de nacionalidades diversas, em Bruxelas.

Esse sentimento antieuropeu prosperou ao longo dos anos, embora, em 1975, no referendo realizado em 5 de junho, a maioria da população haja votado pela permanência do país na CEE. Mesmo assim, o Reino Unido, posteriormente, não aderiu ao Euro, não ratificou o Tratado do Espaço Schengen, como também não ratificou a Carta Europeia de Direitos Fundamentais. Como jamais arrefecera a campanha nacionalista antieuropeia, em 2015, o líder conservador David Cameron, com a promessa de convocar um referendo para decidir, de vez, a permanência do país na UE, conseguiu estrondosa vitória (maioria absoluta) nas

³⁸ Ibidem, p. 19-28.

eleições parlamentares realizadas naquele ano. Em 23 de junho de 2016 realizou-se o referendo prometido.

Com a participação de 72,2% dos eleitores, após disputadíssima campanha eleitoral, embora o primeiro-ministro solicitasse ao povo votar pela permanência, foi aprovada a retirada do país da União Europeia por 51,9% dos votos válidos contra 48,1% pela permanência. A campanha pela saída foi liderada pelos conservadores antieuropeus, chefiados, entre outros, por Boris Johnson, e pelo Partido da Independência do Reino Unido – UKIP. Durante a campanha eleitoral os partidários da permanência desencadearam o “Projeto Medo”,³⁹ apontando para o desastre econômico, o desemprego, enfim, a ruína econômica e social que saída provocaria.

Pelo seu lado, os defensores da retirada lograram convencer a maioria do eleitorado alegando que, vitoriosa a secessão, o país retomaria a sua soberania, ficaria fora do orçamento comunitário, voltaria a controlar suas fronteiras e aplicaria sua própria política migratória. Apesar de fora do Espaço Schengen, o Reino Unido, como membro da UE, se obrigava a receber em seu território não somente os cidadãos dos outros Estados-Membros, mas, também, estrangeiros que ingressassem na UE passando inicialmente pelo controle alfandegário de qualquer dos outros membros da União.

Assim, com base no artigo 50⁴⁰ do Tratado que constituiu a União Europeia, após seis jornadas de polêmicas negociações, que duraram, praticamente, quatro anos, com a prévia aprovação do Acordo de Retirada pelo Parlamento britânico e pela União Europeia, no dia 31 de janeiro de 2020, à meia-noite, o Reino Unido, após 47 anos, deixou de fazer parte do quadro de membros da UE. A partir disso, deu-se início às negociações para o cumprimento fase de transição, que se completou com a assinatura pelas partes, em 24 de dezembro de 2020, do Acordo de Comércio e Cooperação entre a União Europeia e o Reino Unido.

³⁹ CASTELLS, *Ruptura*, p. 59.

⁴⁰ O artigo 50 do Tratado constitutivo da União Europeia dispõe: 1. Qualquer Estado-Membro pode decidir, em conformidade com as respectivas normas constitucionais, retirar-se da União. 2. Qualquer Estado-Membro que decida retirar-se da União notifica a sua intenção ao Conselho Europeu. Em função das orientações do Conselho Europeu, a União negocia e celebra com esse Estado um acordo que estabeleça as condições da sua saída, tendo em conta o quadro das suas futuras relações com a União. Esse acordo é negociado nos termos do n° 3 do artigo 218 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. O acordo é celebrado em nome da União pelo Conselho, deliberando por maioria qualificada, após aprovação do Parlamento Europeu.

7 PALAVRAS FINAIS

Conforme o exposto acima, a União Europeia vive grave crise de identidade em razão de problemas oriundos de seu próprio projeto de criação. A União vem enfrentando sucessivas crises, como a da Zona do Euro, entre 2008 e 2012, assim como a migratória, que tem levado Estados-Membros da UE a ignorar decisões dos órgãos comunitários sobre o assunto.

Como o projeto da União e as respectivas instituições foram idealizados e construídos de cima para baixo, tal circunstância não favoreceu a criação de uma identidade europeia, fato que nos instantes de crise exacerba o nacionalismo, levando cada Estado-Membro a tomar decisões voltadas para seus exclusivos interesses, como se deu, por exemplo, na ocasião em que o Tratado Constitucional Europeu foi submetido aos referendos nacionais.

No enfrentamento da pandemia do Covid-19, ou seja, no início da propagação do vírus, governos europeus chegaram a suspender o cumprimento da liberdade de circulação do Espaço Schengen, bem como proibir a exportação de material médico para qualquer país. O momento é, portanto, desafiador para as lideranças europeias. Além das questões estruturais, que requerem novos caminhos institucionais, uma possível renacionalização de competências soberanas e maior democratização das decisões são citadas pelos especialistas em estudos europeus como instrumentos para evitar novas secessões no bloco.

Governos populistas e ultranacionalistas como os da Polônia e Hungria têm, em várias situações, apresentado franca contestação ao princípio da supremacia do direito comunitário sobre o direito interno. Externamente, a União Europeia precisará estar coesa e economicamente forte, para enfrentar a constante ameaça terrorista e participar, de forma independente e voltada aos seus interesses, das decisões mundiais, em um sistema internacional que passa por constantes e profundas transformações e vivencia a escalada do confronto geopolítico e comercial entre os Estados Unidos e a China.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALECASTRO, Mathias. *A Força do Euro, 20 – No ápice, moeda obriga populistas a dar revolta por encerrada*. In: Folha de São Paulo, Mundo, edição de 3 de janeiro de 2022, p. A8.

BAUMAN, Zygmunt. *Europa*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006.

BIROU, Alain & HENRY, Pau-Marc. *Um Outro Desenvolvimento*. Tradução de Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Vértice, Editora Revista dos Tribunais, 1987.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito das Organizações Internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CASTELLS, Manuel. *Ruptura – A crise da democracia liberal*. Tradução de Joana Angélica d'Avila Melo. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

_____. *Para o Estado-Rede: Globalização Econômica e Instituições Políticas na Era da Informação*. In: Sociedade e Estado em Transformação. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser et alii. São Paulo: Editora UNESP, 1999.

CONCEIÇÃO, Eugénia da. *O Futuro da União Europeia*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2016.

CUNHA, Paulo de Pita e. *Integração Europeia – Estudos de Economia, Política e Direito Comunitários*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1993.

HENNETTE, Stéphanie, PIKETTY, Thomas et alii. *Por uma Europa Democrática*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2017.

HANSON, Victor Davis. *Por que o Ocidente venceu – Massacre e cultura da Grécia antiga ao Vietnã*. Tradução de Fernanda Abreu. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

JUDT, Tony. *Uma Grande Ilusão? Um ensaio sobre a Europa*. Tradução de Pedro Bernardo. Lisboa: Edições 70, 2012.

MESA, Maria Jesús Cava. *Las Alianzas Europeas y la Paz Armada, 1890-1914*. In: Historia de las relaciones internacionales contemporáneas. Barcelona: Editorial Ariel, 2001.

MOREIRA, Adriano. *Teoria das Relações Internacionais*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

_____. *Ciência Política*. Lisboa: Livraria Bertrand, 1979.

PERA, Marcello e TATZINGER, Joseph. *Sin Raíces*. Traducción de Bernardo Moreno. Carrillo. Barcelona: Ediciones Península, 2005.

PIKETTY, Thomas. *É Possível Salvar a Europa?* Tradução de Renata Teodoro de Assis. Rio de Janeiro: Editoro Intrínseca, 2015.

SMITH, Anthony D. *Nações e Nacionalismo Numa Era Global*. Tradução de Carlos Leone. Oeiras, Portugal: Celta Editora, 1999.

Dados e informações foram obtidos nos endereços eletrônicos abaixo indicados:

Instituições e organismos (europa.eu)

https://ec.europa.eu/info/topics/education-and-training_pt

A APLICABILIDADE DO INSTITUTO DA ESTERILIZAÇÃO COMPULSÓRIA DA PESSOA
COM DEFICIÊNCIA DIANTE DAS MODIFICAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 13.146/15 –
ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

*THE APPLICABILITY OF THE INSTITUTE OF COMPULSORY STERILIZATION OF THE
PERSONS WITH DISABILITIES IN RESPECT OF THE MODIFICATIONS PROVIDED BY
LAW 13.146 / 15 - STATUTE OF THE PERSONS WITH DISABILITIES*

Rozane da Rosa Cachapuz;¹

Ana Paula Nacke Paulino;²

Fernanda Hauagge Ribeiro.³

Resumo: A Lei nº 13.146/15, Estatuto da Pessoa com Deficiência, trouxe significativas alterações no âmbito da capacidade e incapacidade civil, revogando disposições dos artigos 3º e 4º da Lei nº 10.406/02 – Código Civil Brasileiro. No referido Estatuto, o legislador preocupou-se em garantir a plena capacidade do deficiente com relação aos direitos sexuais e reprodutivos, bem como a capacidade de realizar um planejamento familiar, mas tal garantia acabou por culminar na vedação do instituto da esterilização compulsória, antes permitido pela Lei nº 9.263/96 – Lei de Planejamento Familiar. Assim, através do método dedutivo, com pesquisas em fontes bibliográficas, artigos científicos e legislação pertinente, observou-se que as alterações trazidas pelo Estatuto geram insegurança jurídica aos operadores do Direito, pois a generalização da plena capacidade civil das pessoas com deficiência esbarra muitas vezes em realidade diversa, sendo necessário que o intérprete da norma não se atenha somente à ela, utilizando também, para a resolução do caso concreto, a técnica de ponderação de normas e princípios.

Palavras-chave: Esterilização compulsória. Deficiência. Planejamento familiar.

Abstract: Law No. 13,146 / 15 - Statute for Persons with Disabilities, brought significant changes in the scope of civil capacity and incapacity, revoking provisions of articles 3 and 4 of Law No. 10,406 / 02 - Brazilian Civil Code. In the aforementioned Statute, the legislator was concerned with guaranteeing the full capacity of the disabled with respect to sexual and reproductive rights, as well as the ability to carry out family planning, but this guarantee

¹ Doutora em Direito Internacional, com ênfase em Direito de Família pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Coordenadora do Projeto de Pesquisa do Acesso à Justiça no Direito das Famílias, vinculado ao Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina - UEL.

² Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões. Pesquisadora do Projeto de Pesquisa “Do Acesso à Justiça no Direito das Famílias”, vinculado ao Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. Advogada e professora.

³ Graduada em Direito pelo Centro Universitário Integrado de Campo Mourão – PR. Advogada.

Artigo recebido em 14/01/2021 e aprovado para publicação em 28/09/2021.

ended up in the prohibition of the compulsory sterilization institute, previously allowed by Law No. 9,263 / 96 - Family Planning Law. Thus, through the deductive method, with searches in bibliographic sources, scientific articles and pertinent legislation, it was observed that the changes brought by the Statute generate legal uncertainty for Law operators, since the generalization of the full civil capacity of people with disabilities often comes up against in a different reality, it is necessary that the interpreter of the norm not only adhere to it, also using, for the resolution of the specific case, the technique of weighting norms and principles.

Keywords: Compulsory Sterilization. Deficiency. Family planning.

1 INTRODUÇÃO

Historicamente, a pessoa com deficiência sempre foi tratada como um ser invisível, incapaz, que jamais poderia ocupar os mesmos espaços que as pessoas que não possuíam deficiência. Com o avanço da sociedade, os deficientes foram conquistando seu espaço, comprovando que muitos podem, mesmo com suas dificuldades, exercer atos que antes eram considerados inacessíveis.

Um marco muito recente e importante para a história das pessoas com deficiência foi a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei nº 13.146 de 2015, que tem a finalidade de promover a inclusão, garantindo um tratamento com igualdade entre todos os seres humanos, independentemente do tipo ou grau da deficiência, de modo que abarcou todos os tipos em igual patamar: a física, intelectual e a sensorial.

Diante disso, verifica-se a importância da análise de uma das principais mudanças que o Estatuto trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro – e, principalmente, para a individualidade da pessoa com deficiência – que foi a alteração da capacidade e incapacidade civil, previstas nos artigos 3º e 4º do Código Civil – Lei nº 10.406 de 2002, modificação esta que trouxe diferente tratamento aos deficientes perante a sociedade civil, com inúmeras consequências jurídicas.

Um dos enfoques da alteração supracitada foi no âmbito familiar e sexual, tratado pelo legislador em artigo específico que dispõe sobre o direito de reprodução, de escolher a paternidade ou não, entre outras decisões que, aos olhos do legislador, são possíveis de serem tomadas de forma autônoma pela pessoa com deficiência.

Na esfera familiar e sexual, ainda, tratou também o legislador acerca do instituto da esterilização compulsória voltada à pessoa com deficiência, assunto que não poderia ter passado despercebido pelos juristas, uma vez que, em apertada síntese, o Estatuto passou a

considerar o deficiente, como regra geral, plenamente capaz para exercer seu planejamento familiar, conforme será explanado.

Desta forma, a pesquisa tem como objetivo levantar indagações acerca das modificações legislativas expostas, principalmente com relação à autonomia e discernimento da pessoa com deficiência quando se trata de planejamento familiar, sendo discutível sua capacidade civil de fato, uma vez que nem sempre todos os tipos e graus de deficiência podem ser tratados de forma igual, bem como a ideia de conferência de capacidade de fato à toda pessoa com deficiência causa uma certa insegurança jurídica, uma vez que a manifestação de vontade deve ser livre e desimpedida de qualquer vício, o que nem sempre é a realidade.

Utiliza-se na pesquisa o método dedutivo, que corresponde à extração discursiva do conhecimento, a partir de premissas gerais aplicáveis a hipóteses concretas, partindo-se da exposição das alterações legislativas, as dificuldades e dúvidas surgidas na aplicação e efetividade destas alterações, culminando-se na verificação da necessidade de aplicação de princípios inerentes ao tema e da abordagem do assunto à luz das técnicas de ponderação, que estão sendo adotadas pelos juristas após o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, no âmbito da esterilização compulsória.

2 O INSTITUTO DA CAPACIDADE CIVIL

A capacidade civil é uma qualidade atribuída ao sujeito para indicar sua aptidão para contrair e exercer direitos e deveres. É tratada no atual ordenamento jurídico de forma complementar à personalidade jurídica, uma vez que o sujeito que possui personalidade jurídica, adquirida no nascimento com vida, na forma do art. 2º do Código Civil (CC) - Lei nº 10.406/02⁴ (BRASIL, 2002), necessita de capacidade na ordem civil para realizar atos.

Segundo a doutrina, existem dois tipos de capacidade civil, a de direito e a de fato. Conceitua Cassetari (2011):

A capacidade de direito ou de gozo é aquela que não pode ser recusada ao indivíduo, pois é ínsita a quem possui personalidade jurídica, já que se define como sendo a aptidão genérica para aquisição de direitos e deveres. A capacidade de

⁴ Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

direito se inicia com o nascimento com vida. Já a capacidade de fato ou de exercício é a aptidão para exercer por si os atos da vida civil, dependendo, portanto, do discernimento, cujo critério será aferido, sob o prisma jurídico, pela aptidão que tem a pessoa de distinguir o lícito do ilícito, o conveniente do prejudicial. (CASSETARI, 2011, s/p)

Assim, a capacidade de direito é qualidade inerente a todo indivíduo desde o nascimento com vida, porém, este só adquire a capacidade de fato se não se enquadrar nas hipóteses de exceção à capacidade plena trazidas pelo ordenamento jurídico. As hipóteses de exceção à regra de plena capacidade estão elencadas nos artigos 3º e 4º do CC⁵ (BRASIL, 2002), sendo elas, respectivamente: a incapacidade absoluta e a incapacidade relativa.

A incapacidade é definida como uma capacidade de fato limitada, uma restrição legal ao exercício de atos da vida civil, imposta pela lei somente aos que, excepcionalmente, necessitam de proteção (GONÇALVES, 2017).

Anteriormente à vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei nº 13.146/15 (BRASIL, 2015) eram considerados absolutamente incapazes: os menores de 16 anos; os que por enfermidade ou deficiência mental não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Ainda, os relativamente incapazes eram os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais; os viciados em tóxicos; os que por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; os excepcionais sem desenvolvimento mental completo; e os pródigos. Contudo, o Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe mudanças significativas no ordenamento civil com relação à capacidade do ser humano, alterando os artigos supracitados.

3 ALTERAÇÕES DA LEI 13.146/2015 – LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO QUE TANGE A CAPACIDADE CIVIL

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) – Lei nº 13.146/15, foi editada com o intuito principal de promover a inclusão

⁵ Art. 3 o São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Art. 4 o São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

da pessoa com deficiência. Conforme preceitua o próprio Estatuto, em seu artigo 1º, foi “destinado a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania” (BRASIL, 2015)

Segundo Katz e Tedesco (2018, s/p), a legislação passou a garantir “emancipação pessoal e social destas (pessoas com deficiência), garantindo, assim, o exercício pleno de seus direitos, dentre os quais o direito à liberdade, à intimidade e à afetividade”.

Inicialmente, necessário conceituar quem são os sujeitos tutelados pela referida Lei, conceito este explicitado no artigo 2º do Estatuto:

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

Com isso, pode-se inferir que o Estatuto da Pessoa com Deficiência abarca qualquer grupo de deficiência, igualando, por exemplo, as pessoas com deficiência física às pessoas com deficiência mental ou intelectual, de modo que as alterações realizadas têm validade para todos aqueles considerados pessoa com deficiência.

Neste contexto, o Estatuto trouxe significativas alterações nos artigos 3º e 4º do Código Civil. Primeiramente, como ponto principal, alterou-se a capacidade da pessoa com deficiência. A condição anterior de absolutamente incapaz desta já não se aplica em hipótese alguma no novo ordenamento, uma vez que a regra passou a ser a plena capacidade de fato, com a excepcionalidade da incapacidade relativa.

Assim, serão considerados relativamente incapazes quando não possuírem o discernimento necessário para exprimir sua vontade, momento em que precisarão de um representante legal, por meio da curadoria ou da tomada de decisão apoiada, que será medida excepcional e atingirá somente a esfera patrimonial do curatelado, conforme inteligência dos artigos 84, §§ 2º e 3º e 85 do Estatuto⁶.

⁶ Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

(...) § 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.

§ 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

§ 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

Tal pensamento consolida-se na redação do artigo 6º do Estatuto, que estabelece a plena capacidade de fato das pessoas com deficiência para o exercício de alguns direitos, conforme se extrai a seguir:

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:
I - casar-se e constituir união estável;
II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;
III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e
VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. (BRASIL, 2015)

Nota-se que, além da confirmação da capacidade plena da pessoa com deficiência, o legislador preocupou-se em enfatizar atos específicos que podem ser exercidos por estes, quanto à sua questão sexual bem como seu planejamento familiar, o que inclui o número de filhos que deseja ter, bem como as consequências desta decisão (sustento, educação, entre outras responsabilidades), vedada a esterilização compulsória.

Desta forma, partindo da plena capacidade de fato da pessoa com deficiência como regra geral, entende-se que todas elas possuem o discernimento pleno e consciente para realizar atos na vida civil, desde os mais simples e corriqueiros aos mais complexos e importantes, como o planejamento familiar.

4 DO PLANEJAMENTO FAMILIAR

O planejamento familiar, conforme preconiza o art. 226, §7º da Constituição Federal⁷ (BRASIL, 1988), é regido pelo princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da Paternidade Responsável. Estes dois princípios possuem um escopo em comum: garantir o planejamento

§ 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.

§ 3º No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado.

⁷ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...) § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

familiar eficaz, levando em consideração tanto os direitos dos pais como os deveres com relação à sua prole, considerando-se, ainda, o melhor interesse da criança.

A Lei nº 9.263/96 - Lei de Planejamento Familiar (BRASIL, 1996) estabelece, em seu artigo 2º, o conceito de planejamento familiar como sendo “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”.

O conceito de planejamento familiar, portanto, é autoexplicativo, tendo em vista que a partir da reflexão acerca da sua nomenclatura, pode-se inferir que a família é um instituto que requer planejamento para sua sustentação. Portanto, a família, que é composta por companheiros que decidem por se dedicar a um lar onde dividem responsabilidades, deve ser organizada por meio de um planejamento, que englobará a questão financeira e afetiva do lar.

As responsabilidades aumentam quando se decide por ter um filho, necessitando de um planejamento ainda mais organizado, tendo em vista que uma criança é um ser dependente dos familiares, sendo também tutelada pelo Estado, merecendo ter todas as condições suficientes para seu bom desenvolvimento.

Com base nisso, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei nº 8.069/90 – foi criado, elencando os direitos da criança e do adolescente, preconizando, inclusive, o princípio da Paternidade Responsável no caput do artigo 4º:

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 1990)

Assim, é possível inferir que o planejamento familiar é uma tarefa árdua a se realizar, uma vez que é responsabilidade da família, principalmente dos pais, assegurar que seja cumprido o dever de educar, alimentar, conduzir e ensinar. Enfim, todos os direitos da criança e do adolescente devem ser garantidos por todo o período em que estas estiverem sob a responsabilidade dos genitores, exigindo-se, desta forma, estrutura e sabedoria para não deixar a criança desamparada.

Neste raciocínio, complementa Cardin (2019):

Não se prega que os genitores devem oferecer luxo aos filhos, mas que possam garantir o mínimo, que consiste em afeto, alimentação básica, educação em escola pública, afeto, e direção dessa personalidade em formação através de princípios éticos e morais. (CADIN, 2019, p. 8)

Entretanto, importante ressaltar que a realidade brasileira, hoje, não reflete um planejamento familiar adequado. Infelizmente, o artigo 5º do ECA que enfatiza que “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (BRASIL, 1990) vem sendo constantemente desrespeitado e descumprido, conforme tem-se acesso às informações de grande número de crianças e adolescentes que não são levados às escolas, que não possuem higiene básica adequada, alimentação ou saúde garantidas.

As consequências da ausência de um planejamento familiar são preocupantes e desumanas, ao passo que, por diversos motivos e situações, os familiares não colaboram com o bom desenvolvimento da prole, culminando na ofensa de um dos princípios que regem a família: a dignidade da pessoa humana.

Por isso, a paternidade deve ser desejada pelos pais, que devem ser orientados e informados da tamanha responsabilidade que é gerar e ter um filho, estando ciente de que a paternidade não deve ser um peso, e sim desenvolvida com afeto e cuidado para que seja eficaz e gere bons frutos na vida da criança.

Em face da grande importância da temática para o Direito, criou-se a Lei nº 9.263/96, chamada de Lei do Planejamento Familiar, com o objetivo de regulamentar o art. 226, §7º da Constituição Federal. O legislador preocupou-se em enfatizar o planejamento com relação à prole, desde os métodos contraceptivos até a geração e o parto, dando grande enfoque para o instituto da esterilização compulsória.

5 DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS

As constantes transformações sociais muitas vezes não são acompanhadas por transformações ou adequações no ordenamento jurídico. A sociedade, como é de se esperar, transforma-se, gerando fatos que por vezes estão desprovidos de normatização jurídica, embora sejam relevantes juridicamente, por sua natureza e por suas consequências. Observa-se que conceitos e institutos jurídicos existentes por vezes não são mais suficientes para abarcar novas situações surgidas.

De fato, uma das principais características da sociedade contemporânea é o surgimento de relações jurídicas complexas, oriundas de uma coletividade marcada pela pluralidade de sujeitos e da constante inovação tecnológica e social aliadas a uma lenta inovação legislativa (LIMA et al, 2018, p. 10).

As novas situações transmutam-se em interesses que, embora merecedores da tutela estatal, não são satisfeitos pela proteção conferida pelos paradigmas clássico e moderno do negócio jurídico, “uma vez que se evidencia a necessidade de um paradigma que atenda o respeito à individualidade, à identidade e à alteridade da pessoa humana, dentro do exercício de autonomia privada existencial ou liberdade existencial” (AMARAL et al, 2017, p. 294).

O direito civil tradicional, concebido para proteger, sobretudo, o patrimônio, por exigência das transformações sociais, passa a adequar-se à uma realidade mais sensível, mutável, em que o interesse individual não é mais absoluto.

Cada vez mais o direito civil, de caráter primordialmente patrimonial, precisa ser compreendido sob o prisma dos princípios constitucionais, adequando-se também para abarcar a proteção aos valores existenciais (PERLINGIERI, 2002, p. 33).

Desta forma, as situações jurídicas contemporâneas, e, mais especificamente, as situações jurídicas existenciais, mesmo que nem sempre contem com previsão e proteção normativa expressas, merecem a tutela adequada pelo Estado, pois diretamente relacionadas com direitos da personalidade, geralmente vinculados a direitos fundamentais garantidos constitucionalmente (AMARAL et al, 2017, p. 293).

Os direitos sexuais e reprodutivos, embora estejam previstos no ordenamento jurídico, carecem ainda de tutela mais ampla e detalhada, bem como de efetividade em sua aplicação, buscando-se assim o alcance social da norma.

Tais direitos são direitos ligados à intimidade do sujeito, facultando que este aja de acordo com sua vontade dentro das normas legais. Dispõem sobre a saúde sexual, reprodução, filiação, casamento, constituição de família, entre outros. Assim, são constituídos por princípios que regulam a liberdade de escolha livre e responsável da sexualidade e reprodução humana.

Os direitos sexuais são dissociados dos direitos reprodutivos, uma vez que aqueles têm como fonte o prazer, buscam satisfação própria e atendimento das necessidades biológicas, sem a intenção de gerar filhos, já os direitos reprodutivos objetivam justamente a multiplicação da espécie, através da procriação, com a realização do projeto parental, desde a ideia inicial de constituir prole, como todo o período gestacional e o acompanhamento da vida e saúde dos filhos. (FARIA, 2018, p. 116)

A temática da saúde sexual é de extrema importância social, uma vez que nela estão compreendidas tanto as doenças sexualmente transmissíveis, os métodos contraceptivos e de prevenção, quanto a reprodução, desde o pré-natal até o nascimento, crescimento e desenvolvimento dos filhos.

Desta forma, relacionando diretamente o direito sexual e reprodutivo à saúde do ser humano, garantida constitucionalmente através do artigo 169 da Constituição Federal⁸, o Estado possui a obrigação de fornecer informações adequadas à população sobre sua sexualidade e reprodutividade, por meio de políticas públicas, bem como atendimentos pelo Sistema Único de Saúde – SUS.

Importante ressaltar que de forma alguma o Estado poderá interferir nos direitos sexuais e reprodutivos para fins de controle de natalidade, com o intuito de reduzir ou aumentar o contingente populacional, conforme dispõe o artigo 2º, parágrafo único da Lei 9.263/96 – Lei de Planejamento Familiar⁹.

Assim, possível inferir que o direito sexual e reprodutivo não está somente ligado à paternidade ou maternidade, e sim à saúde sexual como um todo, uma vez que esta engloba tanto a prática sexual sem o intuito de reprodução e as consequências desta prática, como a finalidade de constituição familiar.

5.1 DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, como já explanado anteriormente, teve como uma das principais mudanças a capacidade da pessoa com deficiência em relação aos direitos sexuais e reprodutivos, planejamento familiar e fertilidade.

A partir do momento que a legislação entende que um sujeito é plenamente capaz para realizar tal ato, entende-se que este possui plena consciência do que está sendo feito.

⁸ Art. 169: É direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

⁹ Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Parágrafo único - É proibida a utilização das ações a que se refere o caput para qualquer tipo de controle demográfico.

Se o Estatuto da Pessoa com Deficiência classifica estes sujeitos como plenamente capazes para exercer seus direitos sexuais e reprodutivos, aplica-se à eles a liberdade e a consciência de escolha. Ou seja, subentende-se que possui o discernimento para entender o que é o ato sexual e suas consequências, o que é uma DST e como se prevenir dela, o que é a gravidez e quais os métodos de contracepção que devem ser utilizados caso não seja desejada, entre outras percepções.

A plena capacidade proposta pelo Estatuto traçou uma relação direta entre capacidade e discernimento, inferindo que todas as pessoas com deficiência estão aptas para tomar decisões de forma responsável. A partir disso é que surgiram dúvidas e questionamentos acerca dos novos dispositivos, bem como interpretações divergentes por parte dos operadores do Direito.

Com a vigência do Estatuto, o entendimento a favor das modificações com relação à capacidade da pessoa com deficiência não foi unânime. Neste sentido, entende Gonçalves (2016):

Pretendeu o legislador, com essas inovações, impedir que a pessoa deficiente seja considerada e tratada como incapaz, tendo em vista os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade humana. Todavia, têm elas sido objeto de pesadas críticas formuladas pela doutrina, pelo fato, principalmente, de desproteger aqueles que merecem a proteção legal. (GONÇALVES, 2016, p. 136)

Na mesma seara, Andrade (2015, p. 433) traz em seus ensinamentos que “as alterações podem transmitir a falsa ideia de que patologias e limitações efetivamente provadas na vivência pessoal de alguém não as impediriam de praticar atos da vida civil, isto é um nonsense. Impedem sim”.

Portanto, verifica-se que o Estatuto e suas alterações acerca da capacidade civil geral das pessoas com deficiência, especialmente quanto aos direitos sexuais e reprodutivos, geraram desconforto para alguns operadores do Direito, em virtude de suas expressivas mudanças.

Contudo, têm-se uma certeza: a deficiência, do ponto legislativo, não é mais considerada um impeditivo para o exercício pleno do direito sexual e reprodutivo, independente da ausência ou não de discernimento deste sujeito.

6 ESTERILIZAÇÃO COMPULSÓRIA

A esterilização é um procedimento cirúrgico, realizada por meio da laqueadura e vasectomia. Na maioria das vezes é considerada irreversível e, portanto, definitiva. Em outras palavras, pode ser definida como um procedimento cirúrgico que “torna estéril, improdutivo, impedindo a fecundação por meio de seção ou ligadura das vias de excreção das células sexuais, com conservação da função endócrina das respectivas glândulas”.¹⁰

O procedimento da laqueadura, destinado às mulheres, consiste no fechamento das trompas uterinas, para inibir a descida do óvulo e subida do espermatozoide. Já a vasectomia, realizada nos homens, consiste no fechamento dos dois canais deferentes, impedindo a passagem dos espermatozoides dos testículos até as vesículas seminais (BOÁS, 2017).

O quadro de esterilização é tão sério e relevante, que o atual ordenamento jurídico estabelece critérios para que seja realizada, como forma de coibir a prática desnecessária do ato, mesmo que de forma voluntária, conforme dispõe o artigo 10 da Lei nº 9.263/96 – Lei do Planejamento Familiar (1996):

- Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações:
- I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce;
 - II - risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro conceito, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos.
- § 1º É condição para que se realize a esterilização o registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes.
- § 2º É vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores.
- § 3º Não será considerada a manifestação de vontade, na forma do § 1º, expressa durante ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente.
- § 4º A esterilização cirúrgica como método contraceptivo somente será executada através da laqueadura tubária, vasectomia ou de outro método cientificamente aceito, sendo vedada através da histerectomia e ooforectomia.
- § 5º Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges.
- § 6º A esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes somente poderá ocorrer mediante autorização judicial, regulamentada na forma da Lei. (BRASIL, 1996)

¹⁰ Definição retirada da 5ª Edição do Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. Acessado em: 15 de Out de 2019.

Conforme se extrai do referido dispositivo, o legislador optou por dar ênfase à necessidade de discernimento e autorização do paciente para a realização da esterilização voluntária, bem como devem ser preenchidos os requisitos dispostos na Lei.

Em seu parágrafo 6º, o referido dispositivo traz a possibilidade da esterilização compulsória, ou seja, a esterilização obrigatória, que não dependerá do consentimento do paciente, tendo em vista que este será absolutamente incapaz, momento em que um terceiro realizará o requerimento, que será cautelosamente analisado pelo Juiz, uma vez que a prática depende de autorização judicial.

Neste raciocínio, explica Albuquerque (2013, p. 23):

A contrario sensu, caso tais requisitos não estejam presentes e não pedido de familiar ou representante legal do absolutamente incapaz descabe o deferimento judicial do pedido. Portanto, a esterilização compulsória é legalmente proibida, cabendo a esterilização de absolutamente incapaz quando houver pedido formulado por familiar ou responsável legal, observando os modelos de decisão substituta, sob pena de violação do princípio da dignidade humana. (ALBUQUERQUE, 2013, p. 23)

O mesmo dispositivo especifica que tal assunto será regulamentado na forma da lei, entretanto, não houve criação de lei regulamentadora do assunto, permitindo ao Judiciário a análise do caso concreto e a aplicação da medida cabível com base na real necessidade.

A esterilização compulsória normalmente é realizada em casos extremos em que se verifica a real necessidade da intervenção, como no caso das pessoas com deficiência, que não possuem o discernimento do que é a atividade sexual, suas prevenções e consequências, entretanto, possuem a sexualidade aflorada.

A ocorrência maior em casos de pessoas com deficiência se dá nas hipóteses de deficiências que afloram o lado sexual do indivíduo, sem que este possua a compreensão de que a sexualidade vai muito além da sensação de prazer, bem como em casos de abusos sexuais sofridos por eles, muitas vezes dentro da própria residência, pelos familiares, entre outras situações.

Importante ressaltar que a principal característica a ser observada no indivíduo candidato à esterilização compulsória é a ausência de autonomia e discernimento para a prática do ato e a incapacidade de suportar as consequências, uma vez que, esta autonomia é formada por condições biológicas, psíquicas e sociais. Destaca-se que podem existir

situações transitórias ou permanentes em que uma pessoa pode ter uma autonomia diminuída, cabendo a terceiros o papel de decidir (TORRES, 2007).

Verifica-se que a esterilização compulsória abarca um conjunto de situações que devem ser constatadas pelo Juiz, levando-o a formar sua convicção de que a retirada do direito de reprodução do indivíduo é a maneira adequada para garantir sua saúde sexual, bem como evitar uma paternidade irresponsável, sem a devida garantia de qualidade de vida à prole, uma vez que aquele indivíduo jamais conseguiria garantir essa condição aos filhos.

Conforme já mencionado, a Lei de Planejamento Familiar dispõe que a esterilização compulsória poderá ser realizada em indivíduo absolutamente incapaz, mediante autorização judicial, porém, com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, modificou-se a capacidade e incapacidade civis, conferindo à Lei nº 9.263/96 interpretação diversa da intencionada pelo legislador no ato de sua promulgação, causando insegurança jurídica aos operadores do Direito.

7 CONSEQUÊNCIAS DA ALTERAÇÃO NO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA COM RELAÇÃO AO INSTITUTO DA ESTERILIZAÇÃO COMPULSÓRIA

Com a alteração que o Estatuto da Pessoa com Deficiência causou quanto à capacidade civil no Código Civil, somente serão considerados absolutamente incapazes os menores de 16 anos, ou seja, a hipótese de esterilização compulsória daqueles que “por enfermidade ou deficiência mental não tiverem discernimento necessário para praticar atos e daqueles que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”, não existe mais.

Com isso, em relação à pessoa com deficiência, o parágrafo 6º do artigo 10 da Lei de Planejamento Familiar passou a não ter mais aplicação no ordenamento jurídico, uma vez que as pessoas com deficiência jamais ocuparão a posição de absolutamente incapazes novamente, não sendo possível sua esterilização compulsória, considerando-se a literalidade da Lei.

Verifica-se assim que o Estatuto da Pessoa com Deficiência acabou por desamparar as pessoas com deficiência que realmente não possuem autonomia, uma vez que, ainda que a deficiência, de modo geral, não retire a capacidade do ser humano de exercer atos, deve-se levar em consideração que muitas deficiências retiram a consciência plena da realidade e nem

sempre a manifestação de vontade daquele indivíduo é dotada de discernimento e responsabilidade para a questão específica.

Assim, a alteração da capacidade civil pelo Estatuto gerou insegurança jurídica aos magistrados e até mesmo à família ou responsável legal da pessoa com deficiência, uma vez que existem casos em que a melhor solução para a saúde sexual e mental deste sujeito é a esterilização compulsória. Entretanto, ao chegar na esfera judicial, estará o magistrado diante de uma problemática legislativa, onde não poderá, na literalidade da Lei, reconhecer a incapacidade absoluta do indivíduo para determinar sua esterilização.

Nesse sentido, assevera Correia (2015):

É necessário reconhecer que a elogiosa iniciativa não muda a realidade biológica dos fatos. Hoje, centenas de pessoas são declaradas por peritos judiciais absolutamente incapazes, no sentido biológico, de compreender a realidade que as cercam e de manifestar vontade. A triste realidade das demências senis, que se torna mais frequente com o envelhecimento da população, é apenas um dos exemplos possíveis. A pessoa que se tornou deficiente por moléstia incurável e que não consegue sequer escrever seu nome não passará, após a vigência da lei, a manifestar sua vontade. (CORREIA, 2015, s/p)

De fato, observa-se na jurisprudência que as decisões, embasadas e limitadas na opção do legislador pela regra da capacidade às pessoas com deficiência, têm sido no sentido de proibir-se a esterilização compulsória. É neste sentido o entendimento dos julgados abaixo:

Apelação - Direitos da personalidade - Ação promovida pelo Ministério Público visando obter autorização para realização de esterilização de casal de pessoas interditas, que já tiveram filhos e não ostentam condições de cuidar de nova prole - Ação fundada na recusa em se submeter ao tratamento - Impossibilidade do pedido - Liberdade sexual garantida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, vedada esterilização compulsória (art. 6º, IV da Lei nº 13.146/2015) - Ausência de justificativa para o procedimento, existindo meio contraceptivo alternativo que já vem sendo empregado - Posterior manifestação da ré, anuindo ao pedido, que não basta, havendo necessidade de aferição de consentimento informado mais completo - Sentença de improcedência. Recurso improvido. (TJSP. Ap. 0006336-97.2012.8.26.0099. 1ª Câmara de Direito Privado. Des. Rel. Enéas Costa Garcia. Julgamento em 06/02/18)

APELAÇÃO CÍVEL. Interdição. Sentença de parcial procedência. Inconformismo da Autora. Não acolhimento. Pedido de autorização para cirurgia de laqueadura na Ré. Descabimento. Estatuto da Deficiência que veda a cirurgia de esterilização em pessoa com deficiência. Inteligência do art. 6º, II, III e IV. Necessidade de consentimento da Interdita. Sentença mantida. Decisão bem fundamentada. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP. Ap. 1006852-85.2017.8.26.0597. 10ª Câmara de Direito Privado. Des. Rel. Monica Salles Penna Machado. DJe 30/1/2020)

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. CURATELA. PEDIDO DE EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ JUDICIAL PARA REALIZAÇÃO DE LAQUEADURA TUBÁRIA EM PESSOA SUBMETIDA À CURATELA. INDEFERIMENTO DO PEDIDO. ALTERAÇÕES NO

CÓDIGO CIVIL PROMOVIDAS PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. SUBMISSÃO À CURATELA QUE NÃO IMPLICA A ABSOLUTA INCAPACIDADE. EXPRESSA VEDAÇÃO DE REALIZAÇÃO DE ESTERILIZAÇÃO COMPULSÓRIA. É certo que, com base no art. 10, § 6º, da Lei n. 9.263/96, já se revelou possível proceder à esterilização de pessoas interditas, então consideradas absolutamente incapazes pelo Código Civil, mediante autorização judicial, isto é, com a expedição de alvará judicial para tanto. Contudo, não se pode olvidar que, com a entrada em vigor da Lei n.º 13.146/2015, que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência - o Estatuto da Pessoa com Deficiência -, houve drástica alteração da legislação no que tange à capacidade civil: em suma, as definições de capacidade civil foram reconstruídas para dissociar a deficiência da incapacidade, de modo que não se cogita de incapacidade absoluta de pessoas maiores de 16 anos, mas somente em incapacidade relativa. A par disso, o próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência, em seu art. 6º, pontua que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive no que tange a seus direitos reprodutivos e à sua fertilidade, estabelecendo expressa vedação de esterilização compulsória, de forma que a pretensão deduzida pelo requerente, de autorizar-se a realização de laqueadura tubária em pessoa submetida à curatela, não encontra qualquer amparo na legislação em vigor. (TJRS. Ap. 70072208580 - 8.ª Câmara Cível. Des. Rel. Luiz Felipe Brasil Santos. Julgamento em 09/03/17).

No entanto, generalizar a capacidade das pessoas com deficiência pode ser uma decisão arriscada, trazendo inúmeros prejuízos, àquele tutelado pelo Estatuto que efetivamente necessita desta tutela ostensiva, à criança que eventualmente seja gerado por ele, e à família, que suportará o ônus desta permissão.

Faria (2018) corrobora com tal pensamento:

As pessoas com deficiência – seja de qualquer espécie, tais como física, intelectual ou sensorial –, não podem ter limitados seus direitos, pois possuem capacidade para a realização dos atos mencionados, desde que sua deficiência não seja em grau severo que lhe comprometa a cognição ou interfira nas suas responsabilidades. Os graus de deficiência que podem acometer uma pessoa não foram contemplados pela legislação protetiva dessa categoria, trazendo insegurança jurídica para o ordenamento. Uma pessoa com deficiência severa pode cuidar de uma criança sozinha? Como um pai tetraplégico vai dar um banho em seu filho, ou mesmo ministra-lhe remédio em caso de doença? Questões como essas devem ser respondidas não apenas com a análise da autonomia da vontade da pessoa, mas em um contexto muito mais amplo e complexo que envolve a família, a sociedade e o Estado. (FARIA, 2018, p. 127)

De fato, uma pessoa com deficiência mental severa não possui condições mentais de gerir a vida de um filho, uma vez que não conseguirá administrar um medicamento em sua dosagem e horário correto, bem como não identificará o choro de um bebê e suas necessidades. Caberá, então, ao responsável do genitor com deficiência auxiliar nas tarefas ou até mesmo assumir o total controle da criação da criança, além dos cuidados já existentes com a própria pessoa com deficiência, onerando assim significativamente a família e, por

vezes, até mesmo o Estado, que poderá vir a assumir situações específicas não suportadas pelas famílias.

Outra situação que infelizmente é muito recorrente é o abuso sexual sofrido por estes sujeitos, no ambiente doméstico, pelos pais ou parentes, e até mesmo em hospitais ou escolas, gerando assim filhos a quem não possuem condições psicológicas ou biológicas para cuidar, filhos estes nascidos de uma estimulação sexual involuntária da pessoa com deficiência, que não possui discernimento ou ajuda para repelir a situação.

Conforme já abordado, as obrigações inerentes à paternidade e a garantia da dignidade e qualidade de vida do filho é incumbência dos pais da criança, não devendo ser essa responsabilidade delegada a um terceiro, deixando o filho a quem quiser cuidá-lo. Existem casos em que a família da pessoa com deficiência está disposta a auxiliar no cuidado dos filhos deste, promovendo o sustento e qualidade de vida à criança, situações em que a irresponsabilidade não será empecilho ao cuidado da prole. Entretanto, a realidade nem sempre é esta, de modo que existem milhares de relatos onde as crianças são negligenciadas e entregues ao Estado, não por intenção do genitor com deficiência, mas sim pela ausência de discernimento e percepção da realidade e de suas obrigações.

Importante ressaltar que nem sempre todas as pessoas com deficiência possuem responsáveis ou família que cuidem dele e se importem com sua qualidade de vida, demonstrando-se injusto deixá-lo à mercê das consequências e responsabilidades da vida que o indivíduo não teve condições de evitar, por não possuir a capacidade de vigilância necessária em virtude da incapacidade absoluta, mas que poderiam ser evitadas pelo Estado, por exemplo, com a esterilização compulsória.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência garante diversos direitos e proporciona a dignidade e o desenvolvimento da pessoa com deficiência perante a sociedade, tendo em vista o intuito de promover a inclusão e o combate ao preconceito vivenciado por toda a história.

Entretanto, falhou o legislador ao igualar todos os indivíduos com deficiência, cada um com suas particularidades, espécie e grau de deficiência, retirando-lhes o direito de serem considerados incapazes para serem protegidos e tutelados pelo Estado na medida de sua incapacidade, exigindo-lhes sabedoria e consciência para praticar atos que não possuem condições e que não envolvem somente sua vida, mas a vida de terceiro, no caso em tela, dos

filhos que vier a ter, bem como de seus familiares, que terão que suportar as consequências de seus atos.

Como exemplo, a MM. Juíza de Direito, Dra. Daniela Anholetto Valbão Pinheiro Lima¹¹, entendeu pela inconstitucionalidade parcial da modificação dos artigos 3º e 4º do Código Civil, trazendo em sua fundamentação o seguinte questionamento:

Contudo, inadmissível que se permita que um indivíduo deficiente, totalmente incapaz de entender os significados de tais institutos, possa exercê-los, sem que isso cause a ele mesmo e a terceiros danos de difícil, ou quiçá, de impossível reparação. Ora, como imaginou o legislador, por exemplo, que uma pessoa deficiente, com 20 anos de idade, mas com idade mental calculada em 10 anos, poderia se casar e constituir família, assumindo todas as responsabilidades daí decorrentes? (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 2016)

Nos mesmos autos, em sede de apelação, a 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo¹² adotou como razão de decidir o seguinte fundamento:

A lei, formalmente, atribui a igualdade entre os desiguais, mas na realidade desprotege os mais vulneráveis, fulminando os seguintes direitos: a proteção aos deficientes e o sistema das incapacidades. Mais uma vez questiona-se: Se a dignidade da pessoa humana é o princípio matriz do sistema, impedir o magistrado de proteger plenamente alguém acometido por uma condição incapacitante é tutelar essa dignidade? Pelas razões acima invocadas, é possível inferir que, se a pessoa, por causa transitória ou permanente, não puder exprimir sua vontade, contrariando o texto expresso do Código Civil, deve o juiz declarar a incapacidade absoluta para permitir a representação. (...) Portanto, ante a conclusão do laudo de fls. 65/68, que atesta que “O examinando é portador de desenvolvimento mental retardado, condição congênita e irreversível, relacionada com a síndrome de Down, o que o torna incapaz em grau total em caráter permanente para todos os atos da vida civil.” (sic), impõe-se manter o decreto de interdição. (Grifo nosso) (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 2017)

Portanto, o que se observa é que a alteração trazida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, por consequência, anulou a previsão legislativa que permitia a esterilização compulsória legal em casos de extrema necessidade, restando ao magistrado a aplicação por conta e risco da técnica de ponderação de direitos e princípios, levando em consideração a necessidade, bem como as circunstâncias pessoais e sociais do indivíduo, como tem sido realizado por alguns dos juízes no Brasil.

¹¹ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 6ª Vara Cível de São Caetano, autos nº 1003765-94.2015.8.26.0564. Data da publicação: 15/07/2016.

¹² TJSP. Apelação Cível 1007607-79.2015.8.26.0565; Relator: Fábio Podestá; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Caetano do Sul - 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/06/2017; Data de Registro: 27/06/2017.

Em apertada síntese, Barroso (2018, p. 204) conceitua a técnica da ponderação como uma técnica dividida em três etapas, onde primeiro são identificadas as normas aplicáveis ao caso para a resolução do conflito; após, a análise da situação fática e como essas normas poderiam ser aplicadas ao caso e, por fim, o estudo conjunto de todas as informações a fim de “apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso”.

Desta forma, para que o magistrado possa determinar a aplicabilidade ou não do procedimento de esterilização compulsória no caso concreto, mediante a aplicação da técnica da ponderação, deverá, primeiramente, ter conhecimento do que dispõe o Estatuto da Pessoa com Deficiência, a Lei de Planejamento Familiar, os princípios que norteiam os direitos dos sujeitos envolvidos no caso e demais dispositivos legais aplicáveis.

Após, deve-se analisar as condições psicológicas, biológicas e sociais da pessoa com deficiência e das pessoas que o cercam, levando em consideração a individualidade e características que diferem um caso do outro, a fim de concluir como as normas estudadas na primeira etapa poderão ser aplicadas ao caso concreto.

Por fim, analisados os dispositivos legais aplicáveis ao caso e as condições e características individuais do sujeito, é possível adentrar à terceira fase da técnica, atribuindo os pesos aos elementos analisados e concluindo quais os elementos e normas que devem preponderar. Assim, pode-se encontrar a solução para a problemática causada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência no âmbito da esterilização compulsória, através da utilização da técnica da ponderação explanada acima.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As pessoas com deficiência vêm a cada dia superando suas limitações e garantindo seu espaço na sociedade, através da inclusão e tratamento igualitário. Entretanto, necessário se atentar que o princípio da igualdade se debruça no tratamento dos iguais na medida de suas igualdades e dos desiguais, na medida de suas desigualdades. Mediante isso, ignorar as desigualdades do sujeito, impondo que este seja completamente igual aos demais, pode causar a ele prejuízos.

No Estatuto da Pessoa com Deficiência, o legislador deixou de se atentar ao fato de que nem todas as deficiências são iguais, tendo cada uma sua peculiaridade e exigindo

cuidado e atenção em esforços diferentes. Assim, generalizar que qualquer tipo de deficiência não retira a capacidade plena do indivíduo com relação aos atos dispostos no artigo 6º do Estatuto é fechar os olhos à individualidade de cada ser.

Um dos enfoques trazidos pelo legislador foi a plena capacidade da pessoa com deficiência de realizar seu próprio planejamento familiar, decidir o número de filhos que deseja ter, bem como prover sustento, educação e cuidados inerentes à paternidade e maternidade. Entretanto, o simples fato de o legislador dispor na Lei que tais sujeitos são plenamente capazes não confere, de repente, à pessoa com deficiência intelectual o discernimento ou àquele com deficiência física a capacidade motora de exercer determinados atos que antes fugiam de seu alcance.

Ainda, o legislador trouxe a vedação ao instituto da esterilização compulsória, de modo que afastou a possibilidade de enquadramento das pessoas com deficiência como absolutamente incapazes, única hipótese permissiva para a esterilização compulsória de acordo com a Lei de Planejamento Familiar, afirmando a plena capacidade de decidir quanto à sexualidade, reprodução e planejamento, ainda que a manifestação de vontade não seja consciente.

Ocorre que, agora, após a vigência do Estatuto, os familiares e os juristas estarão sempre sob a nuvem negra da insegurança jurídica, uma vez que passou a inexistir previsão legal permissiva de esterilização compulsória da pessoa com deficiência, mesmo em situações de vulnerabilidade sexual do sujeito.

A ausência de plena consciência e convicção das consequências do ato sexual podem levar à falta de vigilância e prevenção contra doenças sexualmente transmissíveis e contra a gravidez. A paternidade e a maternidade são incumbências muito sérias ao ser humano, uma vez que, além da vida da pessoa com deficiência, existe a vida de uma criança que também deve ser tutelada, uma vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente busca garantir que o menor não sofra qualquer tipo de negligência pelos pais.

Contudo, não é justo nem possível exigir de pais deficientes uma paternidade e maternidade responsáveis, quando estes sequer possuem o discernimento para cuidar de si mesmos. Tal situação poderia ser evitada, por certo que observando caso a caso, através de intervenção cirúrgica, a fim de retirar essa responsabilidade injusta da pessoa com deficiência e preservar a integridade física e mental deste e de seus eventuais filhos.

Tais indagações e a consequente busca por soluções, viáveis e efetivas, compõem o quadro que se apresenta aos operadores do Direito, conforme foi relatado ao longo deste artigo, pois a generalização da capacidade trazida pelo legislador, com o nobre intuito de trazer dignidade e igualdade às pessoas com deficiência acabou, em certos aspectos como o aqui apresentado, por estabelecer, por outro lado, uma falta de proteção jurídica a quem efetivamente necessita, e insegurança jurídica aos operadores da norma.

Observou-se assim que, dentre as soluções que se pode construir neste panorama, para desvincular-se da regra da capacidade estabelecida pelo legislador, uma que se destaca é a utilização da técnica de ponderação de princípios e normas aplicáveis ao caso concreto, com a finalidade de priorizar-se a necessidade individual de cada pessoa com deficiência, levando em consideração as características biológicas e sociais, acabando por decidir contrariamente ao disposto no Estatuto da Pessoa com Deficiência, sob a justificativa final de garantir a integridade e qualidade de vida tanto da pessoa com deficiência quanto de seus familiares.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Aline. Esterilização compulsória de pessoa com deficiência intelectual: análise sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana e do respeito à autonomia do paciente. *Revista Centro Universitário São Camilo*, 2013. Disponível em: <http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/99/a2.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2021.

AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do; HATOUM, Nida Saleh; HORITA, Marcos Massashi. O Paradigma Pós-Moderno do Negócio Jurídico e a Necessidade de Uma Nova Concepção na Contemporaneidade. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 2, p. 261-297, jul. 2017.

ANDRADE, Rosa Maria Nery. *Instituições de Direito Civil: Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 5.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BOÁS, Dayanne Maria Guterres. *Realização da laqueadura e vasectomia no planejamento reprodutivo no município de São Luís/MA*. 2017. 61 f. Monografia (Graduação) – Curso de Enfermagem, Centro de Ciências Biológicas e da Saúde, Universidade Federal do Maranhão. Disponível em: <https://monografias.ufma.br/jspui/bitstream/123456789/2062/1/DayanneGuterres.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2021.

BRASIL, *Código Civil de 2002*. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 07 jan. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 jan. 2021.

_____. *Lei nº 8.069/90*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 07 jan. 2021.

_____. *Lei nº 9.263/96*. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 15 jan. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm. Acesso em: 07 jan. 2021.

_____. *Lei nº 13.146/15*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Diário Oficial da União, Brasília, 07 jul. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 07 jan. 2021.

CARDIN, Valéria da Silva Galdino. *Do planejamento familiar, da paternidade responsável e das políticas públicas*. IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/223.pdf. Acesso em: 07 jan. 2021.

CASSETARI, Christiano. *A diferença entre capacidade de fato e maioridade civil: questões polêmicas*. Jornal Carta Forense. 2011. Disponível em: http://www.cartafortense.com.br/conteudo/artigos/a-diferenca-entre-capacidade-de-fato-e-maioridade-civil-questoes-polemicas/6581#_ftnref. Acesso em: 07 jan. 2021.

CORREIA, Atalá. Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas. *Revista Consultor Jurídico*. Publicado em 3 de agosto de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas>. Acesso em: 07 jan. 2021.

FARIA, Elisângela Cruz. *Da pessoa com deficiência diante do seu estatuto no contexto do planejamento familiar: aspectos legais e jurisprudenciais*. 2018. 148 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Centro Universitário de Maringá/Unicesumar, Maringá, 2018.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Referência. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: esquematizado parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1.

GONÇALVES. *Direito Civil Brasileiro: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

KATZ, Bruna; TEDESCO, Raquel. *Capacidade Civil da Pessoa com Deficiência: Tomada de Decisão Apoiada e Curatela*. Migalhas de Peso. Publicado em: 20 de abr. de 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI278658,61044-capacidade+Civil+da+Pessoa+com+Deficiencia+Tomada+de+Decisao+Apoiada>. Acesso em: 07 jan. 2021.

LIMA, Caroline M. S. G. de Souza; SANTOS, Pedro Henrique Amaducci Fernandes dos; MARQUESI, Roberto Wagner. *Negócios jurídicos contemporâneos: a efetivação da dignidade da pessoa humana com alicerce nos contratos existenciais*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 7, n. 3, 2018. Disponível em: <http://civilistica.com/negocios-juridicos-contemporaneos/>. Acesso em 05 dez. 2020.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Processo 70072208580*. Relator Luiz Felipe Brasil Santos. 8.ª Câmara Cível. Porto Alegre, 09 mar. 2017. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/trail/searchfromlink/run>. Acesso em: 20 set. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Processo - 0006336-97.2012.8.26.0099*. Relator Enéas Costa Garcia. 1ª Câmara de Direito Privado. São Paulo, 06 fev. 2018. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/trail/searchfromlink/run>. Acesso em: 20 set. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Processo - 1003765-94.2015.8.26.0564*. Juíza: Daniela Anholeto Valbão Pinheiro Lima. 6ª Vara Cível de São Caetano. São Caetano, 15 jul. 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Processo - 1003765-94.2015.8.26.0564*. Relator: Fábio Podestá. 5ª Câmara de Direito Privado. São Paulo, 27 jun. 2017. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do?conversationId=&nuProcOrigem=1003765-94.2015.8.26.0564&nuRegistro=>. Acesso em: 07 jan. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Processo 1006852-85.2017.8.26.0597*. Relatora Monica Salles Penna Machado. 10ª Câmara de Direito Privado. São Paulo, 30 jan. 2020. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/trail/searchfromlink/run>. Acesso em: 20 set. 2021.

TORRES, Adriana de Freitas. *Bioética: O princípio da autonomia e o termo de consentimento livre e esclarecido*. Jornal do CRM-PB nº 72, abril-junho 2007. Disponível em: http://www.crm-pb.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21917:bioetica-o-principio-da-autonomia-e-o-termo-de-consentimento-livre-e-esclarecido&catid=46:artigos&Itemid=483. Acesso em: 07 jan. 2021.

A EXTENSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE À MULHER NÃO GESTANTE EM
RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO: ANÁLISE À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO

*THE EXTENSION OF MATERNITY LEAVE TO NON-PREGNANT WOMEN IN A
HOMOAFECTIVE RELATIONSHIP: ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE BRAZILIAN
LEGAL SYSTEM*

Isabela Monteiro Gomes;¹

Paula Teles de Aquino.²

Resumo: O presente artigo objetiva fazer uma análise acerca da possibilidade da extensão da licença-maternidade à mulher não gestante em relacionamento homoafetivo. Toma-se como base um acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual foi objeto de exame do Recurso Extraordinário nº 1.211.446, ocasião na qual o Supremo Tribunal Federal entendeu estar presente a repercussão geral sobre o tema. Faz-se um estudo jurisprudencial quanto à matéria, através de decisões de 2ª instância, apresentando os argumentos utilizados pelas correntes majoritária e minoritária. Analisam-se, ainda, três entendimentos doutrinários sobre o assunto: o primeiro entende pela impossibilidade da extensão; o segundo pelo estabelecimento de uma licença-parental única para o casal, sem distinção entre licença-maternidade e paternidade; e o último pela possibilidade de extensão do direito. Além disso, é realizada uma avaliação das normas e princípios do ordenamento pátrio que regulamentam a matéria, para se chegar às conclusões relativas à possibilidade de extensão da licença-maternidade a essas mulheres. Para tal, utiliza-se o método indutivo mediante pesquisa jurisprudencial, bibliográfica documental e descritiva.

Palavras-chave: Licença-maternidade. Extensão. Mulher não gestante. Relacionamento homoafetivo.

Abstract: This article aims to analyze the possibility of the extension of maternity leave to non-pregnant women in a homoaffective relationship. It is based on a São Paulo Court of Justice's judgment, which was the subject of examination of Extraordinary Appeal No. 1.211.446. The Supreme Federal Court understood that the general repercussion of the subject was present. A jurisprudential study is made on the matter, through second instance decisions, presenting the arguments used by the majority and minority currents. Three doctrinal understandings of the subject are analyzed: the first understands for the impossibility of extension; the second for the establishment of a single parental leave for the

¹ Mestre e especialista em direito público pela PUCMINAS.

² Pós-graduada em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Advogada.

couple, without distinction between maternity and paternity leave; and the last understands for the possibility of the right extension. Besides that, an assessment about the rules and principles of national law that regulate the matter is made, in order to reach conclusions regarding the possibility of extend maternity leave to these women. For this, is used the inductive method through jurisprudential, bibliographic, documentary and descriptive research.

Keywords: Maternity Leave. Extension. Non-pregnant woman. Homoaffective relationship.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo trata da possibilidade da concessão de licença-maternidade a mulheres não gestantes em relacionamentos homoafetivos, apesar de suas companheiras, as quais geraram a criança, terem recebido o benefício, tendo em vista que atualmente a legislação brasileira limita a concessão da licença-maternidade a apenas uma das mães/pais.

Justifica-se o tema ora em discussão em razão da falta de regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro sobre a matéria, e, conseqüentemente, a quantidade de ações judiciais que a envolvem, tornando a sua análise jurídica de suma importância, considerando-se a crescente visibilidade das mulheres e das pessoas LGBTQ+ nas sociedades, bem como a luta pelos seus direitos.

Isto posto, objetiva-se apresentar os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários acerca do assunto, bem como as normas e os princípios jurídicos que os perpassam, para que se analise os impedimentos e desimpedimentos jurídicos para tal concessão.

Escolheu-se como metodologia a análise jurisprudencial dos tribunais brasileiros, visto que há correntes divergentes em nosso ordenamento pátrio. Para isso, o estudo do referente tema tomou como base decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que concedeu licença-maternidade a servidora pública, em razão do acórdão da Turma da Fazenda ter sido submetido ao STF através de Recurso Extraordinário, o qual ainda não foi julgado, mas teve sua repercussão geral reconhecida.

Discorreu-se sobre duas correntes jurisprudenciais que tratam do assunto. Uma entende não ser possível a extensão da licença-maternidade, haja vista a ausência de norma autorizativa e a limitação atual existente na legislação, bem como os princípios da legalidade e da igualdade, consistindo no posicionamento majoritário dos tribunais brasileiros. Outra corrente defende a possibilidade de extensão do direito, considerando-se que, ainda que não haja gestação, a mulher também é mãe, de forma que tem seu direito garantido pela

Constituição e pela legislação infraconstitucional, bem como pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da não discriminação, do melhor interesse do menor e da prioridade absoluta.

Foi feito, ainda, exame doutrinário englobando os diferentes posicionamentos supracitados, e investigação sobre as normas e princípios que regulamentam a matéria, bem como análise crítica da controvérsia, avaliando-se a possibilidade da extensão da licença-maternidade.

O artigo inicia-se com a apresentação do acórdão paradigma, desenvolve os diferentes posicionamentos sobre o tema mediante a exposição de diversos julgados, discorre sobre os entendimentos doutrinários e examina a atual regulamentação da matéria através das previsões constitucionais, bem como das legislações infraconstitucionais e dos princípios que lhe são aplicados.

2 APRESENTAÇÃO DO ACÓRDÃO PARADIGMA

O presente trabalho tomou como base para seu estudo o Acórdão decidido pela Turma da Fazenda do Tribunal de Justiça de São Paulo – São Bernardo do Campo, proferido no Processo nº 1028794-78.2017.8.26.0564, que tem como partes Tatiana Maria Pereira Fernandes e Município de São Bernardo do Campo, nem que houve a concessão de licença-maternidade à mãe não gestante, em união estável homoafetiva, cuja companheira engravidou após procedimento de inseminação artificial.

A ação que deu origem ao processo supracitado foi proposta por Tatiana Maria Pereira Fernandes em face do Município de São Bernardo do Campo, através da qual foi pleiteada a concessão de licença-maternidade. A autora é servidora municipal e realizou junto com a sua companheira tratamento de fertilização *in vitro*, ocasião em que se utilizaram os óvulos da autora, gerando a gravidez em sua parceira.

A requerente alega que sua companheira é trabalhadora autônoma e possui uma microempresa individual, no entanto não recebeu o benefício da licença-maternidade ao qual teria direito pelo Regime Geral de Previdência Social. Desta forma, sem receber qualquer benefício, imprescindível a sua volta ao trabalho, o que levou a requerente a solicitar por analogia a licença-maternidade ao Município, conforme direito estabelecido no Estatuto do Servidor Público da Requerida - Lei Municipal nº 1.729/68, artigo 184-A, que prevê a

extensão da licença-maternidade à funcionária pública que adotar ou obtiver a guarda judicial para fins de adoção, pedido que lhe foi negado.

A autora discorre, então, que também é mãe biológica da criança, tendo em vista que apesar de seu filho não ter sido gerado em seu ventre, mas no de sua companheira, o procedimento de fecundação foi feito com o uso de seus óvulos, razão pela qual lhe assiste direito a receber o benefício da licença-maternidade. Além disso, defende que sofreu discriminação ao ter negado seu pedido, já que se seu Estatuto reconhece e estende tal direito à mãe adotante, resta claro que como mãe biológica também deveria gozá-lo.

A requerente traz como fundamentação, ainda, que a falta de previsão legislativa sobre o tema não deve obstar a sua fruição do benefício, haja vista que a situação vivenciada afeta não só a proteção à maternidade, mas os direitos do nascituro, o direito da criança à convivência familiar, os novos núcleos familiares, o princípio da dignidade humana, o princípio da igualdade e a não distinção entre filho biológico, adotivo e o que nasce em âmbito familiar diferenciado, devendo ser observada a Constituição Federal e o ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Município de São Bernardo do Campo, por sua vez, alega que o ordenamento jurídico pátrio não vislumbra tal situação, não havendo previsão legislativa sobre o caso, o que impede a concessão do benefício. O artigo do Estatuto do Servidor Público, invocado pela requerente mediante analogia, não pode ser aplicado ao caso, tendo em vista que a Administração Pública está adstrita ao princípio da legalidade, conforme estabelece a Constituição Federal em seu art. 37. Da mesma forma, a CLT não traz no art. 392-A a possibilidade do deferimento de licença-maternidade à situação fática vivenciada pela autora.

Discorre, ainda, que a Lei 8.213/91 somente autoriza a concessão do benefício do salário-maternidade à mãe biológica e adotante ou guardião judicial, e que conforme preleciona o art. 71-A, §2º, o mesmo não pode ser concedido a mais de um segurado, ainda que os cônjuges ou companheiros estejam submetidos a Regime Próprio de Previdência Social. Desta maneira, como a companheira da requerente é segurada obrigatória do Regime Geral de Previdência Social, conforme art. 11, inc. V, alínea h, da Lei 8.213/91, tendo direito, portanto, a receber o salário-maternidade, tal fato impediria que a autora também o recebesse, bem como a licença-maternidade.

A sentença foi proferida reconhecendo procedente o pedido da autora, condenando a ré a conceder licença-maternidade pelo período de 180 dias, mediante remuneração, de modo

que o Município entrou com um Recurso Inominado para reforma do julgado e sua consequente absolvição.

O Colégio Recursal de São Bernardo do Campo negou provimento ao recurso por votação unânime, mantendo a sentença recorrida. Como se depreende do voto do relator, o direito à licença-maternidade, estabelecido no art. 7º, XVIII da CF/88, deve ser examinado de acordo com os entendimentos jurisprudenciais acerca das uniões homoafetivas e da multiparentalidade, citando-se aqui o reconhecimento da união estável em relacionamentos homoafetivos através da ADPF 132/RJ. Alega que como o óvulo da autora foi utilizado na fertilização, a mesma também é mãe biológica, não obstante a filiação ir além do parto e da gestação.

A Turma entende que o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade não se limita à recuperação física/psíquica da mãe gestante ou até mesmo à amamentação, mas também deve ser analisado por uma perspectiva de convívio familiar e cuidado da criança, de proteção à maternidade e ao filho(a), haja vista a importância desse contato inicial de vida entre a mãe e seu bebê, salientando-se que não importa como se deu a filiação.

Defende, ainda, que o afastamento do trabalho por tempo determinado e a dedicação ao lar e à criança vai ao encontro dos princípios elencados no ECA, atendendo ao art. 4º deste, que preza pelo “melhor interesse do menor”, considerando-se que o convívio do bebê com seus pais ou mães é de suma importância para sua criação, não havendo distinção entre biológicos ou adotivos. Por todo o exposto, finaliza estendendo o direito à licença-maternidade à recorrida, visando à maximização dos direitos fundamentais para as mães bem como para a criança.

Salienta-se que a questão foi parar no STF após Recurso Extraordinário 1.211.446, promovido pelo Município de São Bernardo do Campo. O Supremo Tribunal Federal, seguindo o voto do relator Min. Luiz Fux, entendeu que a questão é constitucional, apresentando repercussão geral sob o prisma social, jurídico e econômico.

Inicialmente, o STF esclarece que a titularidade da licença-maternidade é não somente da mãe, mas também da criança, tendo em vista que o benefício não se restringe à recuperação da mulher após o parto, mas também à proteção das mães não gestantes, que acabam cumprindo com diversas tarefas depois do nascimento do bebê. Deixa claro que não deve haver diferenciação entre a licença-maternidade conferida às mães que possuem filhos biológicos ou adotivos.

Destarte, lembra que a proteção à maternidade é um direito social elencado na Constituição Federal nos art. 6º c/c art. 201, e um dos objetivos da assistência social, haja vista o art. 203, inc. I, da Lei Maior. Cita-se, ainda, entendimento do próprio Egrégio Tribunal que reconheceu a qualidade de entidade familiar às uniões estáveis homoafetivas através da ADI 4.277.

Além disso, entende que o direito à licença-maternidade deve ser interpretado de acordo com os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade – estando este expresso na CFRB/88, em seu art. 5º, caput –, da liberdade reprodutiva, do melhor interesse do menor e da proporcionalidade, vedando-se a proteção deficiente. O STF afirma que o benefício deve visar à proteção não somente da maternidade em relações heteroafetivas, mas também nas uniões homoafetivas. A interpretação do direito à licença-maternidade de maneira extensiva à mulher não gestante, que participa de união homoafetiva, coloca em prática a igualdade material, reconhecendo as diversidades sociais, as diferentes configurações familiares e fortalecendo a identidade e autorrealização das pessoas.

Salienta-se que a análise jurídica ora suscitada não se restringe à possibilidade de extensão do benefício à mãe não gestante em união homoafetiva, mas também aos limites e parâmetros dessa extensão. Para o STF a repercussão geral depreende-se, então, do prisma social, jurídico e econômico:

(i) social, em razão da própria natureza do direito à licença-maternidade e do impacto gerado pela sua extensão a qualquer servidora pública ou trabalhadora (art. 7º, XVIII, e art. 39, § 3º, da Constituição Federal) que vivencie a situação fática *sub examine*; (ii) jurídico, posto que envolve a proteção especial consagrada à maternidade (CF, art. 6º c/c art. 201), bem como a construção do âmbito de incidência do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal, que deve albergar as múltiplas hipóteses de criação do vínculo maternal, e (iii) econômico, porque discute a concessão de benefício de natureza previdenciária, com custos para a coletividade e reflexos no equilíbrio atuarial dos sistemas de previdência social. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1211446 RG/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 07 nov. 2019, p. 7-8).

3 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Não obstante o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo acerca da matéria ora examinada, bem como o reconhecimento do STF no sentido de existência de repercussão geral sobre o tema, observa-se que a jurisprudência brasileira julgou, diversas vezes,

improcedente o pedido de deferimento da licença-maternidade à mãe não gestante integrante de relacionamento homoafetivo.

Em razão da falta de um entendimento pacificado sobre o tema, haja vista o acórdão paradigma examinado ter tido sua repercussão geral reconhecida recentemente, far-se-á a análise tanto dos fatos geradores das ações judiciais quanto do mérito de algumas decisões acerca do assunto, investigando-se os fundamentos jurídicos utilizados, os quais auxiliam na reflexão a respeito da possibilidade de extensão da licença-maternidade no Brasil. Observa-se que se selecionaram decisões contrárias à concepção inicial do STF e do acórdão paradigma a fim de se fazer uma contraposição dos posicionamentos dos tribunais.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão suscitado no Processo nº 1024727-85.2016.8.26.0053, negou provimento ao reexame necessário em decisão na qual servidora pública estadual teve seu pedido de licença-maternidade negado, tendo-lhe sido concedida licença-paternidade. No referido caso a parte autora possui relacionamento homoafetivo, o qual gerou a gravidez de sua companheira mediante fertilização *in vitro*.

Alega-se a ausência de amparo legal e jurisprudencial para a modificação da sentença, e que conceder a licença da mesma maneira que é devida aos casais heteroafetivos caracteriza a interpretação isonômica dos direitos aos diversos tipos de casais. Ao contrário, estender a licença-maternidade à mãe não gestante seria realizar uma discriminação em benefício da autora, indo de encontro aos Princípios da Legalidade, Isonomia e Tripartição de Poderes.

Da mesma forma julgou a 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, no Processo nº 1029429-10.2015.8.26.0506, através do reexame necessário de apelação. Assim como no caso supracitado, foi conferida licença-paternidade a servidora pública que realizou tratamento de fertilização *in vitro* com sua companheira, a qual veio a gerar seu filho. Em primeira instância foi julgado procedente o pedido, no entanto o Tribunal entendeu por reformar a sentença.

Cita-se como fundamento a ADI 4.277 e ADPF 132, nas quais o STF vedou a discriminação e reconheceu os casais homoafetivos como entidades familiares possuidoras dos mesmos direitos e deveres que os pares heteroafetivos. Em razão dessa interpretação extensiva da Suprema Corte, a concessão da licença-maternidade deve se dar nos mesmos moldes dos casais heteroafetivos. Deve-se observar, ainda, o Princípio da Moralidade e da Legalidade, haja vista nosso ordenamento não possuir suporte jurídico para essa extensão.

Salienta-se que o acórdão defende um período maior de licença-parental, tanto para casais hétero quanto homoafetivos, não devendo se restringir a 180 dias para a mãe e 05 dias para o pai. No entanto, tal alargamento ainda não foi estabelecido em nossa legislação.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, através de sua Segunda Turma Recursal, proferiu o Acórdão nº 1252262, no qual julgou pela não extensão do benefício em razão do Princípio da Legalidade Administrativa. Alegou-se que não há em nosso ordenamento jurídico autorização legal para a interpretação extensiva, de maneira que acolhê-la geraria um tratamento desigual aos casais heteroafetivos e até mesmo homoafetivos do gênero masculino, haja vista que somente as mulheres receberiam o benefício com prazo dilatado.

Além disso, traz como fundamento o Princípio da Isonomia, defendendo que a licença-maternidade, ou licença-parental de longo prazo, deveria ser concedida à genitora parturiente e a licença-paternidade, também chamada de licença-parental de curto prazo, à companheira não gestante. Observa-se, ainda, que, neste caso, a companheira da parte autora estava impossibilitada de amamentar, razão pela qual a autora solicitou a licença-maternidade, já que a mesma havia realizado procedimento de lactação.

Da mesma forma entendeu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em acórdão da Segunda Turma Recursal da Fazenda Pública dos Juizados Especiais, no Recurso Cível 71008100851. A companheira da autora havia dado luz a gêmeos, o que levou ao pedido do benefício. A Turma discorre que não há normatização específica para o caso, e por isso deve ser feita uma interpretação da Constituição e das leis observando-se os Princípios da Igualdade e Isonomia. Argumenta que conceder duas licenças-maternidade (de longo prazo) caracterizaria tratamento diverso aos outros casais, indo de encontro aos princípios supracitados e ensejando discriminação aos filhos de casais homoafetivos do gênero masculino.

Justifica, ainda, que o STF vedou o tratamento diferenciado entre as famílias homo e heteroafetivas, de modo que a diferenciação entre os prazos das licenças maternidade e paternidade – os quais seriam aplicados aos casais heteroafetivos – impossibilita a equiparação dos prazos aos casais homoafetivos compostos pelo gênero feminino – considerando-se que uma das mães deve necessariamente receber a licença-paternidade. Outrossim, cita a vinculação da Administração Pública ao Princípio da Legalidade, existindo tão somente norma que institui a licença-maternidade para mãe biológica ou adotante. Além

disso, argui que o art. 392-A, §5^a, da CLT prevê a concessão do benefício a apenas um dos entes da família. A decisão, portanto, foi pela concessão da licença-paternidade à parte autora.

4 ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO

Em relação ao tema ora analisado, a doutrina ainda não pacificou entendimento, haja vista o reconhecimento da relação homoafetiva como entidade familiar ser algo muito recente, bem como todos os direitos decorrentes dessa reconhecimento. Não obstante tamanha importância de seu exame para a sociedade, a visibilidade da comunidade LGBTQ+ e de seus direitos vem crescendo paulatinamente, o que faz com que haja uma carência de discussão jurídica sobre determinados temas.

A corrente que parece ter maior número de adeptos, além de maior incidência jurisprudencial, defende que a licença-maternidade não pode ser estendida à mãe não gestante partícipe de relação homoafetiva. Argumenta-se que a legislação limita a licença-maternidade a apenas uma pessoa, tanto no caso de gestação quanto no caso de adoção ou guarda, conforme § 2º do artigo 71-A da Lei n.º 8.213/91, aplicável aos RPPS também por força do §12 do artigo 40 da Constituição, e art. 392-A, §5º, da CLT. Assegurar dois benefícios de licença e salário-maternidade dentro de uma mesma relação significaria dar um privilégio às mães em relacionamento homoafetivo que os casais heteroafetivos e homoafetivos constituídos por homens não possuem.

Desta forma, Figueiredo (2018) entende que a licença-maternidade só poderia ser recebida pela mãe não gestante se a outra não a obtivera, ou seja, na ausência de uma pessoa para cuidar e zelar pela criança. Caso contrário, visando ao não tratamento diferenciado e privilegiado entre as diversas formas de entidade familiar, defende-se a concessão da licença-maternidade à mãe gestante e da licença-paternidade à não gestante. Preza-se, aqui, pelo Princípio da Isonomia e da Legalidade.

Lima e Teles (2020), ao tratar sobre a duplicidade de salário-maternidade, o qual está intimamente ligado à licença-maternidade a casais homoafetivos formados por mulheres, consideram que conceder o salário-maternidade para as duas mães seria admitir uma situação discriminatória em relação a outras composições familiares, apesar de que tendo em vista o

escopo do benefício, qual seja assegurar uma maior segurança financeira para a família, o ideal seria que ambas recebessem.

Outra corrente correlaciona a possibilidade de escolha de quem gozará da licença-maternidade nos casos de adoção ou guarda, trazida pela Lei 12.873/13 e inserida na CLT em seu art. 392-A, §5º, com a implantação da licença-parental em nosso ordenamento jurídico. A licença-parental traz a possibilidade de o casal ter direito à licença e escolher e administrar seu prazo. Conforme Matos e Silva (2015, p. 18) seria garantido um período para a mulher gestante se recuperar fisicamente, e ressalvado esse tempo o casal deliberaria sobre a melhor disposição do benefício, o qual poderia ser usufruído em conjunto ou alternadamente.

Ou seja, com o fim da diferenciação entre licença-maternidade e paternidade, e com estabelecimento de uma licença-parental, resolver-se-ia o problema entre a extensão da licença-maternidade à mãe não gestante, visto que esta não mais ficaria limitada ao gozo da licença-paternidade, bem como não se configuraria a dupla aplicação do benefício, conforme alguns juristas defendem. Deste modo, a alegação de que com a concessão da licença haveria uma colisão com o Princípio da Isonomia não mais iria se subsumir ao caso.

Importante salientar que a adoção da licença-parental, além de solucionar a discussão objeto do presente artigo, considerando que ambas as mães poderiam dividir o tempo da licença da maneira que melhor lhes atendessem, tem como finalidade romper com o modelo patriarcal presente na sociedade brasileira e inserir plenamente a mulher no mercado de trabalho.

Pandolfo (2017, p. 56) afirma que a licença-maternidade e paternidade favorecem a manutenção da discriminação da mulher no âmbito laboral, principalmente em razão da discrepância de períodos entre as licenças. Ambas foram formuladas em um modelo de sociedade e família que já não são suficientes para acolher as demandas das diversas formas de entidades familiares.

Sabe-se que as mulheres possuem duplas jornadas de trabalho, pois a elas foi imposta a responsabilidade das tarefas domésticas e familiares, de forma que em pleno século XXI ainda é mais difícil a sua manutenção no mercado de trabalho. Muitos empregadores optam por não contratar mulheres pelo possível aumento de gastos caso elas engravidem, conforme expõe Matos e Silva (2015, p. 16), haja vista que ao contratar homens não haveria a necessidade de destinar parcela de seu tempo para a família. Além disso, há o reforço do

conceito de que cabe exclusivamente ou majoritariamente à mulher a educação dos filhos, o que acarreta naturalizada divisão sexual do trabalho.

Gosdal (apud Matos e Silva, 2015, p. 18) discorre que o que se pode discutir é acerca da concessão de licença-parental, ao invés de licença-gestante, que poderia ser usufruída em parte pelo pai, para cuidar da criança. Isso porque os empresários continuam considerando mais elevados os custos com a contratação de mulheres. Na hipótese de gravidez da empregada, o empregador não arca com o salário maternidade, mas continua recolhendo contribuição previdenciária da empregada que se encontra em licença e também com os custos da sua substituição, além de estar sujeito a maior absenteísmo da empregada nos primeiros anos de vida.

Desta maneira, a licença-parental seria uma alternativa para dar maiores garantias às mulheres dentro do mercado de trabalho, e incentivar uma maior participação dos pais dentro de casa e na criação de seus filhos. Para Matos e Silva (2015, p. 14) é necessária a concepção de mecanismos de intervenções estatais que alterem as estruturas reprodutoras de desigualdade, nos quais a licença-parental estaria inserida.

Além disso, insta ter em mente que a licença-parental contribuiria para o rompimento da “família tradicional brasileira”, normatizando e normalizando as necessidades das mulheres que lutam para não mais se inserir no modelo patriarcal de sociedade, aqui se incluindo tanto as mulheres homo quanto heteroafetivas.

Através de outro viés, o qual vai ao encontro do acórdão paradigma deste artigo, alguns autores entendem que ambas as mães em relacionamento homoafetivo devem gozar da licença-maternidade e do salário-maternidade.

Alega-se que o reconhecimento pelo STF das uniões homoafetivas como entidades familiares faz com que todos os direitos garantidos por nosso ordenamento pátrio sejam estendidos a estes núcleos familiares, inclusive os que asseguram proteção à família. Desta forma, nada mais lógico que nas relações entre pares de mulheres homoafetivas seja garantido a ambas o direito à licença-maternidade, haja vista este objetivar a proteção ao núcleo familiar.

O duplo reconhecimento da licença-maternidade consubstanciar-se-ia no Princípio da Dignidade Humana, e na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sem preconceitos de qualquer espécie, conforme arts. 1º, III, e 3º, I e IV, ambos da Constituição Federal. Destarte, para Pozzetti e Leite (2019, p. 426), não há como negar o direito de duas

mulheres se tornarem mães e conseqüentemente gozarem das garantias que a lei dispõe à mulher, quando configurada uma relação homoafetiva entre duas mulheres em que ambas se identificam pelo gênero feminino. Afastar tal reconhecimento e negar seus direitos iria de encontro à dignidade humana, promovendo atos preconceituosos, o que é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Além disso, deve-se fazer uma interpretação integrativa da norma, prezando pelo Princípio da Igualdade em sua perspectiva material, ou seja, igualar indivíduos desiguais e garantir a todos o exercício de seus direitos. Estando pacificado o entendimento de que não há diferenciação entre casais hétero e homoafetivos, os direitos referentes à proteção da família devem ser gozados por todas as mulheres/mães que se inserem em ambos os núcleos familiares.

Conforme Pozzetti e Leite (2019, p. 427), o não reconhecimento de ambas as mulheres homoafetivas como mães, e conseqüentemente a não promoção de seus direitos, significa reconhecer apenas parcialmente a entidade familiar formada por duas mulheres, contradizendo o ordenamento jurídico.

Desta forma, para Pozzetti e Leite (2019, p. 427), aplicar a limitação supracitada do art. 71-A, §2º, Lei 8.213/91, às relações homoafetivas vai contra as normas constitucionais, devendo ser realizada uma interpretação conforme a Constituição para assegurar a igualdade material a todos, tendo em vista estarmos diante de uma sociedade heterogênea.

Os autores concluem (2019, p. 428) que a vedação legal atual alija uma das mulheres ao direito de exercer a maternidade de maneira ampla, bem como mitiga parcialmente a concepção de família já garantida pelo STF e promove a exclusão social.

Lima (2020, p. 15), ao discorrer sobre a Teoria Estruturante do Direito, de Friedrich Müller, faz um paralelo com a extensão da licença-maternidade à mãe não gestante. O autor explica que de acordo com a teoria pós-positivista a norma jurídica somente seria produzida no processo particular de solução jurídica de determinado caso, ou seja, de acordo com cada decisão judicial. Destarte, a norma jurídica como é hoje entendida separaria as normas dos fatos, possibilitando a atuação discricionária do Judiciário. Propõe-se, então, que a prática jurídica atenda o Estado Democrático de Direito mediante a racionalidade, discutibilidade e verificabilidade dos processos decisórios no âmbito familiar, observando-se os direitos e princípios fundamentais.

Para Lima (2020) o silêncio do Legislador sobre o tema ora analisado não pode levar a omissões do Judiciário. Em suas palavras,

não se trata de voluntarismo ou ativismo, mas de reconhecer a força normativa dos princípios e a importância da teoria dos direitos fundamentais. É imperioso que, em nome da igualdade e respeito às diferenças, assegure direitos a todas as situações merecedoras de tutela, a exemplo do reconhecimento e proteção às uniões homoafetivas do sexo feminino, cujas especificidades devem integrar a norma decisória quando da análise do programa e do âmbito normativo da licença-maternidade endereçada a estas entidades familiares. Esses preconceitos de ordem moral não podem levar à omissão do Estado legislador, executor e julgador. No caso de haver omissão do legislador em regular situações dignas de tutela - que deveria estar atento às estruturas básicas do conteúdo social e histórico relativo ao âmbito da norma das relações homoafetivas masculinas e femininas - a plenitude do reconhecimento de direitos deve ser implementada pelo magistrado, que não pode negar proteção jurídica ou permitir a violação de direitos sob a alegação de 'ausência de lei', notadamente quando existe um catálogo de direitos e garantias fundamentais no texto constitucional, bem como de direitos fundamentais implícitos, passíveis de concretização no momento em que a problematização é trazida a linguagem. (LIMA, 2020, p. 48)

Em relação à concessão de licença-paternidade a essas mulheres, o autor declara que é inaceitável, uma vez que ao fazer isso desconsidera-se as particularidades psíquicas e culturais do gênero feminino, sobretudo nos casos em que duas mães pretendem exercer, conjuntamente, o direito à maternidade, sendo concedida a licença-maternidade só para a gestante. Dizer que a mãe não gestante exerce uma função análoga à figura tradicional do pai significa violar o princípio da igualdade na medida em que promove tratamento desigual entre as duas mães, as quais pretendem exercer juntas a maternidade.

5 REGULAMENTAÇÃO DA MATÉRIA CONFORME ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O direito à licença-maternidade, no cenário internacional, foi inicialmente previsto pela OIT na Convenção sobre o amparo à maternidade. Nela, resta assegurado à mulher o benefício pelo prazo de pelo menos 12 (doze) semanas.

Em âmbito nacional, a Constituição de 1988 reconheceu a licença-maternidade como um direito social em seu art. 7º, XVIII, no qual estabeleceu o prazo de 120 (cento e vinte) dias de afastamento da gestante do trabalho, sem prejuízo de seu emprego e salário. A proteção à maternidade, por sua vez, também se caracteriza como um direito social, conforme se depreende do art. 6º c/c 201, II, da CF.

Ao mesmo tempo, ainda tratando-se da Carta Magna, a seção que dispõe acerca da assistência social apresenta a proteção à maternidade como um de seus objetivos, conforme art. 203, I.

A CLT instituiu uma seção voltada à proteção à maternidade, e dispõe sobre a licença-maternidade no art. 392 e seus parágrafos, o qual estabelece a licença por 120 (cento e vinte) dias, em conformidade com a Constituição. O art. 392-A aponta a extensão do direito em caso de adoção ou guarda judicial, o qual se dará nos mesmos termos das hipóteses em que há gestação. Salienta-se seu §5º, que limita a licença-maternidade a apenas um dos adotantes ou guardiães, empregado ou empregada. Ou seja, abre-se a possibilidade de o homem gozar do benefício, e não apenas a mulher.

Os arts. 392-B e 392-C garantem a licença-maternidade a cônjuge ou companheiro em caso de morte da mãe, seja ela genitora ou adotante, pelo tempo integral ou parcial, a depender do caso. Observa-se que tal previsão também se aplica a casais homoafetivos.

Deve-se ter em mente, ainda, que a licença-maternidade possui íntima relação com o salário-maternidade, o qual é previsto na Lei 8.213/91, na Subseção VII, arts. 71 a 73.

A Lei 11.770/2008 trouxe a possibilidade de dilatar o prazo da licença-maternidade mediante a adesão da empresa ao Programa Empresa Cidadã. Desta forma, o prazo pode ser prorrogado por mais 60 (sessenta) dias, totalizando 180 (cento e oitenta) dias de afastamento, caso em que a pessoa jurídica tributada com base no lucro real poderá deduzir do imposto devido o total da remuneração integral da empregada pago nos dias de prorrogação. Observa-se que, nas mesmas condições, a licença-paternidade pode passar de 05 (cinco) a 20 (vinte) dias.

Além dos dispositivos supracitados, os quais criam o direito à licença-maternidade, o definem, estabelecem seu âmbito de incidência e seus destinatários, alguns princípios guardam estrita relação com o exame jurisprudencial ora realizado. Sobre os princípios, Lima (2020, p. 37) ressalta a importância de sua utilização para a compreensão, interpretação e concretização do direito positivo, de forma a adequar a justiça nas relações familiares. Em relação à concessão da licença-maternidade à mulher não gestante, Lima (2020) esclarece que

os princípios têm assento na Constituição Federal de 1988, e, lado a lado com os direitos fundamentais - individuais, sociais e coletivos - nela prescritos, constituem a base do programa normativo da licença-maternidade postulada, indispensável para o enfrentamento do tema proposto, constituindo alicerce sólido, não só para

compreender melhor as relações familiares homoafetivas, mas, igualmente, para conceder a elas a concretização de um direito que esteja próximo do ideal de Justiça. Para que isso aconteça, os princípios constitucionais devem ser vistos como normas de fechamento e não de otimização. (LIMA, 2020, p. 38)

Inicialmente, ressalta-se que já resta consolidado, tanto na doutrina quanto na jurisprudência brasileira, que a licença-maternidade tem como objetivo não somente a proteção à mãe, com vistas à sua recuperação física-psíquica, mas também a proteção à criança e ao adolescente. Tanto é que tal direito é assegurado em caso de adoção, conforme já citado anteriormente. Dentro desta perspectiva, a extensão da licença-maternidade à mãe não gestante em relacionamento homoafetivo observa os princípios norteadores do ECA, destacando-se o Princípio da Prioridade Absoluta e o Princípio do Melhor Interesse do Menor.

O Princípio da Prioridade Absoluta está previsto na Constituição Federal, em seu art. 227, e no art. 4º, do ECA, e estabelece que os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, dentre eles o direito à convivência familiar, devem ser garantidos não só pela família, mas pela sociedade e pelo poder público com absoluta prioridade. Destarte, as crianças e adolescentes devem ter preferência na formulação e execução de políticas públicas, e.g., bem como destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas de proteção à infância e juventude.

Conforme Almeida (2010, p. 25) a proteção a crianças e adolescentes deve ser encarada como uma “meta prioritária”, caracterizando-se como uma norma de eficácia imediata. Nas palavras de Lima (2020, p. 55) o princípio da Prioridade Absoluta “justifica-se pela maior vulnerabilidade e fragilidade das crianças, sobretudo, do neonato, autorizando, com efeito, atribuir-lhes um tratamento especial de proteção, para que consigam se estruturar como pessoa humana e se autogovernar”. Dito isso, resta claro que o convívio entre a criança e suas mães é um direito que lhes deve ser garantido prioritariamente através da concessão da licença-maternidade.

O Princípio do Melhor Interesse do Menor, por sua vez, orienta que todas as ações ligadas a crianças e adolescentes atendam a seus interesses, zelando por sua boa formação e criação. Lima (2020, p. 55) explica que tal princípio significa que a criança, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade, deve ter seus interesses tratados com prioridade, tanto na elaboração como na aplicação das normas jurídicas, especialmente àquelas afetas as relações familiares.

Para Barboza (2000, p. 206), este princípio pode ser entendido como critério hermenêutico bem como cláusula genérica que promove os direitos fundamentais garantidos pela Constituição às crianças e adolescentes. A autora continua afirmando que com a Constituição de 88 o princípio ora analisado passou a ser obrigatoriamente observado, com caráter de absoluta prioridade, em quaisquer questões que envolvessem crianças e adolescentes, de maneira que tal princípio subsume-se à extensão da licença-maternidade, haja vista que o convívio da criança com a mãe traz benefícios para ambos.

Outro princípio que está intimamente ligado à extensão da licença-maternidade é o Princípio da Igualdade, previsto em nosso ordenamento jurídico no art. 5º, caput, da CF. A igualdade divide-se em igualdade formal, material e prospectiva. A primeira é a igualdade perante a lei, significa conferir tratamento equânime para todos, no entanto não leva em consideração as diferenças sociais dos indivíduos. Já a igualdade material vai além do plano jurídico-formal, buscando efetivar os direitos daqueles mais vulneráveis, que estão em situação de desigualdade. A efetivação da igualdade material, também chamada de substancial, deve ser feita através do legislador e dos operadores do direito, os quais devem buscar reparar as disparidades criadas pela sociedade ao longo dos anos. Acerca do tema, Lima (2020, p. 44) explica que a igualdade material “acolhe a normatividade vinculante dos princípios constitucionais, onde a principal consequência é a eficácia dos direitos fundamentais e o reconhecimento da força normativa do princípio da igualdade para todo ordenamento jurídico na efetiva redistribuição de poder social”.

Já a igualdade prospectiva é a construção dos institutos e das instituições jurídicas a partir dos fatos sociais e culturais, seja pela força constitutiva dos fatos, seja por imposição da realidade humana e social (2020, p. 44).

Assegurar a licença-maternidade à mãe não gestante homoafetiva é colocar em prática a igualdade material e prospectiva a um grupo de pessoas que se encontra em vulnerabilidade por dois aspectos: pelo gênero e pela orientação sexual. Reconhecer tal direito significa admitir a existência de diversos tipos de entidades familiares e adequar a legislação à realidade, reconhecendo-se a necessidade de promover tratamento diferenciado para a concretização de seus direitos.

Relacionado com o Princípio da Igualdade e ao caso em exame está o Princípio da Não Discriminação. Nas palavras de Lima (2006, p. 133), “a discriminação é entendida como uma distinção desfavorável alicerçada em um determinado motivo, de caráter antijurídico e

desprovida de razoabilidade e racionalidade”. Destarte, para Bondo (2015, p. 12), “o princípio da não discriminação supõe que deve ser dado um cuidado igual a indivíduos em situações iguais e implica a existência de uma norma que determine essa igualdade de tratamento.”

À mãe não gestante não pode ter negado seu direito à licença-maternidade e receber tratamento diferenciado por não ter gerado a criança em seu ventre, haja vista estar em situação de igualdade com a mãe gestante já que o benefício, como dito anteriormente, não tem como único objetivo a recuperação física-psíquica da parturiente, devendo receber tratamento igualitário por também ser destinatária do direito conforme ordenamento jurídico pátrio.

Outro Princípio que deve ser aplicado na extensão da licença-maternidade é o Princípio da Proporcionalidade. Para Barroso (2010, p. 305-306), o Princípio da Proporcionalidade possibilita a interpretação da norma no caso concreto, a qual deve ser feita com vistas ao fim constitucional da norma ou do sistema jurídico. Ou seja, imprescindível ter em mente, na extensão do benefício, o fim social da licença-maternidade. Correlaciona-se a esse princípio o art. 5º, da LINDB, a qual determina que na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana também deve ser considerado na extensão do direito, princípio este de suma importância. A dignidade da pessoa humana está definida na Constituição, em seu art. 1º, III, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Nas palavras de Andrade (2003, p. 317), pode-se entender a dignidade da pessoa humana como “o conjunto de direitos existenciais compartilhados por todos os homens, em igual proporção”, haja vista que o mesmo é inerente à condição humana. O autor continua ao defender que a titularidade dos direitos existenciais independe até da capacidade da pessoa de se relacionar, expressar, comunicar, criar e sentir, de forma que dispensa a autoconsciência ou a compreensão da própria existência.

O conceito de dignidade da pessoa humana está ligado ao ordenamento jurídico como um todo e às percepções históricas e culturais de cada país, podendo ser classificado como um conceito jurídico indeterminado. Entende-se que são pilares da dignidade humana o Princípio da Igualdade, que para Andrade (2003, p. 318) significa dizer que os homens devem ter os seus interesses igualmente considerados, independentemente de raça, gênero, capacidade ou outras características individuais, e o da Liberdade, aqui se compreendendo

como o exercício pleno dos direitos do homem, o que pressupõe a existência de condições materiais mínimas (2003, p. 319).

A dignidade da pessoa humana é algo inerente a todos. Ao negar à mãe não gestante e à criança seu direito à licença-maternidade e todas as consequências que dela decorrem, tais como a criação de um vínculo familiar, a proteção à criança, à infância e à maternidade, nega-se também o respeito à dignidade tanto da mãe quanto do filho, impedindo o gozo de todos os direitos que lhes são garantidos.

Lima (2020, p. 39) aponta a relação entre a dignidade humana e as diferentes estruturas familiares ao afirmar que a família é um espaço de realização existencial e afirmação de dignidade, de maneira que para lidar com as mudanças sociais familiares não basta a simples interpretação literal do texto constitucional, é preciso buscar no âmbito normativo – constituído por elementos empíricos de todas as áreas da ciência, como da sociologia, da psicologia e da psicanálise – os conteúdos complementares e indispensáveis à compreensão e concretização da dignidade da pessoa humana no caso concreto.

Desta forma, imprescindível que se perceba a existência de famílias constituídas por duas mães e que se busque maneiras de preencher as lacunas do ordenamento jurídico brasileiro para garantir a essas mulheres seu direito de exercer plenamente a maternidade promovendo assim a sua dignidade.

Observa-se que o tema ora analisado perpassa diversos direitos garantidos pela Organização Internacional do Trabalho, pela Constituição Federal, pela legislação infraconstitucional e por princípios constitucionais e infraconstitucionais.

Em relação aos fundamentos legais utilizados pela parcela da jurisprudência que entende pela impossibilidade da extensão da licença-maternidade, citam-se os arts. 392-A, §5º e 392-B, ambos da CLT, já destrinchados anteriormente. Alega-se que a limitação destes artigos a apenas um dos adotantes ou guardiães da criança, e a garantia de licença à gestante, a menos que esta venha a falecer, caso em que será gozada por seu cônjuge ou companheiro, impossibilitam a concessão da licença-maternidade a mais de uma pessoa.

Da mesma forma, o art. 71-A, em seu §2º, da Lei 8.213/91, ao tratar do salário-maternidade, estabelece que o mesmo só pode ser concedido a um segurado no mesmo processo de adoção ou guarda, independentemente do Regime a que estejam submetidos, o que vedaria a extensão do benefício.

O principal argumento utilizado para a não concessão da licença à mãe não gestante é o atendimento ao Princípio da Legalidade, este elencado no art. 37, caput, da Constituição Federal. O princípio da legalidade limita a atuação da Administração Pública, de forma que toda atividade administrativa deve ser autorizada por lei. É extremamente importante o efeito do princípio da legalidade no que diz respeito aos direitos dos indivíduos. Como preleciona Carvalho Filho (2013, p. 20), “o princípio se reflete na consequência de que a própria garantia desses direitos depende de sua existência, autorizando-se então os indivíduos à verificação do confronto entre a atividade administrativa e a lei”.

Destarte, a falta de previsão jurídica acerca do caso em comento e de autorização legal, por si só, já obstaría a concessão da licença-maternidade. Partindo do argumento de que não há lei que autorize a concessão do benefício, defendem a aplicação do Princípio da Igualdade, o qual já foi examinado anteriormente. Desta maneira, no caso de pares homoafetivos formados por mulheres, deve-se dar o mesmo tratamento que é oferecido aos casais heteroafetivos ou homoafetivos formados por homens, de maneira igualitária.

Por esta perspectiva, a ADI 4.277 e a ADPF 132, que reconheceram a união homoafetiva como instituto jurídico, fazendo-se uma interpretação não-reducionista da Constituição Federal e do Código Civil, e deferindo os mesmos direitos aos casais homoafetivos, corroborariam com esse entendimento. Ou seja, a vedação ao tratamento desigual a pares homoafetivos consolidaria a aplicação da licença-maternidade nos mesmos termos dos pares heteroafetivos. Sobre o tema, Lima (2020, p.72) discorre que tal argumento é impreciso e genérico, considerando-se que não se pode falar que os casais homoafetivos do sexo feminino estão na mesma condição de igualdade substancial dos outros tipos de casais em razão de fatores biológicos e existenciais, bem como por estarem sujeitos a preconceitos.

Outro princípio que tornaria impossível a extensão do direito é o da Moralidade, o qual estabelece que a Administração Pública observe os preceitos éticos em suas ações. Tal princípio encontra-se no art. 37, caput, CF, e, de acordo com Carvalho Filho (2013, p. 22), está intimamente ligado ao Princípio da Legalidade, pois há ofensa direta à lei, além de violar o Princípio da Legalidade, também pode se caracterizar como imoralidade. Além disso, também haverá ofensa ao Princípio da Moralidade no tratamento discriminatório, positivo ou negativo, ao administrado. Para Bester (apud Cunha) “o ato e a atividade da Administração devem obedecer não somente à lei, mas também à moral, ligando a moralidade ao conceito

de bom administrador, que é quem faz o melhor e mais útil para o atingimento do interesse público”.

Entende-se, ainda, que a concessão da licença-maternidade à mãe não gestante iria de encontro ao Princípio da Separação dos Poderes, elencada na Constituição Federal em seu art. 2º. Sobre a Separação dos Poderes, Moraes (apud Lustosa, 2012) discorre:

A Constituição Federal, visando, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado democrático de Direito. (MORAES *apud* LUSTOSA, 2012, p. 16)

Desta maneira, haveria uma invasão de competência do Legislativo pelo Judiciário ao estender o direito à mãe não gestante já que o mesmo ainda está previsto em nosso ordenamento jurídico.

6 CONCLUSÃO

Inicialmente, salienta-se que a legislação de cada país é um reflexo de sua sociedade, e vivemos em uma sociedade patriarcal em que a mulher é posta em posição de inferioridade constantemente. Tanto o é que se precisam de leis de proteção à mulher, nas quais se enquadram as normas de proteção à maternidade.

A diferenciação entre a licença-maternidade e a licença-paternidade é apenas mais um reflexo do patriarcado, que impõe à mãe dedicação quase exclusiva ao filho, enquanto o pai participa minimamente de sua criação. Por este viés, nada seria mais lógico que dar à mulher 120 (cento e vinte) dias de licença e ao pai somente 05 (cinco) dias.

No entanto, o reconhecimento das relações homoafetivas como entidades familiares, bem como a proteção aos seus direitos, significa um avanço no enfrentamento do patriarcado, e aqui entra em pauta a discussão acerca da extensão da licença-maternidade à mãe não gestante em relacionamento homoafetivo. É inegável a importância da análise dessa extensão, tendo em vista a ausência de sua previsão legal e o alto número de pessoas que recorrem ao Judiciário em busca de um posicionamento favorável que garanta seus direitos.

É notável a admissão da legalidade de direitos das pessoas LGBTQ+ através da ADI 4.277 e da ADPF 132 pelo STF, haja vista a adequação do ordenamento jurídico à realidade brasileira. As leis devem se adequar à realidade, e não o contrário. O direito é uma ciência em constante evolução, e é dever do Poder Judiciário, bem como do Legislativo, a observância da sociedade, de suas necessidades e de suas demandas.

O reconhecimento das relações homoafetivas é algo muito recente. Assim como a união estável e o casamento foram-lhes garantidos, a extensão da licença-maternidade à mãe não gestante é uma consequência dessa aclamação. Desta forma, não se pode negar um direito a determinado grupo de indivíduos através da justificativa de que o ordenamento jurídico não prevê tal situação.

A mulher, esteja ela em um relacionamento hétero ou homoafetivo, ou até mesmo em nenhum relacionamento, se decidir ser mãe, seja gerando, adotando, ou por meio de métodos de fertilização, deve ser entendida e reconhecida como tal, tendo garantidos todos seus direitos. Aplica-se aqui o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Não importa se dentro de um relacionamento haja duas mães, ambas devem gozar da licença-maternidade e do salário-maternidade, conforme estabelece a Constituição Federal em seus artigos 7º, XVIII, 6ª c/c 201, II, e 203, I, assim como a CLT em seu art. 392 e na Lei 8213/91, em seu art. 71.

Não resta dúvida de que a limitação do art. 392-A, §5º, da CLT, não levou em consideração os casais homoafetivos formados por mulheres. Desta forma, deve ser feita uma interpretação integrativa e sistemática das normas que regulamentam a licença-maternidade, de acordo com a Constituição Federal, a legislação infraconstitucional e os princípios gerais do direito, dentre eles os Princípios da Igualdade e da Não Discriminação.

Observa-se que utilizar o Princípio da Igualdade como argumento para negar a extensão da licença-maternidade é ir de encontro à sua aplicação substancial, já que não se pode dizer que os homoafetivos recebem ao longo de sua vida o mesmo tratamento que os heteroafetivos, tampouco que as mulheres percebem o mesmo trato que os homens. Como desiguais devem receber tratamento desigual, na medida de sua desigualdade, para que enfim seja garantida a igualdade. Deve-se ter em mente que se está diante de um grupo duas vezes discriminado: por seu gênero e por sua orientação sexual.

Insta salientar, ainda, o objetivo da licença-maternidade. A ideia de que a licença-maternidade é devida tão somente para a recuperação física-psíquica da gestante é ultrapassada, tanto o é que a mesma pode ser gozada em casos de adoção ou guarda judicial,

inclusive por homens, estejam eles em famílias biparentais ou monoparentais, ou ainda nos casos em há morte da genitora, ocasião em que o cônjuge ou companheiro terá assegurada a licença, conforme preleciona os arts. 392-A, 392-B e 392-C, da CLT.

Ou seja, o fato de o direito ser concedido quando não há gestação só ratifica o entendimento de que a licença vai além da recuperação biológica da mulher, mas visa à criação de um vínculo entre os pais e o filho(a), à proteção da criança e do adolescente, à convivência familiar e aos interesses da criança, conforme os Princípios da Prioridade Absoluta e do Melhor Interesse do Menor. Mediante este posicionamento adotado pela legislação pátria, não há vinculação do direito à gestante, nem qualquer impedimento para que ambas as mães recebam a licença-maternidade, muito pelo contrário, pois só traria benefícios para a criança.

Em relação ao argumento utilizado por aqueles que são contra a extensão da licença-maternidade de que os casais heteroafetivos e homoafetivos formados por homens estariam em desvantagem em relação aos casais homoafetivos formados por mulheres, pressupondo-se que os pares homoafetivos devem receber os mesmos direitos e tratamento que os heteroafetivos, deve-se salientar que esse desfavorecimento é consequência do sistema patriarcal em que a sociedade brasileira está inserida. A mulher é vista como a única responsável pelo filho e pelo lar, enquanto o homem ocupa uma posição de coprotagonista na seara familiar.

A saída para acabar com essa desvantagem não é limitar um direito constitucionalmente garantido à mulher ou condicioná-lo a determinada situação em que ela se encontre, como é defendido atualmente por parcela da doutrina e da jurisprudência, de maneira que se a mãe parturiente gozar a licença-maternidade, a mãe não gestante não pode recebê-la.

Para acabar com a desvantagem ora mencionada deve-se dilatar o prazo da licença-paternidade ou instituir uma licença-parental no país, tendo em vista que o prazo da licença-paternidade é extremamente curto, não sendo suficiente para o estabelecimento de uma conexão entre o pai e a criança ou adolescente.

Desta maneira, haveria uma ruptura na visão da mulher como principal responsável pelo trabalho reprodutivo e doméstico, com o homem assumindo suas responsabilidades nas tarefas do lar, e conseqüentemente com uma redução na desigualdade de gênero em âmbito trabalhista, haja vista que muitas mulheres têm seu contrato de trabalho rescindido após

virarem mães, sendo o gênero feminino fator de análise na hora da contratação pelo empregador.

Diante de todo o exposto, entende-se que deve haver a concessão da licença-maternidade à mãe não gestante em relacionamento homoafetivo, ainda que a legislação atual limite a percepção da licença a apenas uma pessoa do mesmo relacionamento, com vistas ao melhor interesse da criança, ao vínculo familiar e ao gozo dos direitos garantidos às mulheres na Constituição e na legislação infraconstitucional, bem como nos princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro.

Tendo em vista a necessidade de adequação das leis e entendimentos jurídicos à sociedade, além do tratamento diferenciado que deve ser promovido àqueles que vivem em situação de desigualdade imposta pelas concepções ultrapassadas da sociedade patriarcal, deve ser realizada uma interpretação conforme a Constituição para que haja uma mudança nas normas atuais, a fim de enxergar as mulheres homoafetivas como destinatárias da licença-maternidade pelo simples fato de serem mulheres e mães, independentemente da situação vivenciada em seus relacionamentos afetivos.

7 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Mágida Cristiane de. A educação básica e o princípio da prioridade absoluta. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 66, p. 21-32, 2010.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 316-335, 2003.

BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: *Congresso Brasileiro de Direito de Família – A família na Travessia do Milênio*, 2, 2000, Belo Horizonte. Anais... Belo Horizonte: 2000, p. 201-214.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BESTER, Gisela Maria. apud CUNHA, Marcus Vinicius Ribeiro. *O princípio da moralidade administrativa: por uma definição de parâmetros hermenêuticos sensíveis ao pluralismo e à segurança jurídica*. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito “Jacy de Assis” – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2015.

BONDO, Pitra Antônio dos Santos. *Princípio da não discriminação*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito – Escola do Porto, Universidade Católica Portuguesa. Porto, 2015.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Organização dos textos por Renato Saraiva, Aryanna Linhares e Rafael Tonassi Souto. 21 ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

_____. *Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Dispõe sobre a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 9 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm.

_____. *Lei 8.069 de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul. 1990.

_____. *Lei 8.213 de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 25 jul. 1991.

_____. *Lei nº 11.770 de 9 de setembro de 2018*. Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991. Diário Oficial da União, Brasília, 10 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF*. Relator: Min. Ayres Britto -Tribunal Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 05 mai. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 14 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ*. Relator: Min. Ayres Britto -Tribunal Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 05 mai. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 14 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 1211446 RG/SP*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 7 nov. 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/172606030/processo-n-1028794-7820178260564-do-tj-sp>. Acesso em: 14 dez. 2020.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. *Processo - DF 0706292-70.2019.8.07.0018*. Relator: Almir Andrade de Freitas. Brasília, 03 jun. 2020. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/858056145/7062927020198070018-df-0706292-7020198070018/inteiro-teor-858056165?ref=juris-tabs>. Acesso em: 14 dez. 2020.

FIGUEIREDO, Douglas Tanus Amari Farias de. Salário maternidade para a mãe não gestante de casal homoafetivo. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 23, n. 5415, 29 abr. 2018.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 26 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas S.A., 2013.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. Breves considerações sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. *Revista Brasileira de Filosofia*, v. 236, p. 161-182, 2011.

GONÇALVES, Mirele Carneiro. *Licença-maternidade para casais homoafetivos*. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Bacharel de Direito) - Faculdade de Direito "Jacy de Assis" - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2017.

GOSDAL, Thereza Cristina. apud MATOS, Ana Carla Harmatiuk; SILVA, Débora Simões da. Licença-parental e o enfrentamento da desigualdade de gênero no mercado de trabalho e âmbito familiar. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Rio de Janeiro, vol. 5, p. 10- 25, jul/set. 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Trabalho*. 12 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

LIMA, Firmino Alves. *Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

LIMA, João Roberto Alves de; TELES, Débora Leticia Nogueira de Almeida. Salário-maternidade – da duplicidade a casais homoafetivos compostos por uma mãe gestante e outra não. *ETIC – Encontro de Iniciação Científica*, v. 16, n. 16. 2020.

LIMA, Tullius Marcus Fiuza. *O direito à licença-maternidade para casais homoafetivos femininos*. Dissertação (Mestrado profissional em direito) - Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília - DF, 2020.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; SILVA, Débora Simões da. Licença-parental e o enfrentamento da desigualdade de gênero no mercado de trabalho e âmbito familiar. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Rio de Janeiro, vol. 5, p. 10- 25, jul/set. 2015.

MORAES, Alexandre de. apud LUSTOSA, Jorge Carlos Silva. *A legitimidade do poder normativo das agências reguladoras: análise a partir do princípio constitucional da separação dos poderes*. Monografia (Pós-graduação Lato-Sensu) – Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília – DF, 2012.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção sobre o amparo à maternidade (nº 103)*: aprovada na 35ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, Genebra, em 04 de julho de 1952. Disponível em: https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/conv_103.pdf. Acesso em: 14 dez. 2020.

PANDOLFO, Jonatha Rafael. Novas perspectivas das licenças maternidade e paternidade a partir da homoparentalidade. *Revista da ABET – Associação Brasileira de Estudos do Trabalho*, Paraíba, v. 16, n. 2, p. 56-74, jul./dez. 2017.

POZZETTI, Valmir César; LEITE, Kaleen Sousa. Licença-maternidade nas relações homoafetivas: um olhar sob o princípio da isonomia material. In: *Congresso Brasileiro de Direito Empresarial e Cidadania – CONBRADEC*, 8, 2019, Curitiba. Anais. Curitiba: 2019, p. 422-429, v. 1, n. 28.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Processo - 71008100851 RS*. Relator: Mauro Caum Gonçalves. Porto Alegre, 27 fev. 2019. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/684615815/recurso-civel-71008100851-rs/inteiro-teor-684615825?ref=juris-tabs>. Acesso em: 14 dez. 2020

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Processo - 1024727-85.2016.8.26.0053*. Relator: Antonio Celso Aguilar Cortez. São Paulo, 24 jul. 2017. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/520040302/10247278520168260053-sp-1024727-8520168260053/inteiro-teor-520040317?ref=juris-tabs>. Acesso em: 14 dez. 2020.

_____. Tribunal de Justiça. *Processo - 1029429-10.2015.8.26.0506*. Relator: Marrey Uint. São Paulo, 7 nov. 2017. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/521115247/10294291020158260506-sp-1029429-1020158260506/inteiro-teor-521115272?ref=juris-tabs>. Acesso em: 14 dez. 2020.

_____. Tribunal de Justiça. *Processo - 1028794-78.2017.8.26.0564*. Relator: Eduarda Maria Romeiro Corrêa. São Paulo, 23 dez. 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/172606030/processo-n-1028794-7820178260564-do-tjsp>. Acesso em: 14 dez. 2020.

A INCORPORAÇÃO DO ESTATUTO DE ROMA NO DIREITO BRASILEIRO E O
APARENTE CONFLITO COM AS NORMAS CONSTITUCIONAIS: DA PRISÃO PERPÉTUA
E ENTREGA DE NACIONAIS

*THE INCORPORATION OF THE ROME STATUTE INTO BRAZILIAN LAW AND THE
APPARENT CONFLICT WITH CONSTITUTIONAL RULES: LIFE IMPRISONMENT AND
SURRENDER OF NATIONALS*

Mônica Teresa Costa Sousa;¹

Elder Maia Goltzman;²

Izabela de Oliveira Trajano.³

Resumo: O presente trabalho tem por problema de pesquisa investigar o conflito de normas entre a previsão de prisão perpétua (art. 77) e da entrega de pessoas (art. 89) no Estatuto de Roma e a vedação à prisão perpétua (art. 5º, XLVII, 'b') e extradição (art. 5º, LI) previstas na Constituição Federal. Para tanto, objetiva analisar o histórico do Tribunal Penal Internacional, seus princípios, características e competências, bem como o papel do Brasil na sua instituição e o processo de incorporação do Estatuto de Roma no direito brasileiro e com qual natureza jurídica foi incorporado, a fim de averiguar as possíveis incompatibilidades do Estatuto com o direito interno acerca da previsão de prisão perpétua e entrega de nacionais. Assim, através do método indutivo e pesquisa de natureza qualitativa, realizada por intermédio de uma abordagem bibliográfica e documental, visa delinear se o conflito é real ou aparente, e qual a solução para controvérsia. A hipótese suscitada é a de que o Estatuto é compatível com o direito brasileiro, pois as disposições da Constituição Federal voltam-se para o direito interno, enquanto as do Estatuto aplicam-se ao direito internacional.

Palavras-chave: Tribunal Penal Internacional. Estatuto de Roma. Brasil. Prisão Perpétua. Entrega de nacionais.

Abstract: The present study has as the research problem to investigate the conflict of rules between the provision of life imprisonment (art. 77) and the surrender of national (art. 89) in the Rome Statute and the prohibition of life imprisonment (art. 5, XLVII, 'b ') and extradition (art. 5, LI) in the Federal Constitution. For that, it aims to analyze the International Criminal Court and its history, its principles, characteristics and competence, as well as the role of the

¹ Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema e Justiça e do Mestrado em Cultura e Sociedade, ambos na UFMA.

² Mestrando em Direito e Instituições do Sistema de Justiça na UFMA. Pós-graduado em Direito Administrativo. Servidor da Justiça Eleitoral.

³ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Pesquisadora do NEDID/ UFMA- Núcleo de Estudos em Direito Internacional e Desenvolvimento.

Artigo recebido em 11/04/2021 e aprovado para publicação em 09/10/2021.

Federative Republic of Brazil in its institution and the process of incorporating the Rome Statute into the Brazilian law system, examining under which legal nature it was incorporated in order to investigate the possible incompatibilities of the convention with the domestic law in regard to the provision of life imprisonment and surrender of national citizens. Thus, through the inductive method and qualitative research, carried out through a bibliographic and documentary approach, it aims to outline whether the normative conflict is real or apparent, and what the solution to controversy is. The hypothesis raised is that the Statute is compatible with Brazilian law, since the provisions of the Federal Constitution turn to domestic law, while those of the Statute apply to international law.

Keywords: International Criminal Court. Rome Statute. Brazil. Life imprisonment. Surrender of nationals.

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que a ideia de uma corte internacional penal com jurisdição universal sempre esteve em conflito nas resistências oriundas da soberania estatal e jurisdição penal internacional. Mesmo assim, em 1998 houve a aprovação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, o Estatuto de Roma, no qual foi estabelecida uma instância judicial permanente e competente para julgar os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e agressão (CARDOSO, 2012). Pautado na primazia dos sistemas judiciais nacionais e no princípio da complementariedade, foi criado para atuar somente em casos excepcionais, em contextos de conflitos armados e graves violações aos direitos humanos.

Em 2002, o Brasil aderiu ao Estatuto de Roma, acontecimento que Biato (2012) entendeu como uma forma do país reconhecer sua posição como potência emergente, abrindo margem para uma participação mais ativa no contexto internacional. Essa adesão não ocorreu de forma imediata; ao contrário, deu-se em um contexto cadenciado, vez que a incorporação do Estatuto de Roma na ordem jurídica constitucional brasileira enfrentou e ainda enfrenta desafios.

Dentre tais obstáculos, dois conflitos se destacam: a previsão de prisão perpétua (art. 77) e da entrega de pessoas (art. 89) no Estatuto de Roma e sua possível incompatibilidade com o ordenamento constitucional brasileiro. Nesse sentido, duas correntes se sobressaem: a primeira, que postula pela integral inconstitucionalidade dos dois dispositivos, e uma segunda corrente, que defende uma conformidade do Estatuto com a Constituição Federal.

Assim, o problema residiu no seguinte questionamento: como compatibilizar a previsão de prisão perpétua e a de entrega de nacionais, aparentemente violadoras de

cláusulas pétreas, com a ordem constitucional interna, uma vez que o Estatuto de Roma não admite reservas?

Em tal cenário, a hipótese levantada é a de que é possível sim uma harmonização, por força dos próprios preceitos observados no art. 7º ADCT e parágrafos § 2º e § 4º do artigo 5º da Constituição Federal, além das disposições expressas no Estatuto de Roma que explicitam seu caráter subsidiário.

O método utilizado foi o indutivo, com pesquisa de natureza qualitativa, realizada por intermédio da pesquisa bibliográfica com revisão literária, bem como pesquisa documental, em que se utilizou de uma abordagem crítica de leitura e interpretação dos dados coletados no material bibliográfico e documental com fulcro de fundamentar a hipótese levantada. A busca foi pautada em artigos, teses e dissertações publicadas na base de dados *Scientific electronic library on-line* (SciELO), Google Acadêmico e Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações (BDTD), com enfoque nos seguintes descritores: Tribunal Penal Internacional, Brasil, Estatuto de Roma, prisão perpétua, entrega de nacionais e Supremo Tribunal Federal. A pesquisa documental foi orientada por intermédio de consultas à legislação nacional e internacional, jurisprudência e decisões do Supremo Tribunal Federal, com enfoque na Constituição Federal de 1988, bem como no Decreto Nº 4.388 de 25 de setembro de 2002.

Retira-se a relevância do presente tema em razão de sua atualidade e da importância da incorporação de tratados referentes aos direitos humanos no âmbito interno, assim como a necessidade de fortalecimento da jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Ademais, tem-se que o tema é alvo de controvérsia doutrinária tanto na esfera nacional quanto na internacional.

Constituíram objetivos da pesquisa delinear um panorama geral sobre o histórico do Tribunal Penal Internacional, o papel do Brasil na sua instituição e o processo de incorporação do Estatuto de Roma e com qual natureza jurídica foi incorporado, bem como analisar as possíveis incompatibilidades da Convenção com o direito interno, de forma a verificar a legalidade das previsões de pena perpétua e entrega de nacionais, bem como observar as decisões do Supremo Tribunal Federal referentes ao tema.

Portanto, tendo como foco a incorporação do Estatuto de Roma, busca-se entender até que ponto as previsões dessa convenção se coadunam com a legislação pátria.

2 UM BREVE HISTÓRICO DO TPI

Como lembra Mazzuoli (2004), a origem histórica do TPI possui ligação intrínseca com as incontáveis violações aos direitos humanos vistas no período do Holocausto. Com a comoção internacional oriunda dos graves crimes cometidos pelos nazistas no período pós-Segunda Guerra, foi evidenciada a primazia da necessidade de proteção dos direitos humanos em âmbito global, bem como o julgamento dos criminosos de guerra. Dessa forma, os países passaram a se mobilizar com o fulcro de criar um sistema internacional de proteção aos direitos humanos, inicialmente na figura de cortes militares internacionais convencionadas por tratados para processar e julgar indivíduos envolvidos em atos classificados como “crimes de guerra”.

Nesse contexto, criado pelo Estatuto de Londres do Tribunal Militar Internacional (Carta de Londres), surgiu o Tribunal de Nuremberg, sediado na Alemanha. Piovesan (2012) aponta algumas críticas tecidas em desfavor do tribunal: voltado para o julgamento dos integrantes do governo nazista alemão, tratou-se genericamente de uma corte de vencedores sobre vencidos, a qual se recusou a processar soldados aliados. Por isso, Oliveira (2006) salienta a violação do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege* e o princípio da imparcialidade do juiz. Assim sendo, foi marcado pela dispensa de padrões jurisdicionais internacionais e aplicação da lei de forma retroativa.

Outro relevante precedente para a criação do TPI foi o Tribunal de Tóquio ou Tribunal do Extremo Oriente. Originou-se na Conferência de Cairo, no Egito, em 1946. Assim como o Tribunal de Nuremberg, também visava condenar autoridades políticas e militares pelas barbaridades cometidas contra a humanidade, tipificando os seguintes ilícitos criminais: crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade. Detinha os mesmos defeitos do seu antecessor no que tange à aplicação da lei de forma retroativa e caráter de corte dos vencedores sobre vencidos, mas voltava-se para o âmbito do Japão imperial e continha uma composição mais diversificada de juízes (PIOVESAN, 2012). Oliveira (2006) expõe que Hitler, Mussolini e o imperador Hirofuto, os três líderes do Eixo, composto pela Alemanha, Itália e Japão, não foram julgados nem por Nuremberg nem pelo Tribunal de Tóquio. Isso porque Hitler cometeu suicídio, Mussolini foi julgado pelos cidadãos italianos e o imperador Hirofuto foi contemplado com a impunidade absoluta ao firmar o termo de rendição.

A ideia de uma corte internacional criminal manteve-se relegada até meados de 1990, após o fim da Guerra Fria e com o impulso oriundo dos processos de redemocratização em vários países na Europa, América, África e Ásia. As chamadas “limpezas étnicas”, a exemplo do que ocorreu na Bósnia, geraram uma mobilização social global contra as graves violações ao Direito Internacional Humanitário (DIH). Nessa acepção, Piovesan (2012) infere que a necessidade de criação de uma jurisdição internacional para graves violações aos direitos humanos foi reforçada na década de 90, em um contexto de genocídio ocorrido em países de diversas partes do globo, tais como Bósnia, Ruanda, Kosovo, Timor Leste e outros.

Diante desse quadro, pautado no artigo 41 da Carta das Nações Unidas, o Conselho tomou a iniciativa de indicar que um tribunal internacional seria estabelecido – o Tribunal Penal Internacional para Iugoslávia (TPII), instituído através da Resolução 827/1993, para lidar com os responsáveis por infringir o DIH durante os conflitos ocorridos no território da antiga Iugoslávia. Essa mesma solução foi adotada no caso do genocídio perpetrado em Ruanda, com a criação do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) por intermédio da Resolução 955/1994, encarregado de processar e julgar os responsáveis por genocídio e outras graves violações do DIH cometidas naquele país em 1994, bem como os cidadãos ruandeses responsáveis pelos mesmos crimes cometidos no território de países vizinhos.

A respeito do tema, Arruda e Mendes (2016) explicam que tanto os Tribunais de Tóquio e Nuremberg quanto o de Ruanda e ex-Iugoslávia trataram-se de tribunais de exceção, em razão de suas características de cortes não permanentes constituídas para julgamento de pessoas e fatos determinados. Dada a ausência de crimes e sanções previamente tipificadas, foram marcados pelo afastamento de princípios basilares do direito penal, como o do juiz natural, da anterioridade e legalidade.

Apesar das críticas, esses tribunais são considerados o marco inicial do Direito Internacional Penal, uma vez que introduziram importantes conceitos como a teoria da responsabilidade penal internacional dos indivíduos, segundo a qual Estados não poderão ser processados nem julgados pelo TPI, apenas indivíduos, e a desconsideração de imunidades de cargo ou função para fins de culpabilidade nos crimes de jurisdição internacional. Assim, nenhuma posição oficial ou alegação de mero cumprimento de ordem dos acusados serviria como escusa para os ilícitos praticados. Na concepção de Ramos (2012), o afastamento da imunidade dos agentes públicos constituiu um grande avanço no âmbito da responsabilização individual.

Lamounier e Romano (2019) postulam pela significativa contribuição da experiência desses tribunais para proteção dos direitos humanos no que diz respeito à busca de justiça às vítimas e na tentativa de inibir a prática desses crimes, práticas inexistentes anteriormente. Para as autoras, garantir uma proteção internacional do indivíduo e o acesso à instâncias internacionais sem firmar a responsabilidade criminal pessoal, ultrapassando as obrigações civis já imposta aos Estados, seria infrutífero (LAMOUNIER; ROMANO, 2019). Dessa forma, resta evidente como a atuação das cortes criminais antecessoras ao TPI foram fundamentais para a modulação deste em seus conformes atuais, além de terem realçado a necessidade de uma jurisdição internacional criminal para graves crimes contra os direitos humanos.

Esses tribunais *ad hoc*, apesar de promoverem uma evolução no que tange ao aspecto de tribunal dos vencedores sobre os vencidos verificado em Nuremberg, permaneciam vinculados ao Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU), uma vez que foram criados por resoluções do Conselho, não por tratados internacionais multilaterais. Conforme destaca Mazzuoli (2004), instituir tribunais *ad hoc* por intermédio de resoluções implica situá-los como órgãos subsidiários do CSNU, sendo necessário apenas nove votos dos seus quinze membros para a sua aprovação, de acordo com o art. 27, § 3º, da Carta das Nações Unidas. Além disso, conforme apontado por Mazzuoli (2004), o Conselho de Segurança sob nenhuma circunstância poderia criar tribunais com competência para julgar crimes cometidos por nacionais de países que ocupavam seus assentos permanentes. Assim, restava comprometida a imparcialidade dessas cortes criminais.

Não obstante os entraves, os trabalhos dos órgãos *ad hoc* representaram grande estímulo e tornaram viável o projeto da corte criminal permanente.

3 DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O ESTATUTO DE ROMA

Em 1998, na Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas, foi adotado o Estatuto de Roma e estabelecido o Tribunal Penal Internacional permanente, com sede em Haia, Holanda. Para Piovesan (2012), o Estatuto inovou ao tipificar violações não só na ordem internacional como também na ordem interna.

Determina o artigo 1º do Estatuto que o Tribunal “será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance

internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais.” (BRASIL, 2002).

Destarte, foi criado com escopo de uma instância judicial fixa, independente, justa e efetiva, dotada de personalidade jurídica internacional própria, com jurisdição sobre indivíduos, não sobre Estados, e crimes mais graves de transcendência internacional, além de ser subsidiário às jurisdições penais nacionais. Até 2021, cento e vinte e três países são signatários do Estatuto de Roma, sendo a maioria oriundo da África (33 países, de acordo com o site oficial do TPI). O último país a ter aprovado o tratado foi Kiribati, em 26 de novembro de 2019.

Um aspecto relevante diz respeito ao fato de tratar-se de um tribunal independente, podendo inclusive, em situações excepcionais, demandar nacionais de países não signatários (MAZZUOLI, 2011). Foi o ocorrido em 2008, com o pedido de prisão cautelar do ditador do Sudão – país que não acatou o Estatuto de Roma – Omar Ahmad Al-Bashir, acusado de cometer genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

Sobre o funcionamento do Tribunal, ressalta-se que são princípios que orientam suas atividades, tipificados entre os artigos 10 a 13 e 20 a 33 do Estatuto de Roma: a competência somente para crimes cometidos após a entrada em vigor do Estatuto; o caráter de complementariedade da jurisdição do TPI em relação às jurisdições internas; *ne bis in idem*, segundo o qual nenhuma pessoa será julgada pelo Tribunal por ato que já tenha sido condenada ou absolvida; responsabilidade individual e subjetiva; legalidade e vedação da analogia; imprescritibilidade; anterioridade da lei penal; irretroatividade, salvo para benefício do réu; exclusão da jurisdição em relação aos menores de 18 anos; irrelevância da qualidade oficial; inescusabilidade da culpa em crime cometido em obediência à ordens superiores.

Quanto à competência da Corte Penal Internacional, Arruda e Mendes (2016) propõem uma divisão sob três ópticas: competência temporal (*ratione temporis*), competência material (*ratione materiae*) e competência territorial (*ratione loci*).

No tocante à primeira, define o art. 11 do Estatuto que a competência do Tribunal é voltada somente aos crimes cometidos após sua entrada em vigor, em 01 de setembro de 2002. Acrescenta, também, caso um Estado aceite a jurisdição do Tribunal, este só poderá julgar crimes cometidos após a ratificação do tratado, a menos que o Estado tenha aceitado a competência do Tribunal mediante declaração depositada junto do Secretário (art. 12, § 3º).

Nesses termos, primou-se pelo princípio da legalidade e irretroatividade (ARRUDA e MENDES, 2016).

Adiciona-se que, conforme o art. 124, é facultado ao Estado formular uma declaração indicando que, por um período de sete anos a contar da data da entrada em vigor do Estatuto no seu território, não aceitará a competência do Tribunal relativamente à categoria de crimes de guerra (art. 8º), quando haja indícios de que um crime tenha sido praticado por nacionais seus ou no seu território (BRASIL, 2002).

Quanto à competência *rationae materiae* da Corte, são quatro os delitos previstos, elencados nos artigos 5 a 8 do Tratado: crimes de guerra, crimes contra a humanidade, crimes de agressão e genocídio. Importa ressaltar que, a teor do artigo 5 do Estatuto, é necessário a qualidade de crime grave que afete a comunidade internacional como um todo para configuração da jurisdição do TPI.

Interessa salientar, conforme lembra Piovesan (2012), que a jurisdição do TPI se volta apenas para maiores de dezoito anos, embora desconsidere imunidades funcionais que em algumas Constituições, a exemplo da brasileira, atingem os atos ilícitos cometidos no exercício da capacidade funcional. Dessa forma, nos termos do art. 27 do Tratado: “O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial.” (BRASIL, 2002).

No que tange à competência territorial (*ratione loci*), Arruda e Mendes (2016) a dividem em duas: competência territorial ordinária e competência territorial extraordinária. Aquela é exercida para com os Estados que se submeteram à jurisdição do TPI, correspondendo ao fato de que a corte atuará em qualquer ocorrência de crimes tipificados no Estatuto cometidos em domínios territoriais de países que tenham ratificado o Estatuto.

Já a competência territorial extraordinária diz respeito à possibilidade de a Corte exercer sua jurisdição mesmo em países que não tenham aceitado se submeter ao Estatuto, em razão de previsão esculpida no artigo 13, ‘b’, deste, o qual Arruda e Mendes (2016, p. 756) entendem como “verdadeira possibilidade de extensão da competência territorial da Corte para além dos Estados Parte ou dos que aceitaram sua jurisdição”.

Por último, relativamente às sanções aplicáveis previstas no Estatuto, são elencados quatro tipos no art. 77 do Tratado: (i) pena de prisão por um número determinado de anos, cujo limite máximo é de 30 anos; (ii) pena de prisão perpétua; (iii) pena de multa; e (iv) perda de bens ou produtos provenientes da prática do crime, sendo as duas últimas aplicadas

cumulativamente a pena de prisão. Para a determinação da sanção deverão ser consideradas a gravidade do crime e as condições pessoais do condenado.

4 O PAPEL DO BRASIL NA FORMAÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

No que tange ao papel do Brasil na instituição do TPI, conforme lembra Cardoso (2012), desde a década de noventa o Brasil já se manifestava favoravelmente à criação de um tribunal de jurisdição internacional permanente, nas discussões relativas à criação de um tribunal *ad hoc* para tratar da antiga Iugoslávia. O país questionava a autoridade do CSNU em criar um tribunal internacional, demonstrando preferência por um instrumento cuja jurisdição fosse mais sólida e universal. Por conta disso, durante a Conferência das Nações Unidas em Roma, em 1998, novamente manifestou-se a favor da criação de um órgão penal internacional permanente, independente e universal, inclusive sendo partícipe da Comissão Preparatória para o estabelecimento do Tribunal.

Lima (2006) divide em três os grupos divergentes observados durante os trabalhos de elaboração de um estatuto para o TPI. Os chamados “*Like Minded States*”, liderados pelo Canadá e Austrália, que incluíam dentre seus membros a Argentina, Alemanha, Itália, Portugal, África do Sul e Egito, postulavam pela criação de uma corte autônoma com jurisdição ampla e automática.

O segundo grupo, liderado pelos Estados Unidos, argumentavam contra a jurisdição automática do TPI e a competência material dos crimes de agressão, defendendo a ampliação dos poderes do CSNU. O terceiro grupo, por sua vez, era composto por países da América Latina e membros do chamado Movimento dos Não-alinhados, adotando posicionamentos intermediários, tais como a redução da competência material do TPI e a oposição a atribuição de poderes ao CSNU. Elucida Lima (2006) que apesar do Brasil inicialmente ter feito parte do grupo intermediários, posteriormente passou a se integrar os “*Like Minded States*”.

Assim, o Brasil esteve presente no processo de criação do TPI desde a fase de negociação da iniciativa, sendo parte da Comissão Preparatória para o estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional e postulando por uma maior autonomia deste. O país assinou o Estatuto de Roma em fevereiro de 2000, tendo ratificado dois anos depois, em junho de 2002.

Guiado pela tendência à defesa da integridade do TPI, em 2002 lançou candidaturas para compor os quadros judiciais do órgão jurisdicional A brasileira Sylvia Steiner esteve entre os 18 primeiros juízes eleitos pela instituição, em 2003. No entendimento de Cardoso (2012, p. 141) a “designação de uma juíza brasileira para o TPI sinalizaria o compromisso do País com a independência da instituição”.

Ademais, em razão de apoiar os propósitos da Corte, o Brasil recusou-se a assinar a iniciativa de acordos bilaterais de “não entrega” dos Estados Unidos, mesmo sob a ameaça de suspensão de assistência militar aos países que se recusassem a assinar o acordo (RAMOS, 2012). Justificou sua atitude sob o fundamento de defesa a integridade do Estatuto de Roma, vindo não só a recusar como também a criticar dispositivos que visassem enfraquecer o caráter multilateral do TPI (CARDOSO, 2012).

Em 2009, mais uma vez o país demonstrou apoio a jurisdição da corte criminal, ocasião do primeiro pedido de cooperação dirigida ao Brasil pelo Tribunal. Tratou-se da Petição 4.625-1, a qual requeria ao governo brasileiro a adoção de medidas para viabilizar a detenção e entrega do Presidente Omar Al-Bashir, do Sudão, acusado de cometimento de crimes de guerra e crimes contra a humanidade, caso ele viesse ao Brasil. Em despacho proferido pelo Ministro Celso de Mello, foi reconhecida a incorporação formal do Estatuto no ordenamento positivo interno do Estado brasileiro, bem como o caráter supraestatal do Tribunal (BRASIL, 2009).

Cardoso (2012) destaca os pronunciamentos do Ministro Celso Amorim em audiência pública na Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional da Câmara dos Deputados, o qual declarou que se o Presidente do Sudão viesse ao Brasil seria preso, que o país não entraria no mérito da decisão de detenção e reiterou que o governo brasileiro não ficou indiferente e procurou agir junto às organizações regionais que pudessem ter alguma influência para evitar a deterioração da situação humanitária em Darfur, além de enfatizar a necessidade de Cartum, capital sudanesa, em cooperar com o TPI, demonstrando-se contrário ao descumprimento às determinações do Conselho.

Nota-se que algumas das motivações que guiaram a tendência favorável do Brasil em submeter-se ao órgão criminal estudado pautam-se no caráter excepcional e complementar da jurisdição deste (CARDOSO, 2012). Ocorre que mesmo que a jurisdição do TPI abarque nacionais, em razão do princípio da complementaridade a jurisdição doméstica prevalece, se possuir estrutura e condição de julgar os crimes tipificados pelo Estatuto.

Ademais, sobressaiu-se o que Cardoso (2012, p. 127) traduz como “tradição pacífica brasileira”. Considerando o histórico papel diplomático do Brasil, seriam bastante ínfimos os riscos de envolvimento do país em conflitos armados, bem como a submissão das Forças Armadas brasileiras nos crimes tipificados pelo Estatuto de Roma.

Destaca-se, também, o processo de redemocratização com a promulgação da Constituição de 1988, em que os assuntos tangentes aos direitos humanos foram inseridos de maneira sólida e permanente no texto constitucional, tornando-se inclusive a prevalência dos direitos humanos uma preocupação no âmbito das relações internacionais, com a assinatura e ratificação de uma série de tratados voltados para o tema.

Cardoso (2012, p. 129) defende a ideia de que a motivação principal por detrás do ingresso do país ao Tribunal Penal Internacional “estaria relacionada com os compromissos assumidos pelo Brasil em matéria de direitos humanos”. Nessa seara, o autor cita exemplos de compromissos internacionais na agenda dos direitos humanos que o Brasil assumiu, tais como a ratificação da Convenção contra a Tortura, em 1992, e o reconhecimento, em 1998, da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

Dessa forma, verifica-se que desde os primórdios de sua fundação o Tribunal Penal Internacional contou com o apoio do Brasil. São diversas as condições que justificariam essa postura, dentre elas, a própria tradição diplomática brasileira guiada para o fortalecimento das relações internacionais e consolidação de suas instituições. Ressalte-se que o país se vincula ao TPI não só por força da ratificação Estatuto de Roma, como também pela própria Constituição Federal, que determina em seu art. 5º, § 4º que “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

5 PROCESSO DE INCORPORAÇÃO DO ESTATUTO DE ROMA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Conforme já abordado, em 2002, através do Decreto Legislativo 112/2002, o Brasil ratificou o Estatuto de Roma, obrigando-se a acatá-lo em toda sua matéria, vez que o tratado inadmite reservas (LAMOUNIER, ROMANO, 2019). Lima (2006) elucida que ao ratifica-lo, o país se vinculou juridicamente ao acordo internacional, passando a ter o dever de cumpri-lo em atenção aos princípios *pacta sunt servanda* e boa-fé.

Segundo Lino e Silva (2012), o conjunto de normas que regula o Tribunal enseja a criação de compromissos significativos ao país signatário, que repercutem em diversos temas constitucionais, em razão da obrigatoriedade de suas normas e o relacionamento entre as jurisdições domésticas com a internacional. Desse modo, inicialmente buscou-se averiguar a compatibilidade do Estatuto de Roma com a ordem constitucional brasileira. As principais disposições alvo de conflitos técnicos foram a prisão perpétua (art. 77) e a entrega de pessoas ao TPI (art. 89), as quais serão posteriormente abordadas em capítulo específico.

Apesar dos aparentes conflitos das disposições elencadas pelo Estatuto de Roma com as normas fundamentais previstas na Constituição, em 2000 o Brasil assinou o Estatuto de Roma, tendo este sido submetido à apreciação do Congresso Nacional em 2001 e ratificado pelo Parlamento por intermédio do Decreto Legislativo 112, de 06 de junho de 2002.

Após a aprovação do tratado, o então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, por intermédio do Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002, promulgou o Estatuto de Roma.

Oliveira (2006) destaca que o Brasil se obrigou a implementar no direito interno as normas do Estatuto, tornando premente a tipificação dos delitos e elaboração de normas processuais. Por conseguinte, uma vez tendo ratificado o Estatuto, o país passou a tomar medidas para incorporá-lo ao direito interno, voltadas para adaptações legislativas a nível infraconstitucional e constitucional.

Para executar tal encargo, um projeto de lei com dispositivos de natureza predominantemente processual e penal foi elaborado por um Grupo de Trabalho (GT) “Estatuto de Roma”, criado pela Portaria nº 1.036 de 2001 do Ministério da Justiça e coordenado pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. A Exposição de Motivos da proposta revela seu propósito de priorizar o exercício da jurisdição brasileira interna e viabilizar a cooperação com o TPI, visando impedir que “uma pessoa ou um crime internacional sujeito à jurisdição penal brasileira renda ensejo à atuação da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, pois se dota o País dos instrumentos jurídicos necessários ao cumprimento de suas obrigações internacionais” (BRASIL, 2007).

Em 2008, o Projeto de Lei 4038 chegou ao Congresso Nacional através da Mensagem nº 700 do Presidente da República. O texto voltava-se para dois principais propósitos: introduzir à legislação os crimes de competência do TPI e determinar procedimento para o processamento de pedidos de cooperação com o Tribunal. Tal projeto visa dispor sobre o

crime de genocídio, definir os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, além de instituir normas processuais específicas e dispor sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional. A proposta passou pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) ainda em 2008. Encontra-se sob posse do plenário, ainda não apreciado.

Atualmente tem-se somente a tipificação do crime de genocídio (Lei nº 2.889 de 1º de outubro de 1956) e o crime de tortura (Lei nº 9.455/97). Ressalta-se que alguns atos caracterizadores dos crimes de guerra referentes ao genocídio estão tipificados no Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969) em seus artigos 208, 401 e 402.

A tipificação dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade, assim como a atribuição das penas aplicáveis e da competência para o julgamento, é de suma importância, uma vez que asseguraria a prevalência da jurisdição doméstica sobre tais ilícitos penais e contribuiria para o caráter meramente subsidiário do TPI, impedindo a incidência da jurisdição do TPI no ordenamento jurídico interno.

A ausência de legislação acerca dos crimes elencados pelo Estatuto de Roma constitui um risco para a soberania nacional, uma vez que acarreta prevalência da jurisdição da corte criminal internacional. Assim, a fim de assegurar a competência primária do Judiciário brasileiro, premente torna-se a aprovação do Projeto de Lei 4.038/2008.

6 DAS POSSÍVEIS INCOMPATIBILIDADES ENTRE O ESTATUTO DE ROMA E A ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Antes de adentrar no mérito das possíveis desconformidades entre os preceitos constitucionais internos e as normas internacionais que regem a corte criminal estudada, importa fazer breve análise acerca da natureza jurídica do Estatuto de Roma, a fim de verificar em qual posição o Estatuto de Roma se encaixa na hierarquia normativa.

Para parcela dos pesquisadores do tema, tendo como alguns de seus expoentes Alexandre de Moraes (2003) e Carvalho (2011), tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, quando não aprovados pelo procedimento do § 3º do art. 5º da CF, possuem status de atos normativos infraconstitucionais.

Sob distinta óptica, Piovesan (2009), Mazzuoli (2009) e Cançado Trindade (2003), defendem a natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, com fulcro no seu caráter materialmente constitucional, independente do tramite de aprovação.

Gomes e Mazzuoli (2009), no que tange especificamente ao Estatuto de Roma, fazem uma ressalva a esse entendimento, defendendo o caráter supraconstitucional do Tratado. Para esses juristas, tratam-se de normas centrífugas, pois gerem relações do Estado ou do indivíduo com os órgãos jurisdicionais internacionais. Ou seja, é voltado para regular situações ou relações que ultrapassam os limites das jurisdições internas, levando à necessidade que estas sejam conduzidas à uma instituição jurisdicional internacional. Portanto, nem haveria de se falar em incompatibilidade, uma vez que o tratado de Roma é hierarquicamente superior às Constituições (GOMES e MAZZUOLI, 2009).

No mesmo sentido, Arruda e Mendes (2016) compreendem que a determinação de reconhecimento da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, esculpida no § 4º do art. 5º da Constituição Federal, confere *status* constitucional ao Estatuto de Roma como um todo. No que tange a tal dispositivo, Silva e Lino (2012) defendem o que chamam de “cláusula de supranacionalidade”, segundo a qual o Brasil renuncia a parte de sua soberania com a previsão constitucional de submissão ao TPI.

Tais pareceres, contudo, vão de encontro com o entendimento jurisprudencial exarado pelo Supremo Tribunal Federal. Inicialmente, a Suprema Corte firmou a tese de que os tratados internacionais de direitos humanos eram equiparados às leis ordinárias, de forma que em conflito entre tratado e lei posterior, prevaleceria a lei posterior, conforme verificado em julgamento do Recurso Extraordinário 80.004-SE/77. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal era pelo sistema monista nacionalista, em que o direito interno prevalecia sobre o internacional (MOREIRA, 2002).

Com o advento da EC. 45, tal posicionamento modificou-se. Em voto majoritário, no julgamento do RE 466.343/SP, a tese aderida pelo STF foi no sentido de que os tratados internacionais de Direitos Humanos não incorporados no trâmite do § 3º do art. 5º são dotados de natureza supralegal, logo são hierarquicamente superiores às leis infraconstitucionais, porém inferiores à hierarquia da Constituição Federal. Cumpre destacar o posicionamento divergente do Ministro Celso de Mello em voto minoritário de reconhecimento ao valor constitucional desses acordos internacionais.

Malgrado seja o debate doutrinário, tal discussão encerra-se com o parecer do STF pelo *status* de norma supralegal do Tratado. Em razão do Estatuto de Roma ter sido ratificado anteriormente à promulgação da EC. 45, não seguiu o tramite de incorporação nos moldes do § 3º do art. 5º da CF, mas sim a aprovação em um único turno em cada Casa por maioria simples, impossibilitando que a ele seja atribuído caráter hierárquico superior ou equivalente à Constituição. Portanto, não há corrente a ser seguida além desta.

Contudo, tendo em vista que o Brasil ratificou o Estatuto de Roma como um todo, adotando obrigações internacionais oriundas de todas as suas cláusulas, em razão do Estatuto inadmitir reservas, resta premente adentrar no mérito das incongruências entre a norma que rege o Tribunal Penal Internacional e a Carta Magna, se é possível haver uma compatibilização e como solucionar possíveis desconformidades entre ambos os dispositivos no que tange à prisão perpétua e entrega de nacionais. Desse modo, os próximos subtópicos se desenvolverão em torno do tema.

6.1 DA PRISÃO PERPÉTUA

Menezes (2010) deslinda que a adoção da pena de cárcere perpétuo foi uma tentativa de conciliação entre duas correntes opostas durante a Conferência de Plenipotenciários: a primeira, liderada pelos Estados Unidos, representava os Estados de *Common Law*, os quais defendiam a pena de morte por priorizarem a função retributiva da pena; e a segunda, representadas por país de *Civil Law*, os quais defendiam a pena máxima de 30 anos, fundamentados na primazia da função ressocializadora da sanção penal (MENEZES, 2010). O consenso foi logrado por intermédio da previsão de uma cláusula de revisão obrigatória (artigo 110, '3' do Estatuto de Roma), determinando um reexame compulsório da pena perpétua decorridos 25 anos de seu cumprimento (OLIVEIRA, 2006).

Ocorre que as Constituições modernas, em um contexto de evolução na proteção aos direitos humanos, seguiram uma linha de vedação a penas consideradas extremas. Exemplos notáveis citados por Menezes (2010) são a Constituição de Portugal de 1982, em seu art. 30, a Constituição da Costa Rica, de 1949, em seu art. 40, a Constituição de Nicarágua de 1987, em seu art. 37, a Constituição da Venezuela de 1961, em seu art. 65, bem como a Constituição espanhola. O Brasil não escapou dessa tendência, conforme verificado no Art.

5º, inciso XLVII da Constituição Federal, estando presente a disposição de vedação à prisão perpétua nos textos constitucionais desde a Carta Magna de 1934.

O Título II da Carta Maior trata dos Direitos e Garantias Fundamentais. O Art. 5º, inciso XLVII, alínea 'b' determina que não haverá penas de morte e nem de caráter perpétuo. O Art. 60, § 4º, IV desse mesmo texto legal concede à tais disposições o caráter de cláusula pétrea, vedando que os direitos e garantias individuais sejam alvos de proposta de emenda constitucional.

Em contrapartida, o Artigo 77 do Estatuto de Roma elenca a prisão perpétua como uma das penas aplicáveis aos crimes de sua jurisdição, “se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem” (BRASIL, 2002). Destarte, há um debate no âmbito nacional acerca da compatibilidade entre as duas disposições legais elencadas.

Um primeiro posicionamento defende que, considerando a vedação à pena perpétua, a previsão do Artigo 77 do Estatuto seria inconstitucional. Portanto, este não poderia ser ratificado pelo Brasil, sob pena de extinguir a soberania do Judiciário brasileiro, conforme compreende Barros (2002). Alguns dos expositores desses entendimentos são Bitencourt (2002), Cernicchiaro (2000), Luisi (2000), Menezes (2010), Sabadell e Dimoulis (2009) e Taquary (2011). Arifa (2014) sintetiza essa corrente na ideia de que, uma vez tendo o ordenamento pátrio inadmitido a pena perpétua, este não poderia delegar à jurisdição internacional o poder de aplicá-la.

Nessa acepção, Menezes (2010) entende como inconcebível a ideia de que a ordem constitucional brasileira não alcança o Direito Internacional, uma vez que a teoria do constitucionalismo global abre margem para que o Brasil não apenas defenda os princípios constitucionais fundamentais nas relações internacionais, incluindo a dignidade da pessoa humana, como também permite que o Brasil lhes forneça materialidade efetiva. Nessa toada, Barros (2002) prega que aderir ao Estatuto de Roma é promover a extinção da soberania do Poder Judiciário nacional.

Menezes (2010) argumenta que a possibilidade de um indivíduo ser submetido a pena de prisão perpétua vai além do mero combate à impunidade, envolvendo valores constitucionais de imensurável relevância, como a humanização e individualização das penas, resultados de uma vasta evolução histórica para evitar qualquer tipo de sanção cruel. Menezes (2010) também argumenta que o princípio da individualização da pena impõe que o

legislador observe as vedações constitucionais do art. 5º, inciso XLVII da CF, assim como que este fixe o mínimo e máximo de tempo para cumprimento da penalidade, fórmula esta que foi desconsiderada pelo Estatuto de Roma em seu art. 77.

Arifa (2014) também invoca o princípio *pro homine* ou *pro persona*, amplamente utilizado para fundamentar decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, para sustentar a inconstitucionalidade da previsão de prisão perpétua. Esse princípio determina que no caso concreto deve prevalecer a norma de direitos humanos que mais proteja o direito invocado, independentemente de ser interna ou internacional.

Nesse quadro, Shecaira e Côrrea Junior (2002) evidenciam que a dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Assim sendo, o indivíduo deve ser a medida primeira no que tange à tutela estatal, especialmente no campo do Direito Penal.

Lino e Silva (2012) valem-se da ideia de que a mera possibilidade de um brasileiro vir a cumprir pena de prisão perpétua do Brasil por desígnio do Tribunal ultrapassa o binômio entre combate à impunidade e aplicação da sanção permanente, pois toca preceitos constitucionais caracterizados por serem cláusulas pétreas.

Por outro lado, um segundo parecer tende para a ideia de que as disposições relativas ao direito penal brasileiro são aplicáveis somente no âmbito interno, não podendo se estender para outras jurisdições, mesmo as que o Brasil tenha se submetido (STEINER, 2003). Sob essa óptica, Medeiros (2000, não p.) afirma que: “A proibição constitucional da pena de caráter perpétuo restringe apenas o legislador interno brasileiro. Não constrange nem legisladores estrangeiros, nem aqueles que labutam na edificação do sistema jurídico internacional”. Lamounier e Romano (2019) acrescentam que o comando constitucional que impede a prisão perpétua é direcionado para a justiça interna, aos que serão julgados conforme o ordenamento jurídico brasileiro, não se destinando à justiça internacional, voltada para o direito da humanidade como um todo.

Portanto, a ratificação do Estatuto não implica em um conflito com a Constituição nesse aspecto, uma vez que a pena de prisão perpétua tem sede na jurisdição internacional, subsidiária à interna. Esse entendimento é corroborado pelo próprio Estatuto de Roma, que define em seu artigo 80 que as disposições de seu artigo 77, “das penas aplicáveis”, não prejudicarão “a aplicação, pelos Estados, das penas previstas nos respectivos direitos internos,

ou a aplicação da legislação de Estados que não preveja as penas referidas neste capítulo”. (BRASIL, 2002).

Nessa seara, Lamounier e Romano (2019) compreendem que os dispositivos supratranscritos (artigo 77 e artigo 80) devem ser interpretados conjuntamente. Similarmente, Arruda e Mendes (2016) destacam o caráter excepcional da prisão perpétua, uma vez que somente pode ser aplicada quando o acusado preencher cumulativamente os requisitos de elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais.

Os autores também defendem que, pela interpretação do art. 80 do Estatuto, é possível extrair o entendimento de que as sanções previstas na legislação doméstica serão observadas pelo TPI, de forma que a pena aplicada esteja de acordo com o direito interno dos países signatários (ARRUDA e MENDES, 2016). Nessa percepção, Piovesan (2012) conclui que o artigo 80 do Estatuto estipula que não é necessário que os Estados-partes adotem internamente a pena de prisão perpétua.

Steiner (2003) também argumenta sob a perspectiva da prevalência dos princípios sobre as regras constitucionais. Lembra a autora que a República Federativa do Brasil é regida pelo princípio da prevalência dos direitos humanos, exposto de maneira explícita ao longo do texto constitucional (art. 1º, inciso III; art. 4º, inciso II; art. 7º ADCT).

Nesse mesmo sentido, Lamounier e Romano (2008) elucidam que em caso de conflito entre normas internas e externas em matéria de direitos humanos, se aplica o princípio da prevalência da regra mais favorável ao indivíduo na defesa dignidade da pessoa humana. Nessa conjuntura, tem-se que os objetivos do TPI, expressos no Preâmbulo do Estatuto de Roma, inserem o Tribunal como um meio de defender a comunidade internacional face às ameaças decorrentes das violações mais graves contra os direitos fundamentais.

Portanto, o perfil do Tribunal coaduna com o princípio constitucional da primazia dos direitos humanos. Nessa acepção, alui Steiner (2003):

Vejo assim que, ao propugnar pela criação de um Tribunal Penal Internacional de direitos humanos, não poderia o constituinte, à evidência, condicionar-lhe a estrutura, organização e funcionamento ao modelo e semelhança dos tribunais internos. Regendo-se nas suas relações internacionais pela prevalência dos direitos humanos, a existência de normas de direito interno diversas daquelas previstas numa Corte internacional não poderia levar a um juízo de incompatibilidade, quer formal, muito menos substancial, por uma questão de lógica. (STEINER, 2003, s/p)

Nesse mesmo posicionamento, Daud e Obregon (2018) argumentam que o direito à justiça e o combate à impunidade se sobrelevam sobre a garantia constitucional de vedação a sanções perpétuas. Alegam que “a vedação à prisão perpétua busca garantir o direito humano à vida digna, então como utilizar essa vedação como óbice à tutela dos direitos humanos face as suas violações mais atrozes?” (DAUD, OBREGON, 2018, p. 10).

Outrossim, tem-se que o Estatuto confere à pena perpétua a possibilidade de reexame após vinte e cinco anos e previsão de redução da pena nas hipóteses elencadas (artigo 110, 3 e 4), quais sejam: réu que tenha cooperado continuamente com o Tribunal tanto no inquérito quanto no procedimento; réu que tenha de forma voluntária facilitado a execução das decisões e despachos do Tribunal em outros casos; e outros fatores que promovam uma alteração das circunstâncias e justifiquem a redução da pena, conforme Regulamento Processual (BRASIL, 2002).

Arifa (2014) ainda evidencia o argumento de que a própria Constituição Federal admite a pena de morte em caso de guerra declarada (artigo 5º, XLVII, ‘a’), sanção mais gravosa que a prisão perpétua. Nesse sentido, o art. 55, ‘a’ do Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001 de 1969) define a pena capital como uma das principais sanções aplicáveis aos crimes definidos em suas disposições. Assim, por intermédio da técnica da interpretação conforme, entende que é possível afastar a inconstitucionalidade da pena de prisão perpétua nos delitos praticados no mesmo contexto de guerra declarada.

Por conseguinte, conforme entendimentos explanados no presente estudo, é possível uma compatibilização das diretrizes do Estatuto de Roma com a vedação constitucional à penalidade de caráter perpétuo, desde que a condenação, bem como a aplicação da sanção, ocorra em domínio territorial diverso do Brasil. Ressalte-se que a própria tradição constitucional legislativa do país tende para uma submissão aos acordos internacionais por ele aderidos, vide disposição expressa no § 4º, art. 5º da Carta Magna.

Outrossim, o Estatuto de Roma inadmite reservas. Assim, uma vez tendo ratificado o Acordo, o Brasil não pode se escusar de cumprir suas obrigações internacionais sob a justificativa de desconformidade com a ordem jurídica doméstica, o que inclusive geraria precedentes desfavoráveis para o fortalecimento da jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Afinal, qual a autoridade de uma corte criminal, que mesmo inadmitindo reservas, abre margem para que seus signatários se eximam de cumprir suas obrigações com

base nos ordenamentos jurídicos nacionais, já consolidados anteriormente à assinatura e ratificação do Tratado?

6.2. DA ENTREGA DE NACIONAIS (*SURRENDER*) AO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

O segundo ponto alvo de debate acerca do Estatuto diz respeito ao ato de entrega ao TPI. Determina o Art. 5º, inciso LI da Carta Maior que “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;”. Por essa disposição legal encontrar-se no Título II, Capítulo I do corpo constitucional- Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, é dotada de caráter de cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4º, inciso IV da Constituição.

Isto posto, o aparente conflito do Estatuto de Roma com os preceitos constitucionais pétreos diz respeito ao artigo 89 do Estatuto de Roma. Este preceitua que “O Tribunal poderá dirigir um pedido de detenção e entrega de uma pessoa, instruído com os documentos comprovativos referidos no artigo 91, a qualquer Estado em cujo território essa pessoa se possa encontrar, e solicitar a cooperação desse Estado na detenção e entrega da pessoa em causa”.

Sob essa óptica, Mazzuoli (2004) conceitua a entrega como ato de remeter alguém para um organismo internacional de jurisdição permanente, em um ato de cooperação entre o Estado e o Tribunal internacional. A entrega, *surrender* ou *remise*, trata-se de uma relação vertical entre um país e um organismo internacional (LAMOUNIER, 2011).

Por outro lado, para Lamounier e Romano (2019), a extradição é pautada na cooperação internacional entre nações soberanas para o efetivo cumprimento das normas penais. Diferencia-se, portanto, da entrega, não apenas terminologicamente, mas também quanto ao conteúdo (LAMOUNIER, ROMANO, 2019), uma vez que a extradição é caracterizada pela remissão do indivíduo de um Estado para outro.

Essa diferenciação é verificada no próprio Estatuto de Roma, que em seu artigo 102, alínea “a” e “b” expõe a distinção entre os termos: “Por ‘entrega’, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal nos termos do presente Estatuto.”; “Por ‘extradição’,

entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno.” (BRASIL, 2002).

A despeito de serem institutos diferentes, a comparação entre eles é válida, na medida em que se exige para a entrega um número inferior de requisitos em comparação à extradição, além de ser uma prática recente que não chegou a ser propriamente tratada por tribunais brasileiros (PIOVESAN, 2012).

Não obstante a válida análise comparativa, Daud e Obregon (2018) concluem que o problema de antinomia jurídica não passa de mera aparência, pois os institutos jurídicos em tela não se confundem. Para os autores, a distinção fundamental entre eles encontra-se na qualidade do autor e fundamento da validade do ato. Isso porque o autor do pedido de entrega é o Tribunal Penal Internacional, o qual retira a validade do ato do Estatuto de Roma, enquanto o autor do pedido de extradição é um Estado soberano, o qual se fundamenta em tratado ou convenção internacional, ou no próprio direito doméstico (DAUD, OBREGON, 2018).

Ademais, o Brasil é signatário do Estatuto de Roma, tendo se comprometido com suas disposições. Conforme preceitua o artigo 86 desse dispositivo, “Os Estados Partes deverão, em conformidade com o disposto no presente Estatuto, cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes da competência deste”. Portanto, obstar a entrega de um nacional ao TPI vai de encontro com as normas aos quais o Brasil se vinculou. Além disso, o Estatuto de Roma garante a possibilidade de o nacional entregue ao Tribunal cumprir a pena no Brasil (art. 103, 1, “a”).

Ainda sobre a diferenciação entre os institutos da extradição e entrega, Cachapuz de Medeiros (2000) salienta que o contraste principal reside no fato do Tribunal ser uma instância criada para o processamento e julgamento dos ilícitos mais perversos contra a dignidade humana, não podendo a entrega ser comparada à extradição, vez que não diz respeito à entrega de um cidadão para outro sujeito de Direito Internacional Público, mas sim a um organismo internacional acatado consensualmente pelos Estados membros.

Destarte, tem-se uma nítida diferenciação estabelecida tanto doutrinariamente quanto a nível de legislação internacional entre os dois institutos. Outrossim, conforme ensinamento de Mazzuoli (2004), o fundamento para a existência de uma previsão de não extradição nas Constituições contemporâneas pauta-se na possibilidade de a justiça estrangeira ser injusta e

imparcial, o que não se aplica ao TPI, pois os crimes de sua jurisdição, bem como as penas aplicáveis e as normas processuais, já se encontram definidos no Estatuto de Roma.

Outrossim, para Daud e Obregon (2018), a entrega de indivíduos ao TPI deve ser vista como uma expansão da jurisdição do Estado ao nível internacional. Portanto, é uma submissão do indivíduo a própria justiça interna, mas expandida. Acerca do tema, destaca-se o entendimento de Piovesan (2012):

Um Estado, ao reconhecer a jurisdição de um tribunal internacional, não está formando uma nova entidade soberana e autônoma, frente à qual terá que se proteger, como o faz perante a outro Estado. Estará, ao contrário, formando uma entidade que consistirá em uma extensão de seu poder soberano e que refletirá a intenção conjunta de vários Estados em colaborar para a consecução de um escopo comum, tangente à realização da justiça. (PIOVESAN, 2012, p. 185)

Posta a explícita diferenciação entre entrega e extradição, vê-se que o instituto da entrega de nacionais não fere as normas constitucionais pétreas. Isso porque a cláusula pétrea prevista no Art. 5º, inciso LI da CF veda a extradição de brasileiros, não a entrega de nacionais.

Tal cognição foi aderida pelo Supremo Tribunal Federal, em pronunciamento quanto à Petição 4.625-1 de pedido de cooperação jurídica formulado pelo Tribunal Penal Internacional. Para a Suprema Corte, há uma clara distinção entre Entrega e Extradição. Até o presente momento não houve pedidos de entrega de nacionais, mas o reconhecimento de que os institutos não se confundem permite evidenciar a aplicação da tese de que é possível compatibilizar a entrega com a Constituição Federal.

7 CONCLUSÃO

O presente trabalho desenvolvido buscou, através de uma pesquisa qualitativa realizada por intermédio da pesquisa bibliográfica com revisão literária, bem como pesquisa documental, analisar o percurso histórico do Tribunal Penal Internacional, desde as cortes tribunais de Nuremberg e Tóquio até os Tribunais Penais Internacionais para Iugoslávia (TPII) e para Ruanda (TPIR), verificando que a corte criminal estudada tratou-se de um marco para a responsabilização individual sobre crimes atentatórios ao Direito Internacional Humanitário (DIH).

Intentou demonstrar o papel do Brasil na instituição de uma corte criminal internacional, bem como o processo de incorporação do Estatuto de Roma no ordenamento jurídico. Verificou que o Projeto de Lei 4.038 de 2008, que visa tipificar os crimes elencados pelo Estatuto, ainda não foi aprovado, o que constitui um sério embargo para a garantia da prevalência da jurisdição doméstica sobre os delitos tratados pelo Estatuto.

Examinou a natureza jurídica do Tratado incorporado, concluindo pelo seu status supralegal, conforme entendimento do STF. A partir disso, perscrutou as possíveis assimetrias entre o Estatuto de Roma e a Constituição Federal no que diz respeito à prisão perpétua e entrega de nacionais

Constatou que se tratam de conflitos meramente aparentes. É possível, sim, uma compatibilização entre os dispositivos supramencionados e a Carta Magna brasileira, em razão dos próprios dispositivos constitucionais, segundo os quais o Brasil propugnará pela formação de um Tribunal Internacional de Direitos Humanos (art. 7º ADCT), os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes de tratados internacionais em que o Brasil seja parte (§ 2º, art. 5º CF) e que o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional que tenha se submetido (§ 4º, art. 5º CF).

Além disso, o próprio Estatuto viabiliza essa compatibilização, vez que constitui como um dos seus pilares o caráter subsidiário (art. 1º), bem como define que as penas aplicáveis não prejudicarão a aplicação das penas previstas no ordenamento jurídico interno pelos Estados (art. 80). Ademais, no que tange à entrega de nacionais, o Estatuto trata de realizar uma distinção entre entrega e extradição (art. 102), diferenciação esta reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, que adotou a tese da possibilidade de entregas efetuadas pelo Brasil.

Constatou, também, que a fim de minimizar as chances de que o país venha a ter que submeter seus cidadãos à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, premente se faz que os crimes abarcados pelo Estatuto sejam tipificados no ordenamento jurídico, através da aprovação do Projeto de Lei 4.038/2008.

Ressalte-se que o trabalho não objetivou elencar uma solução definitiva para as controvérsias aparentes entre a Constituição Federal e o Estatuto de Roma, mas sim suscitar um ponto de vista que permite a harmonização entre as disposições internacionais e o direito interno.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Rejane Alves de; MENDES, Tiago Bunning. A pena de prisão perpétua, prevista no Estatuto de Roma, em face da constituição federal de 1988. *Revista Thesis Juris*, São Paulo, v. 5, n. 3, p. 748-768, set-dez. 2016.

BARROS, Humberto Gomes de. *Alienação de soberania*. Diário da Tarde, Belo Horizonte, 18 jun. 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Pena de Prisão Perpétua. *In: Revista CEJ*, v. 4, n. 11, mai.-ago. 2000.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988*. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 de fev. de 2021.

_____. *Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 21 de fev. de 2021.

_____. Subchefia de Assuntos Parlamentares. *Projeto de Lei nº 4.038 de 2008*. Dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0ex3tqvz55y8h1edec760ksiea1131161.node0?codteor=600460&filename=Tramitacao-PL+4038/2008. Acesso em: 16 de fev. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Petição 4.625-1 República do Sudão*. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/Pet4625.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 466.343*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em: 21 de fev. de 2021.

CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. *In: O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2000, p. 9-15. Disponível em http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/tpi/cartilha_tpi.htm#CONSTITUI%C3%87%C3%83O%20BRASILEIRA. Acesso em: 21 de fev. de 2021.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. A Incorporação e a Hierarquia dos Direitos Fundamentais Sediados em Tratados Internacionais. *In: Direito Público*, v. 8, n. 40, 2011. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1944>. Acesso em: 19 fev. 2021.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Pena de prisão perpétua. *In: Revista CEJ*, v. 4, n. 11, mai.-ago. 2000.

CÔRREA JUNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

DAUD, Rodrigo Marracini; OBREGON, Marcelo Fernando Q. O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional e as aparentes incompatibilidades com o direito interno brasileiro. *Derecho y Cambio Social*, Lima- Peru, v. 51, p. 1-13, 02 jan. 2018. https://www.derechocambiosocial.com/revista051/O_ESTATUTO_DE_ROMA.pdf. Acesso em: 06 fev. 2021.

GOMES, Luiz Flávio, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Tratados internacionais: valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional? *Revista de Direito*, v. XII, Nº 15, 2009.

LAMOUNIER, Gabriela Maciel. *Reflexões sobre o Tribunal Penal Internacional: a Principiologia, o Processo, o Ministério Público e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Belo Horizonte: Logística Educacional, 2011.

LIMA, Renata Mantovani de. *O tribunal penal internacional na perspectiva do Brasil*. 2006. 283 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais., Belo Horizonte, 2006. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_LimaRML_1.pdf. Acesso em: 18 fev. 2021.

LINO, Clarice Nader Pereira; SILVA, Alice Rocha da. A constitucionalidade da pena de prisão perpétua no Tribunal Penal Internacional frente ao ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 115-124, jul./dez. 2012.

LUIZI, Luiz Benito Viggiano. Pena de prisão perpétua. *In: Revista CEJ*, v. 4, n. 11, mai.-ago. 2000.

MACIEL LAMOUNIER, G.; BARCELOS MACIEL ROMANO, T. J. Tribunal penal internacional. *LIBERTAS: Revista de Ciências Sociais Aplicadas*, v. 6, n. 2, p. 133-146, 1 jul. 2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O Tribunal Penal Internacional: Integração ao direito brasileiro e sua importância para a justiça penal internacional. *In: Revista de Informação Legislativa*, ano 41, n. 164 (2004), p. 157-178.

_____. A tese de supralegalidade dos tratados de direitos humanos. *Revista Jurídica Consulex*, v.295, p. 54-55, Brasília, abr. 2009.

_____. *Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 46.

MENEZES, Fabio Victor de Aguiar. *A pena de prisão perpétua e o Tribunal Penal Internacional: Aspectos constitucionais*. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16028724.pdf>. Acesso em: 09 de fev. 2021.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003.

OLIVEIRA, Francisco Antônio Alves de. *A Pena de Prisão Perpétua do Estatuto de Roma no Tribunal Penal Internacional e o Estatuto de Roma*. 2006. 103 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de Pós-Graduação "stricto Sensu" em Direito Internacional, Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012

SABADELL, Ana Lúcia; DIMOULIS, Dimitri. O Tribunal Penal Internacional em face da Constituição brasileira e a questão da ineficácia social dos direitos fundamentais. *In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Fórum, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan.-mar. 2009.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. O Tribunal Penal Internacional, a pena de prisão perpétua e a Constituição Brasileira. *In: Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, p. 448-459, 2003. Disponível em http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/tpi/cartilha_tpi.htm#CONSTITUI%C3%87%C3%83O%20BRASILEIRA

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2 ed. Fabris, 2003.

A RELEVÂNCIA DOS DIREITOS DOS IDOSOS NO SÉCULO XXI: SOB O PANORAMA
DO EXPRESSIVO CRESCIMENTO POPULACIONAL

*THE RELEVANCE OF THE RIGHTS OF THE ELDERLY IN THE 21ST CENTURY: UNDER
THE PANORAMA OF SIGNIFICANT POPULATION GROWTH*

Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão;¹

Maria Clara Thomazini.²

Resumo: O presente artigo tem como objetivo ressaltar a importância dos direitos dos idosos no cenário atual e futuro, de forma a afirmar que tais direitos são fundamentais para o desenvolvimento não só dos idosos, mas da sociedade, já que os idosos vêm se tornando maioria da população e todos impactos, sociais, econômicos, legais e afins, que deles advir, influenciarão a todos, de maneira significativa. O envelhecimento faz parte da vida humana, sendo até mesmo um direito personalíssimo, e os idosos, simplesmente por assim o ser, não podem sofrer limitações ou mitigações de seus direitos mais basilares. Fundamenta-se o estudo a partir do aumento da expectativa de vida, nunca antes vista na história, alcançada por meio da tecnologia, da medicina e de mudanças de hábitos sociais. Buscar-se-á como resultado, analisar que grande parte da responsabilidade, ocasionada pela mitigação de direitos dos idosos, está sob a sociedade, e sob o Estado, que tem o dever de proteger, instruir e zelar pelo idoso, de forma a concluir que a proteção de direitos da população idosa se tornou imprescindível e a obrigação de implementação e respeito dos mesmos, nunca foi tão necessária, devido ao envelhecimento populacional em larga escala. Nesta pesquisa, empregou-se o método hipotético-dedutivo, o modelo histórico, observacional e comparativo, baseado no recurso teórico para tecer as ideias centrais juntamente com os resultados de pesquisa.

Palavras-chave: Envelhecimento. Dignidade humana. Proteção. Garantias.

Abstract: This article aims to highlight the importance of the rights of the elderly in the current and future scenario, in order to affirm that such rights are fundamental for the development not only of the elderly, but of society, since the elderly have become the majority of the population and all impacts, social, economic, legal and related, that will result

¹ Pós Doutora em hermenêutica jurídica pela UNISINOS – Universidade Vale do Rio dos Sinos-RS; Doutora nas relações sociais – direito civil – pela UFPR Universidade Federal do Paraná; Graduação e Mestrado em direito civil pela UEM Universidade Estadual de Maringá; pesquisadora do ICETI, professora da graduação e Programa de Mestrado e Doutorado da UNIVERSIDADE UNICESUMAR, membro do IBDFAM e o IAP Instituto dos Advogados do Paraná; Advogada.

² Mestranda em Direito pelo Programa de Mestrado e Doutorado da UNIVERSIDADE CESUMAR – UNICESUMAR; Graduada em Direito pela UNIVERSIDADE CESUMAR – UNICESUMAR; Pós-Graduada em Docência no Ensino Superior pela UNIVERSIDADE CESUMAR – UNICESUMAR.

Artigo recebido em 14/09/2020 e aprovado para publicação em 30/08/2021.

from them, influence everyone in a significant way. Aging is part of human life, being even a very personal right, and the elderly, simply for being so, cannot suffer limitations or mitigation of their most basic rights. The study is based on the increase in life expectancy, never before seen in history, achieved through technology, medicine and changes in social habits. As a result, it will be sought to analyze that much of the responsibility, caused by the mitigation of rights of the elderly, is under society, and under the State, which has the duty to protect, educate and care for the elderly, in order to conclude that the protection of rights of the elderly population has become essential and the obligation to implement and respect them has never been so necessary, due to the aging population on a large scale. In this research, the hypothetical-deductive method was used, the historical, observational and comparative model, based on the theoretical resource to weave the central ideas together with the research results.

Keywords: Aging. Human dignity. Protection. Guarantees.

1 INTRODUÇÃO

É de conhecimento geral que a população brasileira, assim como a de todo mundo, vem envelhecendo em grande escala, à medida que a taxa de natalidade é cada vez menor. Isso porque, grandes fatores sociais, econômico e históricos estão envolvidos, como: elevado custo de vida para manter uma pessoa em condições razoáveis de existência, preocupação com educação de qualidade, dificuldade em garantir saúde, lazer, e afins, que fazem com que as famílias pensem muito antes de conceber os filhos, o que desequilibra a pirâmide etária nacional. A baixa taxa de natalidade faz com que ao passar dos anos, os adultos tomem parte da maioria da população, e inevitavelmente, envelheçam, aumentando a quantidade de idosos no país.

O problema do elevado número de idosos já se tornou uma preocupação, não apenas social, mas estatal, visto que até mesmo a Previdência social, teve que se reformular para atender o público alvo, afinal, a população idosa se tornou extremamente numerosa, e se continuasse-se com as mesmas regras estabelecidas anteriormente, acabar-se-ia não dando conta de arcar com os custos do crescimento elevado de idosos no país.

O aumento da população idosa tem impactos significativos no direito, visto que, partindo-se do pressuposto que os idosos devem ser protegidos em sua integralidade, a efetivação desses direitos se tornará mais difícil, no que tange a concessão e garantia dos mesmos. Ressalta-se aqui, que a atualização de direitos e efetivações de direitos dos idosos, não devem ocorrer apenas quando as mesmas afetam os cofres públicos, como o exemplo

citado da Previdência Social. A preocupação com os direitos dos idosos devem ocorrer também em âmbitos sociais, onde os mesmos não vêm cumprindo suas funções. O Estado e a sociedade, ao se deparar com uma população idosa já em número elevado, e em crescimento, deve verificar se direitos basilares, como saúde, lazer, educação, e parâmetros mínimos de existência vem sendo garantidos, de forma que os idosos possam ter garantias plenas de direitos fundamentais e de dignidade humana.

O atual cenário mundial chama atenção para a realidade dos idosos, a pandemia de Covid-19, conhecido como Coronavírus, assombra todo o mundo, mas prejudica principalmente os idosos, que vem vindo a óbito em massa. Isso demonstra que os idosos devem ser uma preocupação atual, inclusive do ponto de vista social, no que tange principalmente o atendimento à saúde e direitos resguardados pela Constituição e pelo Estatuto do Idoso, que cada vez mais devem ser reafirmados e vivenciados.

Não é novidade que o idoso possui limitações em decorrência da idade, que faz com que eles precisem da ajuda e apoio daqueles que estão em volta. E isso não é diferente quanto aos direitos inerentes aos idosos, pois eles precisam de auxílio para efetivá-los, visto por várias circunstâncias, como: falta de conhecimento pleno de previsões constitucionais e do Estatuto do Idoso, ou ausência de proatividade nesta etapa da vida. Os idosos possuem suas particularidades físicas, psicológicas e emocionais, que precisam ser observadas pelos operadores do direito, de forma a olhar para os Direitos dos Idosos com apreço, e perceber suas peculiaridades, para que esses direitos sejam colocados em pratica e cada dia se tornem mais eficientes.

A presente pesquisa pretende analisar as seguintes questões: Será que os direitos dos idosos acompanharam o envelhecimento populacional, de forma que ao se tornarem maioria no país, possuem eles, todos direitos garantidos de forma integral e extensiva a todos? Não deveria a sociedade, juntamente com o Estado, se preocupar em demasia com os problemas sociais e jurídicos que envolvam aos idosos visto que afeta de forma drástica a todos?

Para responder aos questionamentos que levaram a elaboração da presente pesquisa, no capítulo dois será analisado a pessoa idosa, os parâmetros da velhice, e a problemática do envelhecimento; no capítulo três falar-se-á do aumento da população idosa e seus contornos; no capítulo quatro será abordado a importância social do direito, principalmente no que tange os idosos, partindo-se para a conclusão específica de que os direitos dos idosos são fundamentais no século XXI.

A eficiência e aplicabilidade dos Direitos dos Idosos é necessária, tendo em vista o elevado contingente de idosos no país e as limitações que envolvem a idade, a qual necessita de privilegiada atenção, para que os idosos não tenham direitos mitigados e essa faixa da população possa viver em plenitude de seus direitos, principalmente quando envolve direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

A abordagem do tema ocorrerá pelo modelo hipotético-dedutivo, pois parte-se da premissa geral do envelhecimento populacional, para a conclusão específica da necessidade de garantia de direitos de forma integral e plena aos idosos. Será também aqui empregado o método procedimental, juntamente com o modelo histórico, através de uma análise modificativa da sociedade, populacionalmente e em parâmetros de garantia de direitos, no passar dos anos. Empregar-se-á, ainda, os modelos: observacional e o comparativo. Utilizar-se-á o recurso teórico, que representa a revisão bibliográfica de livros, com alto domínio sobre o tema em questão; artigos científicos de bases de dados como SSRN, SCIELO, entre outras, abordando inclusive artigos internacionais; legislação específica, sendo a Constituição Federal e o Estatuto do Idoso.

2 A DEFINIÇÃO DE PESSOA IDOSA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Introdutoriamente, para verificar-se a necessidade de reconhecimento e efetividade de Direitos dos Idosos, é inevitável reconhecer-se quem são os idosos no país. Desta forma, para caracterizar a pessoa idosa, o ordenamento brasileiro utilizou o critério cronológico, ou seja, aquele que é definido pela idade, usando-se como base as diretrizes da Organização Mundial da Saúde (KESKE; SANTOS, 2019).

O Estatuto do Idoso (lei 10.741/2003), traz especificamente o critério definidor de um idoso, que é etário e não cabe interpretações, sendo considerado idoso/a, as pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. Como estabelece, logo em seu início, “art. 1º. É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.”. (BRASIL, 2003, *Online*)

Apesar da idade ser fator determinante para que se considere a pessoa como idosa ou não, doutrinariamente, não se considera como critério definidor, única e exclusivamente, o cronológico, isso porque, acredita-se que deva abranger também fatores psicobiológicos e

econômico sociais (GAMA, 2019), como forma de melhor contemplar a situação daqueles que são minorias vulneráveis.

Ocorre que, ainda que os parâmetros doutrinários sejam razoáveis para diferenciar o idoso dos demais, eles seriam muito abstratos, sendo dificultosa a sua aplicabilidade prática, tendo em vista que os direitos assegurados pelo Estatuto do Idoso, são extremamente seletivos e específicos.

Por assim ser, os idosos têm direitos garantidos que não pertencem à outras faixas etárias, por isso, de certa forma, o Estatuto do Idoso adotou tal critério definidor. Assim, estabelece-se que a velhice não é um sentimento de pertença ou um fator que abra brecha para que cada um assim se considere. É tratado como idosos aqueles que possuem idade igual ou superior a 60 anos, aposentado ou não, com cabelos brancos ou não, afinal, o Brasil definiu o critério para que os direitos sejam bem delimitados e com aplicabilidade direta.

2.1 A HISTÓRIA E OS PARÂMETROS ATUAIS DA VELHICE

Na antiguidade clássica, ressalta Ana Maria Viola de Souza (2011, p. 13) que a média de vida humana era de no máximo cinco décadas. Segundo Simone Beauvoir (2019, p. 95), até o século XIX, os idosos eram pouquíssimos, e a longevidade só era alcançada pelas classes mais privilegiadas, pois somente eles tinham condições de sobrevivência, que permitia boa alimentação, trabalhos não exaustivos, e assim, possibilitava uma maior expectativa de vida, como não ocorria com as classes menos privilegiadas, que morriam cedo em decorrência da sua precária existência.

Nos dias atuais, a velhice, se apresenta como uma fase, uma passagem, vivida com naturalidade, por conta de avanços tecnológicos e da medicina, que permitem que os idosos cheguem a uma idade mais elevada, com saúde e vivendo com qualidade. Conforme ressalta João Gabriel Martins Cozzolino e Mariana Moncorvo de Mattos,

O avanço da tecnologia e das pesquisas científicas no campo da saúde geraram uma ampliação na perspectiva de vida, e consequentemente, houve o crescimento da população idosa, criando um interesse, sem precedentes, da sociedade pela velhice. (COZZOLINO; MATTOS, 2019, p. 71)

A afirmativa acima, infelizmente, não é uma realidade comum aos idosos brasileiros, muitos não têm acesso à saúde, a higiene básica, ao convívio familiar, à educação e muitos

outros direitos basilares, eles ficam à mercê de acolhimento/atendimento público, de um ato de solidariedade, vivendo não raras vezes à extrema pobreza, ou sendo vítima do abandono familiar. Isto ressalta que a velhice é formada não somente pelo aspecto do envelhecimento, mas por “fatores socialmente construídos” (COSTA; VIEIRA, 2018, p. 200).

A inquietação da população brasileira com o processo do envelhecimento é bem recente. Anteriormente, os idosos eram assistidos pela caridade de instituições assistenciais, confessionais e filantrópicas. Apenas no ano de 1988, com a Constituição Federal, começou a figurar o idoso como prioridade para o Estado (SILVA; YAZBEK, 2014). Isso denota que, no decorrer dos anos, a figura Estatal teve que se fazer mais presente sob aspectos protecionistas, indispensáveis para o desenvolvimento não só do idoso, mas da sociedade como um todo.

É preciso atentar-se à aplicabilidade dos Direitos aos Idosos, já previstos, para que não se caia em um limbo, onde há direitos estipulados, que garantem uma vida digna e respeitável, mas que não tem a mínima efetividade, e faz com que os idosos regridam a séculos passados, como citado, em que os adultos não atingiam idade para se tornarem idosos, pelas condições precárias de vivência e ausência de proteção. Devem ser prioridades do Estado a proteção dos mesmos, pois é primordial para que o que já foi alcançado no âmbito de proteção aos idosos, e longevidade, seja revivido a cada dia, como forma de resgate da dignidade do idoso.

2.2 DA PROBLEMÁTICA DO ENVELHECIMENTO

Envelhecer faz parte da natureza humana, e não há como contornar o envelhecimento, ele é inevitável. Segundo Simone de Beauvoir, cada sociedade impõe seus próprios valores, definindo o que é progresso e o que é regressão, e assim não seria diferente com os idosos: “[...] a velhice não poderia ser compreendida senão em sua totalidade; ela não é somente um fato biológico, mas também um fato cultural” (BEAUVOIR, 2018, p. 17).

Ao possuir, muitas vezes, condições peculiares de existência, como limitações físicas, psicológicas, e sociais, o idoso passa a ter proteções especiais, conforme a própria Constituição Federal prevê: “art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.” (BRASIL, 1998, *Online*). O que

ocorre é que para a maioria das efetivações desses direitos, os idosos não dependem só de si mesmos, mas de toda a ajuda social e estatal, no que se refere ao respeito e a efetivação das garantias.

Ostentado na PNI (Política Nacional do Idoso) e no Estatuto do idoso, o reconhecimento da condição da pessoa idosa no Brasil, presume a garantia de esforços que promovam o seu desenvolvimento pleno (SILVA; YAZBEK, 2014), para que seus direitos tenham eficácia e que a sua dignidade não seja banalizada, a ponto de não possuir direitos sociais mínimos, como acesso à saúde. Esse movimento de valorização da velhice exige do Estado o redirecionamento dos esforços públicos para fortalecer o olhar atento ao problema do envelhecimento e, agregar efetividade no que tange o atendimento de suas demandas comuns (SILVA; YAZBEK, 2014).

No atual panorama social, o idoso, ao deparar-se com a idade avançada, fica as margens da sociedade, mendigando por um direito, implorando por uma ajuda, que deveria até então ser voluntária. O grande desafio do envelhecimento não está em contornar os problemas advindos com a idade, mas ter seus direitos reconhecidos, encontrar um espaço na sociedade e possuir o respeito, nem que seja pela sua simples garantia de viver, e viver bem.

3 DO ELEVADO CONTINGENTE DE IDOSOS

Os idosos têm se tornado maioria da população no país, isso porque os adultos envelhecem à medida que as crianças se tornam minoria. Desta forma, há um desequilíbrio na pirâmide etária que deve levar a reflexão de como lidar-se-á com a relatada situação, no campo social, moral, econômico e psicológico. Veja os dados estatísticos, interpretados por Luana Machado Andrade e demais autores:

De acordo com Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no ano de 2000 o contingente de pessoas com mais de 60 anos, no Brasil, alcançava cerca de 15 milhões, e em 2010 a proporção de idosos tinha aumentado de 8,6% para 11%, sendo que, no grupo etário com 80 anos ou mais, o crescimento chegou a quase 65%. Em números absolutos, alcançamos em 2010 mais de 20 milhões de idosos. Com relação aos países desenvolvidos, a exemplo da França, o aumento da população idosa de 7% para 14% do total se deu em mais de um século, já no Brasil, essa mesma variação demográfica ocorrerá nas próximas duas décadas (entre 2011 e 2031). A população idosa irá mais do que triplicar, de menos de 20 milhões em 2010 para aproximadamente 65 milhões em 2050. (ANDRADE, *et al*, 2013, p. 3544)

Não há como se pensar em outra realidade que não a exaustiva proteção dos direitos dos idosos, afinal, todos irão envelhecer e sem dúvidas querem chegar a esta etapa da vida sentindo-se protegidos com os direitos bem firmados e ofertados pelo Estado, mas fiscalizados e resguardados pela sociedade, como forma de real garantia mínima de existência e valorização da vida humana, em sua integralidade.

3.1 AS NOVAS EXIGÊNCIAS SOCIAIS, ECONÔMICAS E CULTURAIS, EM RAZÃO DO CRESCIMENTO POPULACIONAL

Passada a análise etária, investiga-se sobre como esses idosos, sendo maioria no Brasil, terão garantias que os permitam viver com qualidade, e em plenitude de seus direitos, onde busca-se a igualdade de direitos e sua efetivação, conforme Almir Galassi (2013, p. 23), acrescenta: “[...] independentemente dos grupos que podem ser considerados como minorias, eles trazem dentro de si uma realidade, qual seja, a luta constante pela inclusão social”.

Os idosos, ao se tornarem grande parte da população, acabam por pleitear, ainda que indiretamente, que: direitos, políticas públicas e programas sociais cresçam na mesma proporção, de modo que todos sejam abarcados e protegidos. Gelson Amaro de Souza e Gelson Amaro de Souza Filho, ressaltam:

Sabe-se que em todas as sociedades evoluídas há uma perene preocupação com ser humano e a busca constante de providências e medidas no sentido de aprimoramento para o atendimento a essas pessoas vulneráveis a fim de atingir o mais completo e merecido aperfeiçoamento possível do convívio social, com vistas a salvaguarda da existência digna dos vulneráveis. (SOUZA; FILHO, 2013, p. 285)

Após mudanças quantitativas como essas já citadas, onde a pirâmide etária encontra-se em desequilíbrio, não é razoável aceitar que as medidas tomadas para assegurar aos idosos uma vida digna sejam as mesmas das que já vinham sido promovidas. A velhice traz com ela importantes proteções que devem ser observadas no cotidiano, por todos que cercam aqueles que já estão em idade avançada, resguardando-os os vínculos sociais, familiares, e como cidadão.

Perante o fenômeno universal da elevada expectativa de vida, o Brasil tem previsão de alcançar neste ano uma população de cerca de 25 milhões de pessoas idosas, e a partir disso, trata-se de estudar como a vida na velhice vem se desenvolvendo em relação à

cidadania, à integração e apoio do Poder Público, particularmente, o Poder judiciário, visto ser esse fundamental para efetivação dos direitos (SILVA, 2008, p. 46).

Destaca-se a importância dos direitos dos idosos no atual contexto social. Os idosos necessitam de um olhar preocupado, afinal, a proteção de seus direitos não será executada única e exclusivamente por eles, mas principalmente por cada indivíduo inserido no corpo social que lidará com ele diretamente. Alerta-se sobre o imprescindível dever de se atentar para os temas relacionados aos idosos, principalmente no que se refere à direitos, pois não é mais compatível o atual contexto social com o que vinha-se vivendo.

Segundo Luana Machado Andrade e demais autores,

Desse modo, torna-se imperativo exigir que governantes e sociedade encontrem formas de materializar as leis que garantem proteção e efetivação dos direitos da pessoa idosa, bem como a necessidade de discutir e divulgar os documentos legais que regulamentam as políticas públicas direcionadas à promoção do bem-estar, garantia de respeito e dignidade aos idosos brasileiros. A deficiência no que tange à efetivação dos direitos essenciais a este segmento populacional deixa evidente a necessidade de estudos que direcionem a população para lutar a favor daquilo que há de mais justo na vida dos seres humanos: a certeza de que todos envelhecem a cada momento. (ANDRADE, *et al*, 2013, p. 3544)

O direito mais do que qualquer outro ramo precisa estar atento às mudanças sociais e acompanhá-las da melhor forma para que haja ordem e bem-estar social, onde ele esteja atento às próprias regulamentações, e promova com excelência a sua efetividade, o que de longe hoje não é uma realidade. Além do direito ter o dever de cumprir o que já é predeterminado, ele deve acompanhar as novas realidades e atender à critérios que até então não eram considerados, mas que hoje se tornaram imprescindíveis, como é o caso dos Direitos dos Idosos.

3.2 A PREOCUPAÇÃO COM O IDOSO ALÉM DA PREVIDENCIA SOCIAL

Muito se tem discutido acerca da Previdência Social, considerando que o crescimento do número de idosos no país tornou insustentável a manutenção dos parâmetros até então estabelecidos, de modo que se não fossem corrigidos, trariam um grande rombo para os cofres públicos. Entretanto, a preocupação com os idosos na atualidade não pode ser limitada a isso, visto que se tem reflexos não apenas no financeiro governamental, mas em toda sua estrutura social.

A partir dessas reflexões, busca-se a concretização de sistemas integrais de proteção social ao idoso, na intenção de garantir os direitos humanos em sua totalidade, ampliando a proteção efetiva dos direitos dessa parte da população, assegurando-os integridade e dignidade. (SILVA; YAZBEK, 2014).

Destaca-se a importância de voltar-se a face para os direitos dos idosos, num cunho social, para que cada vez mais eles possam ter acesso à uma sociedade que não os discrimine, os acolham e os façam sentir membros daquele corpo social, pois assim o são afinal. E, como houve um replanejamento no âmbito da Previdência, deve-se tomar a mesma atitude com as outras formas de amparo ao idoso na sociedade, não só reformulando os dispositivos de proteção, mas tornando-os realmente efetivos.

4 A FUNÇÃO DO DIREITO EM MEIO AO CONTEXTO SOCIAL VIVENCIADO PELOS IDOSOS

A sociedade possui algumas estruturas de controle, como: o direito, a política, a economia, a religião e entre outras que poderiam ser citadas, à título de exemplo. Destacar-se-á aqui, especificamente o direito, cuja a responsabilidade pela sociedade, e sua harmonia, é tremenda. Neste sentido, o direito deve atuar em face dos mais necessitados e vulneráveis, protegendo os interesses de todos seus integrantes, não sendo mais aceitável a superada ideia de que o direito existe para os caprichos de governantes e para alguns poucos poderosos. (SOUZA; FILHO, 2013)

Cabe ao direito encontrar na abertura e na comunicação, uma medida equilibrada e paulatina de modificação para evitar crises, fazendo com que as disposições legais não sejam meras propostas, ou belas formulações abstratas, sem efeito e sem sentido prático, mas que sejam vivenciados e apreciados pelos idosos, em busca de garantir os direitos desses vulneráveis. (KESKE; SANTOS, 2019)

Segundo Ricardo Perlingeiro (2014, p. 95) “O conteúdo essencial de um direito fundamental social, atrelado ao princípio da dignidade da pessoa, confunde-se com o mínimo existencial [...]”, isso denota a importância do direito em garantir o mínimo existencial aos idosos, por suas regulamentações temporais e atemporais, como forma de proteção ao envelhecimento saudável, digno, arraigado de respeito e princípios morais.

É função dos operadores do direito e da comunidade, como um todo, cobrar modificações, para que a sociedade sempre esteja em consonância com o que é abordado em legislações, para que haja aplicabilidade de leis e a sua eterna atualização à realidade vivida, e que abarque todo um leque de direitos e garantias para a vida digna, pautada em direitos fundamentais de existência. Ingo Sarlet (2009, p. 47) preconiza que “[...] a dignidade não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito [...]”, o que afirma que independente de tudo, a dignidade é premissa do Estado, da sociedade e de cada indivíduo.

4.1 DA FRACA IMPLEMENTAÇÃO E FALHA EFETIVIDADE DOS DIREITOS DOS IDOSOS

A criação de direitos e proteção específica ao idoso foi essencial, entretanto, não basta apenas a estipulação e legalização de tais direitos, que são sim considerados fundamentais, se considerar-se o objetivo de tal garantia, assim se destaca: “[...] pode-se dizer que a dignidade do ser humano é fim e não meio. Já o direito positivo é apenas meio para se chegar ao fim que é o respeito à dignidade da pessoa.” (SOUZA; FILHO, 2013, p. 293). É indispensável políticas públicas que atendam a população, para que o direito não seja mero instrumento. Nas lições de Maria do Rosário de Fátima Silva e Maria Carmelita Yazbek:

A luta dos idosos pelo reconhecimento de seus direitos traz embutido um novo sentido de resignificação da velhice na realidade brasileira como um tempo de poder atribuir melhor qualidade aos anos acrescidos a existência humana. Neste aspecto, Berzins (2003) reforça que com o aumento da longevidade há a necessidade de adoção de políticas públicas que habilitem os idosos e reforcem a sua presença e o seu lugar na sociedade. (SILVA; YAZBEK, 2014, p. 107)

O reconhecimento dos direitos dos idosos por si só não significa que todos estão protegidos e acolhidos pelo Estado e pelo corpo social. Além de existir um arcabouço jurídico completo, é indispensável uma prática, uma eficiência legal para que haja proteção. Desta forma, o respeito aos direitos fundamentais dos idosos, não devem apenas ser reconhecidos por uma obrigação estatal, mas deve ser entendido como um dever de efetivação, mostrando a verdadeira face da dignidade e sua proteção aos idosos, seja por meio de conscientização à sociedade, pela educação ou pelo resgate do respeito aos idosos. (KESKE; SANTOS, 2019)

Denota-se que a prática do direito é tão importante quanto sua estipulação, e essa prática vem sendo extremamente falha no que tange aos direitos dos idosos. Não é concebível

que grande parcela da sociedade venha sofrendo por direitos que lhe são garantidos, mas não são eficazes e efetivos. Chama-se a atenção para o problema de direitos basilares que são violados, como direito à saúde, e até mesmo a vida. Segundo Catarina Santos Botelho, a falta de concretização dos direitos fundamentais sociais, são resultados de seus contornos imprecisos, não sendo normas diretamente aplicáveis (BOTELHO, 2016), sendo essa problemática, nítida no caso dos idosos.

A realidade dos idosos no país é sensível, no que se refere a concessão e fruição de direitos, e deve ser revista para que não fiquem os mesmos em um limbo social, legal, cultural e econômico, onde não possam ter a mínima condição de um envelhecer digno que lhes é de direito, conforme vê-se no Estatuto do idoso: “Art. 8º. O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social [...]” (BRASIL, 2003, *Online*).

4.2 DOS NOVOS PAPEIS SOCIAIS QUANTO AO ENVELHECIMENTO

A sociedade se reestrutura de tempos em tempos, conforme a cultura, a forma de pensar dos indivíduos, com o avanço da tecnologia, com os hábitos e jeitos de viver, que faz com que a comunidade caminhe para rumos diferentes e não fique estagnada. Assim como o direito tem o dever de acompanhar as mudanças sociais, a própria sociedade tem que caminhar de forma a assumir suas responsabilidades naquele novo meio ao qual se insere. Conforme ensina Henrique Keske e Everton Rodrigo Santos:

De pronto, todas as referências ao processo de envelhecer significaram uma mudança paradigmática, desde uma ressignificação do próprio conceito definidor do velho e de velhice, até a ampliação das condições caracterizadoras dessa faixa etária, indo além da mera classificação temporal, para poder abranger, a seu turno, os novos papéis sociais nos quais tal processo de envelhecer vem se estruturando. (KESKE; SANTOS, 2019, p. 165)

Ao fazer parte de uma sociedade em que a o direito não se demonstra inerte, as pessoas também se mantêm ativas no sentido de serem proativas nas necessidades daquele meio. Desta forma, a preocupação social quanto aos papéis desempenhados pelos indivíduos no meio em que vivem, demonstra a realidade do meio, sendo fatores estritamente ligados, conforme ressalta Josemar Sidinei Soares e Maria Chiara Locchi (2016, p. 31) “O papel do Estado e das instituições é de fundamental importância para garantir a dignidade de todos, porém não se pode retirar toda e qualquer responsabilidade das pessoas”.

Cada indivíduo tem função determinante no meio social, de forma que o tratamento atual dos idosos, tem relação direta com a forma com que seus direitos vêm sendo efetivados e protegidos. Uma sociedade onde o Estado garanta direitos aos idosos por meio de um Estatuto próprio, já leva em consideração sua vulnerabilidade potencializada (PONTES; TEIXEIRA, 2019), mas não encontra efetividade, visto que a execução parte dos próprios indivíduos, que compõe a sociedade e o próprio Direito.

O atendimento à direitos dos idosos, no século XXI, pode ser considerado premissa para o bom desenvolvimento da sociedade, sob a perspectiva do envelhecimento populacional em grande escala. Assim sendo, a preocupação, seja com direitos fundamentais, sociais, previdenciários, e afins, toma importância de uma maneira que antes nunca poderia ser pensada. O problema da (in) efetividade e (in) aplicabilidade dos direitos dos idosos é atual e de extrema relevância para o meio social e jurídico.

5 CONCLUSÃO

A premissa de toda análise aqui abordada, tem como base o conceito de pessoa idosa, e nota-se que se existe uma classe bem definida e delimitada, que permite uma observância de direitos bem específica, visto o critério etário adotado pelo ordenamento pátrio. Só é considerado idoso, os maiores de 60 anos, conforme o próprio estatuto (lei 10.741/2003), e partir disso, analisou-se a estruturação, aplicabilidade e efetivação dos direitos para essa parte da população.

Respeitar e dar relevância aos direitos dos idosos, nada mais é que uma necessidade do Brasil e do mundo. Percebe-se que o contingente de idosos é elevado, e as consequências deste número populacional, já citado, traz reflexos jurídicos e sociais a todos, não apenas aos idosos. Todos os seres que convivem em comunidade sofrem por processos que dela advém, não sendo diferente neste caso, os efeitos do crescimento populacional dos idosos, mas a sociedade custa a acreditar.

A sociedade como um todo, se não estiver atenta aos empasses relacionados aos Direitos dos Idosos, sofrerá por uma sociedade doente, economicamente (com problemas na saúde pública, na previdência social, entre outros) e socialmente (como grande população idosa em situação de rua, ausência de paz social e caos nas relações familiares, por exemplo).

Ressalta-se a problemática da velhice, sendo ela: as limitações decorrentes do processo de envelhecimento, o desconhecimento de seus direitos, a ausência de apoio familiar, a falta de garantia de direitos básicos de sobrevivência, como saúde, moradia e dignidade, que fazem com que seja gerada instabilidade no país, justamente por não serem mais um ou outro idosos, mas a maioria da população. Visto isso, nota-se a importância de cada indivíduo intervir no meio social de forma a garantir que Direitos dos Idosos sejam garantidos, seja por ação ou omissão que revele a preocupação e atenção à velhice.

O direito, como já explanado, tem a função de regular a sociedade, seja por meio de leis, decretos, normas ou princípios, e ainda os executando por meio do Poder Judiciário, garantindo segurança jurídica. Desta forma, o direito passa a olhar as mudanças da sociedade e juntamente com ela, vai se reinventando e se atualizando. Isso ocorreu também no âmbito dos idosos, com o surgimento de um estatuto próprio (lei 10.741/2003), pôde-se obter uma maior proteção à velhice.

O direito não “caminha com as próprias pernas”, ele necessita de aplicabilidade, que é realizada por cada ser que integra a sociedade. Portanto, se os Direitos dos Idosos vem sendo negligenciados, mitigados e falhos nos dias atuais, não se pode retirar a culpa do direito, o qual tinha a função de fiscalizar todo esse processo. Mas muito se pode culpar cada integrante do corpo social pela não observância, aplicabilidade e exigência no dia a dia, desses direitos.

O Direito dos Idosos, assim como o direito num todo, é o instrumento necessário para estabelecer paz e ordem social, mas o mesmo deve ser aplicado nas relações interpessoais no cotidiano, de forma que daqui uns anos não se esteja vivendo em um mundo caótico, onde cada indivíduo somente pensa em si próprio, ignorando que o coletivo também afeta diretamente sua vida.

O crescimento exacerbado de idosos no país deve gerar uma maior proteção dos mesmos, por meio de direitos, não somente estipulados, mas vivenciados, garantidos e em pleno vigor, onde os idosos sejam valorizados e tenham sua dignidade protegida integralmente por cada membro do corpo social, de forma que com o avançar dos anos, com o envelhecimento da população no decorrer do século XXI, exista uma garantia plena de direitos que conservem os indivíduos em idade avançada em direitos sociais, fundamentais, econômicos, e todos aqueles que o fizerem envelhecer dignamente.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Luana Machado *et al.* Políticas públicas para pessoas idosas no Brasil: uma revisão integrativa. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 18, n. 12, p. 3543-3552, 2013. Disponível em: <https://www.scielosp.org/pdf/csc/2013.v18n12/3543-3552/pt>. Acesso em: 28 jan. 2020.
- BOTELHO, Catarina Santos. 40 anos de direitos sociais: uma reflexão sobre o papel dos direitos fundamentais sociais no século XXI. *Revista Julgar*. p.197-216, 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2912278. Acesso em: 26 ago. 2020
- BRASIL. *Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003*. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 28 jan. 2020.
- _____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 26 jan. 2020.
- _____. *Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994*. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8842.htm. Acesso em 26 jan. 2020
- BEAUVOIR, Simone de. *A Velhice*. Trad. Maria Helena Franco Martins. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018.
- COSTA, Cristina Silva da; VIEIRA, Tereza Rodrigues. O idoso em situação de rua. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues; CARDIN, Valéria Silva Galdino Cardin (orgs.). *Pessoas em situação de rua: invisibilidade, preconceitos e direitos*. Zakarewicz: Brasília-DF, 2018.
- COZZOLINO, João Gabriel Martins. MATTOS, Mariana Montocorvo. Direito à saúde e consentimento informado do idoso. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. (coord.). *Direitos da Personalidade da Pessoa Idosa*. Curitiba: Editora Appris, 2019.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Pessoa idosa no direito de família. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. (coord.). *Direitos da Personalidade da Pessoa Idosa*. Curitiba: Editora Appris, 2019.
- GALLASSI, Almir. A proteção do ordenamento jurídico brasileiro às minorias sociais. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos (orgs.). *Minorias e Grupos Vulneráveis: reflexão para uma tutela inclusiva*. Birigui, SP: Editora Boreal, 2013.
- KESKE, Henrique; SANTOS, Everton-Rodrigo. O envelhecer digno como direito fundamental da vida humana. *Rev. Bioética y Derecho*, Barcelona, n. 45, p. 163-178, 2019. Disponível em:

http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S188658872019000100012&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 28 jan. 2020.

PERLINGEIRO, Ricardo. *Os cuidados de saúde dos idosos entre as limitações orçamentárias e o direito a um mínimo existencial*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. v. 140, pp. 547-584, 2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2456003. Acesso em: 26 ago. 2020.

PONTES, João Gabriel Madeira; TEIXEIRA, Pedro Henrique da Costa. O direito civil-constitucional e o livre desenvolvimento da personalidade do idoso: o dilema de Lear. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. (coord.). *Direitos da Personalidade da Pessoa Idosa*. Curitiba: Editora Appris, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7. Ed. rev. Atual – Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

SILVA, Anna Cruz de Araújo Pereira da. Conhecimento, Cidadania e Direito do Idoso: relatos pós-Lei nº 10.741/2003. *Rev. bras. geriatr. gerontol.*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 45-55, abril. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180998232008000100045&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 28 jan. 2020.

SILVA, Maria do Rosário de Fátima e; YAZBEK, Maria Carmelita. Proteção social aos idosos: concepções, diretrizes e reconhecimento de direitos na América Latina e no Brasil. *Rev. katálysis*, Florianópolis, v. 17, n. 1, p. 102-110, jun. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802014000100011&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 28 jan. 2020.

SOARES, Josemar Sidinei. LOCCHI, Maria Chiara. O papel do indivíduo na construção da dignidade da pessoa humana. *Revista Brasileira de Direito*. V. 12, N. 1, 2016. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1118/835>. Acesso em: 17 ago. 2020.

SOUSA, Ana Maria Viola de. *Tutela Jurídica do Idoso: a assistência e a convivência familiar*. 2. ed. Campinas: Editora Alínea, 2011.

SOUZA, Gelson Amaro de; FILHO, Gelson Amaro de Souza. Tutela dos direitos das pessoas vulneráveis. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos (orgs.). *Minorias e Grupos Vulneráveis: reflexão para uma tutela inclusiva*. Birigui, SP: Editora Boreal, 2013.

A TRIBUTAÇÃO DO ISS NO FORNECIMENTO DE MÃO DE OBRA

THE TAXATION OF ISS IN THE SUPPLY OF LABOR

Fabiano Maury Raupp;¹
Amanda Maciel Carneiro.²

Resumo: O artigo objetiva analisar a tributação do Imposto sobre Serviços (ISS) no fornecimento de mão de obra, item 17.05 da lista de serviços da Lei Complementar Federal 116/2003. Justifica-se no fato de que, de competência municipal, o ISS é um dos três impostos privativos do Município, correspondendo à grande parte da arrecadação própria destes; porém, a comum confusão entre o fornecimento de mão de obra e o agenciamento de mão de obra, item 17.04 da mesma lista, impacta diretamente na tributação dessas atividades, e conseqüentemente, na arrecadação municipal, eis que atuam sobre fatos geradores e bases de cálculo distintas. Para o atingimento do objetivo proposto, faz-se a análise teórica dos elementos à ótica da legislação, da jurisprudência e dos teóricos do tema, caracterizando-se o estudo como descritivo e analítico, em uma abordagem qualitativa em apoio bibliográfico e documental. A análise de ambos os institutos, com suas similaridades, distanciamentos e características, permite a necessária diferenciação dos serviços e auxilia na correta tributação, servindo de base tanto para a auditoria fiscal quanto para os contribuintes, a fim de não se verem em dívida com o fisco quando em fiscalização, impactando positivamente na arrecadação tributária local e permitindo maior satisfação dos anseios sociais.

Palavras-chave: Imposto sobre serviços. Tributação municipal. Fornecimento de mão de obra. Agenciamento de mão de obra.

Abstract: The article aims to analyze the taxation of the Service Tax (ISS) on the supply of labor, item 17.05 of the list of services of Federal Complementary Law 116/2003. It is justified by the fact that, of municipal competence, the ISS is one of the three private taxes of the Municipality, corresponding to a great part of its own revenue; even though, the common confusion between the supply of labor and the agency of labor, item 17.04 of the same list, has a direct impact on the taxation of these activities, and consequently, in the municipal tax collection, since they act on distinct generating facts and calculations bases. To achieve the proposed objective, the theoretical analysis of the elements is carried out from the perspective of legislation, jurisprudence and theorists of the subject, characterizing the study as descriptive and analytical, in a qualitative approach in bibliographic and documentary

¹ Doutor em Administração pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor Associado da Escola Superior de Administração e Gerência da Universidade do Estado de Santa Catarina (ESAG/UDESC).

² Doutoranda no programa de pós-graduação em Administração da Universidade do Estado de Santa Catarina (ESAG/UDESC). Auditora Fiscal do Município de Paranaguá - PR.

Artigo recebido em 02/12/2019 e aprovado para publicação em 26/11/2021.

support. The analysis of both institutes, with their similarities, distances and characteristics, allows for the necessary differentiation of services and assists in the correct taxation, serving as a basis for both tax audit and taxpayers, in order not to be indebted to the taxation, positively impacting the local tax collection and allowing greater satisfaction of social desires.

Keywords: Tax on services. Municipal taxation. Supply of labor. Agency of labor.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa ampliar os estudos acerca da tributação do Imposto Sobre Serviços (ISS) na atividade de fornecimento de mão de obra, item 17.04 da Lista da Lei Complementar Federal (LC) 116/2003, analisando suas particularidades, fato gerador e, principalmente, base de cálculo, e trazendo um comparativo com a atividade de agenciamento de mão de obra, item 17.05 da mesma lista, a fim de esclarecer eventuais confusões na categorização dos serviços prestados, gerando discrepâncias no recolhimento do imposto. Para tanto, busca esclarecer os componentes de ambas, contrastando-as a fim de trazer à tona suas características, similaridades e distinções. Parte da premissa de que a correta identificação da atividade permitirá a correta tributação do imposto, que representa grande parte da arrecadação própria dos entes locais, fazendo parte da política fiscal que permite a realização dos anseios sociais.

A sociedade brasileira organizou-se de tal forma que o Estado, hoje república e federação, responsabiliza-se por um grande número de serviços realizados para a população, visando assegurar a vida humana em sociedade e garantir a ordem interna (MARTINS, 2009), o que faz por meio de uma grande estrutura administrativa. Tendo como fontes de receita também a dívida pública e a emissão monetária (TUROLLA, 2009), é na tributação que se vê a grande fonte de arrecadação estatal. Nesta seara, para efeitos deste estudo, cumpre apresentar o Imposto sobre Serviços (ISS), um dos três impostos privativos dos Municípios, entes que integram a federação (VEDANA, 2002; MEIRELLES, 2003; MACEDO, 2011), em consonância à leitura da Carta Magna atual, em seu primeiro artigo.

Uma vez partícipe da federação de forma institucionalizada e dotado de dignidade constitucional, necessita o Município de fontes de receita, assim como todos os outros entes, para fazer frente às suas despesas. Neste estudo, recebe atenção o ISS, considerado o mais importante dos instrumentos fiscais de arrecadação municipal própria (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2018), seguido do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) e o Imposto de

Transmissão de Bens Imóveis (ITBI), que não são alvo desse estudo (BRASIL, 2018). Taxas, contribuições, repartições constitucionais e participações em fundos também não fazem parte do escopo desse artigo. Neste sentido, o imposto sob análise vem regulamentado em lei complementar federal, que traz seus principais contornos – a Lei Complementar Federal 116/2003. A partir desta, cada municipalidade redige e põe em prática a própria legislação, não se olvidando de seguir os preceitos da lei complementar federal, inclusive no que tange à lista de serviços.

É nesta lista de serviços que se encontra o item alvo deste estudo, o serviço de fornecimento de mão de obra: “17.05 – Fornecimento de mão de obra, mesmo em caráter temporário, inclusive de empregados ou trabalhadores, avulsos ou temporários, contratados pelo prestador de serviço”. Na mesma lista, encontra-se como item 17.04 o “Recrutamento, agenciamento, seleção e colocação de mão de obra”. Desta forma, vê-se que ambos tratam de mão de obra e integram o grupo “17 – Serviços de apoio técnico, administrativo, jurídico, contábil, comercial e congêneres” (BRASIL, 2003). Há, contudo, diferenças marcantes entre ambos os serviços.

Com efeito, a análise do caso, à luz dos preceitos da Lei Complementar Federal, da elucidação de ambos os institutos e da caracterização da similaridades mas, principalmente, das diferenças, permitirá, ao final deste, vislumbrar a correta tributação dos itens 17.05 e 17.04 – o que irá ao encontro da intenção legislativa de arrecadação tributária desta fonte de receita municipal, configurando mais um instrumento que permite os Municípios alcançarem de fato o seu papel, quer seja o de fazer frente às demandas públicas (MARTINS, 2009). É o que se pretende sustentar. A proposta desse trabalho se apresenta, além desta introdução, em uma segunda sessão referente à tributação e o imposto sobre serviço, seguida de uma terceira, sobre o fornecimento de mão de obra e o agenciamento de mão de obra; uma quarta, com os contornos metodológicos, uma quinta, que analisará similaridades e distinções entre ambos, e uma final, de conclusão, seguida de referências.

2 TRIBUTAÇÃO E IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS

A Constituição da República Federativa do Brasil (CF), datada de 1988, foi concebida num modelo constitucional que prevê a República como forma de Governo e a Federação como forma de Estado vigentes no País. A classificação dos entes em União, Estados e

Municípios foi a forma pela qual a sociedade brasileira optou por se organizar política e administrativamente, dando a cada ente uma série de competências administrativas e fornecendo meios para obtenção de receitas que farão frente às despesas decorrentes dos serviços prestados.

O Estado não deixa de ser uma grande associação. Enquanto tal, existe para o atingimento de certos fins que dizem respeito aos interesses da própria coletividade. É a atividade política que determina a escolha dos objetivos que devem ser perseguidos prioritariamente, visto que não é possível querer-se atingi-los, a todos, simultaneamente, em razão da escassez de meios financeiros. Fundamentalmente, o Estado dispõe daquilo que arrecada na sociedade, no mais das vezes, de forma coercitiva. (BASTOS, 2001, p. 3)

As possíveis fontes de financiamento, assim, para amparar as despesas públicas, advêm do endividamento junto ao público e da emissão monetária, mas, principalmente, da tributação. Para Maria e Luchiezi Junior, enquanto o endividamento fragiliza o orçamento público, que faz com que a longo prazo a dívida se torne maior ainda, a emissão e circulação de moeda em volume superior à produção acarreta em inflação e alta contínua do nível de preços, motivo pelo qual a geração de receitas próprias é “a única fonte de financiamento do Estado fundada em regras econômicas socialmente justas” (MARIA; LUCHIEZI JR., 2010, p. 14-15).

A tributação, assim, é parte relevante das receitas derivadas (sendo as originárias aquelas que vêm da exploração de patrimônio público), instrumento arrecadador de receitas que permite a manutenção geral do Estado (MARIA; LUCHIEZI JR., 2010, p. 14-15) e o “atingimento dos fins que justificam a sua própria existência” (CARRAZZA, 2015, p. 797). Vê-se legitimada no arcabouço constitucional comumente denominado Sistema Tributário Constitucional, com toda a legislação infraconstitucional dando suporte às complexas exações previstas.

Quanto ao sistema tributário, o novo texto constitucional atribui a estados e municípios ampla autonomia para legislar e arrecadar tributos próprios, aos quais se somam os recursos originários dos fundos de participação e os repasses provenientes das contribuições sociais, compondo um desenho político-institucional que apresenta significativos avanços no que diz respeito à descentralização-fiscal. Esta, por sua vez, associada aos recursos fiscais nacionais e estaduais, representa a possibilidade de os governos locais terem maior grau de autonomia de gestão perante os demais níveis. (SOARES; BAVA, 2002, p. 154)

Neste contexto, impera a significação do termo “tributo”, que, proveniente de

“*tribuere*, dividir por tribos, repartir, distribuir, atribuir” (AMARO, 2013, p. 38), é conceituado pelo Código Tributário Nacional (CTN) como “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada” (BRASIL, 1966). Inclui os impostos, taxas e contribuições de melhoria, por disposição do próprio CTN art. 5º, e artigo 145 da Carta Magna, e somados a esses o empréstimo compulsório e as contribuições, por redação da CF, arts. 148 e 149.

Assim, conforme delimitado no escopo desse estudo, importa à esta análise a figura dos impostos municipais, especialmente, o ISS. Sendo o imposto uma das espécies de tributo conceituada como “tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independentemente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte” (art. 16 do CTN), é o ISS um dos impostos previstos na Constituição, de competência municipal.

De fato, os Municípios, entes federados previstos no art. 1º da CF de 1988, são os entes mais próximos fisicamente dos cidadãos. Detém autonomia política, financeira e administrativa, e participam de competências comuns administrativas, conjuntamente com União, Estados e Distrito Federal, bem como têm também suas competências privativas definidas no texto constitucional (BRASIL, 1988). Como de nada adianta autonomia administrativa e política sem recursos próprios que forneçam renda à execução dos serviços, permitindo o progresso do ente (MEIRELLES, 2003), participam os municípios de um quinhão de competências tributárias definidas pela Carta Magna. No que tange aos impostos, são de sua competência privativa os elencados no art. 156 da Constituição Federal: de propriedade predial e territorial urbana; transmissão “inter vivos”, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição; e serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar (BRASIL, 1988).

Alvo deste estudo, este último, o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, conhecido como ISS ou ISSQN, é o imposto mais representativo em termos de arrecadação municipal (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2018). Introduzido no Brasil pela Emenda Constitucional n. 18, de 1965, inicialmente sob a roupagem do Decreto-lei 406 de 1968 (ZILVETI; COELHO, 2009), traz hoje seus contornos na Lei Complementar Federal 116/2003, e tem “como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador”, definição de seu primeiro

artigo (BRASIL, 2003).

Dessa forma, percebe-se que não se confundem as atividades descritas no artigo 155, II, da CF, pertencentes ao campo de incidência do ICMS, e que o serviço deve constar na lista anexa à lei. Define a lei hipóteses de não-incidências, local em que se considera prestado o serviço, caracterização de estabelecimento prestador, a condição do Contribuinte como o prestador do serviço, a possibilidade de os entes instituírem mediante lei a responsabilidade em substituição tributária (bem como responsabilidades já atribuídas por força do §2º do artigo 6º), base de cálculo definida como o preço do serviço e orientações sobre alíquotas máximas e mínimas, em seus artigos 1º a 18 (BRASIL, 2003).

Principais temáticas deste estudo, obrigatórias se fazem as definições de fato gerador, a subsunção, ou seja, a correspondência rigorosa, de situação material à hipótese (denominada no tributário de hipótese de incidência) prevista anteriormente em lei (CASSONE; CASSONE, 2007), que vincula o contribuinte e o faz assumir o dever jurídico de pagar o montante do imposto ao Estado (AMARO, 2013), e de base de cálculo, “critério legal utilizado para dimensionar o fato jurídico tributário que, combinado com a alíquota, informa o objeto da relação jurídica tributária.” (ROSSI, 2011, p. 259).

Quanto às classificações, pode-se assim visualizar: quanto à competência impositiva: municipal (criado privativamente pelos Municípios e pelo DF); quanto ao exercício da competência: privativo (caráter de exclusividade); quanto à finalidade: fiscal (arrecadatória); quanto à hipótese de incidência: não vinculado (independe de atividade específica relativa ao contribuinte); quanto ao destino da arrecadação: não vinculado (pode ser usado em quaisquer despesas do orçamento); quanto à possibilidade de repercussão: indireto (onerando pessoa distinta do contribuinte de direito); quanto aos aspectos subjetivos e objetivos da hipótese de incidência: real (incidindo sobre as coisas); e quanto à base econômica tributada: sobre a produção e circulação (ALEXANDRE, 2015).

Passíveis de tributação de ISS os itens que se encaixam na lista que segue o corpo da Lei Complementar Federal que norteia o imposto, para esta análise, assim, essencial que se conheça melhor as figuras dos itens 17.05 e 17.04 da lista anexa, quer sejam elas o “Fornecimento de mão de obra, mesmo em caráter temporário, inclusive de empregados ou trabalhadores, avulsos ou temporários, contratados pelo prestador de serviço” e o “Recrutamento, agenciamento, seleção e colocação de mão de obra”.

3 FORNECIMENTO DE MÃO DE OBRA *VERSUS* AGENCIAMENTO DE MÃO DE OBRA

O serviço de fornecimento de mão de obra, mesmo em caráter temporário, inclusive de empregados ou trabalhadores, avulsos ou temporários, contratados pelo prestador de serviços, implica em serviço no qual o prestador é o responsável pelo próprio serviço. Nesta modalidade, o prestador, aquele que fornece a mão de obra, utiliza-se de empregados a ele vinculados para fornecer ao tomador, aquele que recebe a mão de obra, o serviço que ele deseja, por preço que representa tributariamente a base de cálculo.

Neste caso, sendo o pessoal contratado da própria empresa, não se fala em intermediação, uma vez que a mão de obra empregada se configura como custo do serviço que não deve ser excluído da base de cálculo do imposto. As chamadas terceirizadoras de mão de obra, de fato, colocam seus trabalhadores à disposição de tomadores diversos de serviço. Desta forma, selecionam previamente funcionários, que fazem parte do seu corpo de trabalhadores, e depois disponibilizam esses funcionários a terceiros, repassando a esses terceiros os custos dos funcionários e custos agregados pela disponibilização, bem como sua margem de lucro. O repasse se dá via nota fiscal entre tomador e prestador, mas nitidamente a relação entre funcionário e empresa se dá com o prestador de serviços; tanto o é que quem efetua de fato o pagamento de valores aos funcionários é o prestador de serviços.

No que concerne ao trabalho temporário, relacionam-se ao tema conceitos e súmulas do Direito do Trabalho, como a definição constante da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei 5.452 de 1943) sobre empregado, que o define, no art. 3º, como “toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário” e afirma, ainda, em Parágrafo único, que “não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual”.

A Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (BRASIL, 2011) procurou assegurar a garantia de adimplemento das obrigações trabalhistas relativas ao empregado, não excluindo da relação processual tomadora de serviços, mas invocando-a em caráter subsidiário. Isso se dá, principalmente, pelo reconhecimento de que a obrigação se dá mediante a relação entre prestador e funcionário (perceba-se que não se fala aqui em responsabilidade solidária, e sim em subsidiariedade, baseada na proteção do serviço prestado pelo funcionário). Ainda, salienta-se que na operação de trabalho temporário estão

presentes duas relações jurídicas: uma entre a empresa tomadora e a de trabalho temporário (prestadora), consoante redação dos artigos 9 e 10 da Lei nº 6.019 de 1974, de novíssimas redações, inclusive, por conta da recente Lei n. 13.429 de 2017, e outra entre a prestadora e o empregado contratado a prazo certo, disposto no artigo 11 da mesma lei.

Certo, então, que a atividade de fornecimento de mão de obra engloba a figura do funcionário como vinculado ao prestador, cedido ao tomador por tempo determinado, com o qual não mantém vínculo empregatício, e tem como base de cálculo de tributação o preço do serviço, que corresponde a toda a operação efetuada. Os custos arcados com os funcionários, repassados ao tomador por força contratual, compõem conjuntamente a base de cálculo, que será, assim, a totalidade da operação realizada.

A fim de contrastar o item alvo deste estudo com o item comumente confundido, implica a explanação do serviço de agenciamento de mão de obra. No caso do item 17.04: a empresa atua como intermediária entre o contratante e o terceiro que é colocado no mercado de trabalho. A intermediação implica que o preço do serviço é a taxa de agenciamento, haja vista este ser realmente o serviço realizado pelo prestador. Quaisquer relações que posteriormente se façam entre contratante e terceiro não implicarão participação do intermediário, que nada mais fez do que aproximar duas partes com interesse em contratar, e por este serviço cobrou expressão monetária.

O prestador, nesse sentido, realiza serviços de assessoramento, aproximando partes que têm interesse em contratar. Assim, não faz parte do corpo de funcionários do prestador aqueles que prestarão serviços ao tomador do agenciamento; quando se relacionarem os terceiros ao tomador do agenciamento, os farão por conta própria, em contrato próprio. Em sendo a atividade do prestador o agenciamento, mera intermediação entre as partes, essa é a base de cálculo do serviço. A nota fiscal de prestação de serviços evidenciará essa relação contratual, na qual o tomador do agenciamento pagará ao prestador, geralmente, valor percentual da operação a ser realizada ou valor fixo de tabela, a depender da formação da planilha de custos e preços do prestador de serviços, variando de empresa para empresa.

4 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O presente artigo tem como objetivo analisar a tributação do Imposto sobre Serviços (ISS) no fornecimento de mão de obra, item 17.05 da lista de serviços da Lei Complementar

Federal 116/2003. Sua justificativa encontra amparo na importância do ISS dentro dos impostos de competência municipal, sendo o mais expressivo (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2018), somada ao fato da comum confusão que circunda os serviços de fornecimento de mão de obra e agenciamento de mão de obra, este último correspondente ao item 17.04 da mesma lista. Quando confundidos os termos, podem ser vislumbrados impactos diretos na tributação dessas atividades, e conseqüentemente, na arrecadação municipal, eis que atuam sobre fatos geradores e bases de cálculo distintas.

Assim, para o atingimento do objetivo proposto, faz-se a análise teórica dos elementos à ótica da legislação e da jurisprudência, bem como dos teóricos do tema, caracterizando-se o estudo como descritivo e analítico, eis que tanto identifica elementos e os relata quanto aprofunda a análise dos elementos coletados (RAUPP; BEUREN, 2003). As fontes de dados, assim, são secundárias, e compreendem material bibliográfico e documental, e dão amparo à descrição e posterior análise.

O estudo apresenta, por fim, características de abordagem qualitativa, levantando elementos relacionados e suas interações em uma pesquisa que aprofunda o estudo em tópico específico para melhor desnudar o fenômeno estudado (ALVES, 2003; RAUPP; BEUREN, 2003).

Esclarecidos os procedimentos metodológicos da pesquisa, passa-se agora aos resultados e à análise.

5 SIMILARIDADES E DISTINÇÕES ENTRE OS SERVIÇOS DE FORNECIMENTO E AGENCIAMENTO DE MÃO DE OBRA

Embora ambos tratem de mão de obra, integram o item 17, “Serviços de apoio técnico, administrativo, jurídico, contábil, comercial e congêneres” e sejam serviços passíveis de cobrança de ISS pela Municipalidade, mais do que suas similaridades, é essencial que se faça a diferenciação dos dois serviços previstos, por se tratarem de fatos geradores distintos provenientes de atividades diversas, cuja forma de cálculo do ISS também se faz diferenciada. Em sua verdade, dadas as características apresentadas anteriormente, o que diferencia ambos, em termos de tributação, é a base de cálculo (a despeito de que as alíquotas podem ser diferenciadas, a critério de cada Município e sua legislação própria), que, segundo o artigo 7º caput da LC 116/2003, é “o preço do serviço”. A discussão, nesse sentido, se dá em

corretamente diferenciar o que é cada serviço, reconhecendo a participação do prestador, funcionários e tomador da atividade em cada um deles, para daí sim afirmar-se o que configura a base de cálculo do imposto.

Não incomum é o requerimento de Contribuintes ao Fisco Municipal para que a prestação de serviços de “fornecimento de mão de obra temporária” seja tributada tão somente tendo por base a taxa administrativa que compõe a tabela de custos do serviço, e que sejam desconsiderados quaisquer outros valores referentes às despesas globais da base de cálculo do ISS incidente nesta operação. Requerem, desta forma, que sejam tributados pelo ISS as diferenças entre os valores pagos pelo tomador e o preço total abatido pela remuneração e encargos dos funcionários. Vide, por exemplo, Consulta 06/2013 formulada à Prefeitura de São Paulo (PREFEITURA DE SÃO PAULO, 2013).

Quando fático, o requerimento normalmente ignora ou desconhece as diferenciações entre ambos os serviços, e a atividade do prestador e dos funcionários em cada um deles. Erra, portanto, ao considerar que o serviço prestado no fornecimento de mão de obra temporária implica somente na intermediação, confundindo os conceitos dos serviços descritos nos itens 17.05 e 17.04.

O Julgado do Superior Tribunal de Justiça, que segue, não deixa dúvidas ao tema, pacificando entendimento acerca da questão de forma elucidativa no excerto abaixo:

1. A base de cálculo do ISS é o preço do serviço, consoante disposto no artigo 9º, caput, do Decreto-Lei 406/68.
2. As empresas de mão-de-obra temporária podem encartar-se em duas situações, em razão da natureza dos serviços prestados: (i) como intermediária entre o contratante da mão de obra e o terceiro que é colocado no mercado de trabalho; (ii) como prestadora do próprio serviço, utilizando de empregados a ela vinculados mediante contrato de trabalho.
3. A intermediação implica o preço do serviço que é a comissão, base de cálculo do fato gerador consistente nessas "intermediações".
4. O ISS incide, nessa hipótese, apenas sobre a taxa de agenciamento, que é o preço do serviço pago ao agenciador, sua comissão e sua receita, excluídas as importâncias voltadas para o pagamento dos salários e encargos sociais dos trabalhadores. Distinção de valores pertencentes a terceiros (os empregados) e despesas com a prestação. Distinção necessária entre receita e entrada para fins financeiro-tributários. (SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2009)

Reforça tal questão a sentença proferida no STJ Agravo de Instrumento 1.359.785 - RJ (2010/0190662-6), da qual transcreve-se trecho abaixo:

[...] Lista de serviços. Item 17.05: Fornecimento de mão-de-obra, mesmo em caráter

temporário, inclusive de empregados ou trabalhadores, avulsos ou temporários, contratados pelo prestador de serviço. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. “O acórdão recorrido distingue duas espécies de atividade desenvolvidas pelas empresas de mão-de-obra temporária: (a) mera intermediação entre o contratante e o trabalhador e (b) efetiva prestação do serviço contratado, por meio de seus empregados. No primeiro caso (intermediação), o ISS incide apenas sobre a comissão cobrada pela empresa. Na segunda hipótese (efetiva prestação do serviço pela empresa contratada), o tributo municipal incide sobre o valor total do serviço (caso dos autos). (...) No primeiro caso, a base de cálculo do ISS seria a taxa de administração - que é o preço do serviço efetivamente prestado, enquanto que, na segunda hipótese, a base de cálculo recairia sobre o total da receita percebida, nela incluídas as importâncias voltadas para o pagamento dos salários e encargos sociais dos trabalhadores. (SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010)

No mesmo sentido, dentre outras, REsp 209.005/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 16.08.1999; REsp 1.082.636/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 20.05.2009; REsp 1.185.275/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 23.9.2011; AgRg no REsp 1.197.799/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 22.6.2012, assim como a recente decisão de data de julgamento 09.05.2018 e publicação 15.05.2018 no SJT - AR: 5268 MG 2013/0335398-5, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Sessão. Apesar disso, ainda em 2019 se percebem consultas realizadas dentro da esfera tributária municipal, confundindo a terceirização de mão de obra com outros subitens do item 17, inclusive o 17.04, como por exemplo na Consulta 028/2019 formulada à Prefeitura de Belo Horizonte (PREFEITURA DE BELO HORIZONTE, 2019), o que demonstra o quão atual é a discussão.

Espaço se abre, ainda, para outra distinção além das mencionadas, que se faz acerca da responsabilidade diretamente atribuída pela LC 116/2003 aos tomadores do serviço 17.05, conforme redação expressa do artigo 6º, §2º da mesma lei. Não prevê a lei a responsabilidade do tomador do item 17.04, admitida a ressalva que faz o caput do mesmo artigo quando determina que “Os Municípios e o Distrito Federal, mediante lei, poderão atribuir de modo expreso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa [...]”, o que possibilitaria, caso a caso, a depender da legislação de cada Município, que sejam estes também casos de responsabilidade do tomador de serviços. De toda sorte, clara a disposição do instrumento legal normativo ao elencar tão somente o item 17.05 da lista. Por todo o exposto, acredita-se que restam nítidas, mais que as similaridades, as diferenciações entre ambos os serviços constantes da lista anexa da LC 116/2003, impactando diretamente na diferente tributação dos dois serviços frente ao fisco municipal na cobrança do ISS.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado brasileiro estruturou-se de tal forma que a forma de estado vigente no País é o federalismo, prevendo autonomia dos entes da federação, dentre eles, o Município. Respondem estes entes por um número grande de competências comuns, dispostas no artigo 23 da CF, bem como por competências próprias, e mantém na tributação sua principal fonte de financiamento para pagamento destas despesas. Para este estudo, foi focado o ISS, imposto sobre serviços - uma grande fonte de receita própria do ente - principalmente nas atividades que permeiam a mão de obra do item 17 da Lei Complementar Federal 116/2003. A comum confusão entre os itens 17.05 e 17.04 da lista de serviços da mencionada lei é, muitas vezes, fonte de falha na arrecadação desses tributos, uma vez que não se vislumbram nitidamente seus contornos.

Este estudo pretendeu ampliar a discussão acerca das similaridades e, principalmente, das diferenças entre ambas as atividades. Ao elucidar as particularidades do fornecimento de mão de obra e do agenciamento de mão de obra, crê-se que foi possível a compreensão do porquê da tributação diferenciada nos dois serviços. Seguindo a máxima, sobretudo, de que “a base de cálculo do imposto é o preço do serviço”, e explicitadas as diferenças entre ambas as atividades, nítido perceber o porquê no agenciamento puro o ISS se dá somente sobre o valor do agenciamento, e no fornecimento de mão de obra, sobre todo o valor da nota, tributação pelo total do agenciamento e remuneração do funcionário e demais encargos.

Ainda, na regência do art. 1º, §4º, “Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador. [...] § 4º A incidência do imposto não depende da denominação dada ao serviço prestado.” Destarte, se for o caso de o prestador atuar como intermediário entre o contratante da mão de obra e o terceiro que atua em mercado de trabalho, cobrando por isto valor pelo agenciamento, esta será a base de cálculo do ISS, porquanto representa o serviço efetivamente prestado.

Na mesma esteira, caso se verifique a prestação de serviços de mão de obra por pessoal contratado pela empresa prestadora, que cobra o repasse desses valores do tomador de serviços, além de taxa de agenciamento por este fornecimento, resta afastada a figura da intermediação, considerando-se a mão de obra e todos os seus valores relacionados custos e

despesas do serviço prestado, a serem somados com o valor cobrado pelo agenciamento, e englobando todos esses valores a base de cálculo do ISS. Neste sentido, é a análise fática da situação que permitirá a acertada tributação da atividade, independentemente de esta ser nomeada em documento fiscal ou contrato como agenciamento ou fornecimento de mão de obra. A análise do conjunto de elementos que permeiam a relação e compõem o fato gerador do imposto promoverá, per si, a adequada e justa tributação da atividade.

Crê-se que, com as explanações fornecidas, é possível perceber as diferenças de tributação, especialmente no que tange à base de cálculo e à substituição tributária já previamente definida na LC 116/2003. Ainda, que da lógica se pode compreender o porquê de, erroneamente classificadas, haver perda de receita para os municípios e possível comprometimento no fornecimento dos serviços públicos, haja vista a importância do ISS na composição da receita própria arrecadada por este ente. A correta orientação tanto do Fisco, órgão responsável pela arrecadação dos tributos do ente, quanto dos Contribuintes e responsáveis definidos legalmente como arrecadadores do tributo, permite que se cumpram os ditames constitucionais e que sejam entregues nem mais nem menos do que o acordado legalmente pelo pacto que une os cidadãos brasileiros os recursos necessários à satisfação dos seus anseios. Ainda, permite que o contribuinte não seja onerado com multas e juros decorrentes de possíveis autuações dos órgãos fiscalizadores, o que não é de interesse do Contribuinte e certamente não é de interesse da fiscalização tributária, que têm em suas atribuições a realização da justiça fiscal.

Com essa breve análise, pode-se concluir pela tributação do item 17.05 como de base de cálculo cheia, considerando valores pagos aos funcionários como custos do serviço prestado, e pela diferenciação entre a tributação do item 17.05 e item 17.04, que encontra sua base de cálculo no preço do serviço de agenciamento, que é o serviço efetivamente prestado. Ainda, que a diferenciação auxilia tanto a auditoria fiscal, em sua função arrecadatória, quanto o contribuinte, na correta mensuração do valor a pagar e no afastamento de possíveis punições por autuação fiscal na cobrança correta do imposto devido. Por fim, que a reta tributação desses itens vai ao encontro da intenção legislativa de arrecadação de receita próprias municipais e de justiça fiscal, sendo devido o que lhe é de direito, e auxilia na consecução do objetivo do Município de efetivamente satisfazer as demandas do corpo social.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. 9 ed. rev. Atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

ALVES, Magda. *Como escrever teses e monografias*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito financeiro e de direito tributário*. 8. Ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 29 mar. 2018.

_____. *Decreto-Lei 5.452*, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, 1943. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm . Acesso em: 4 abr. 2018.

_____. *Emenda Constitucional nº 18*, de 1º de dezembro de 1965. Reforma do Sistema Tributário. Brasília, 1965. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc18-65.htm>. Acesso em: 17 fev. 2018.

_____. *Lei 5.172*, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm. Acesso em: 17 mar. 2018.

_____. *Lei 6.019*, de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Brasília, 1974. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm. Acesso em: 4 abr. 2018.

_____. *Lei Complementar nº 116*, de 31 de julho de 2003. Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências. Brasília, 2003. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm. Acesso em: 09 abr. 2018.

_____. *Súmula nº 331 do TST*. Contrato De Prestação de Serviços. (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. Disponível em:
http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html. Acesso em: 4 abr. 2018.

CASSONE, Maria Eugenia Teixeira; CASSONE, Vittorio. *Processo Tributário: Teoria e*

Prática. 8. Ed. 2. Reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 30. Ed. rev. Ampl. E atual. até a Emenda Constitucional n. 84/2014. São Paulo: Malheiros, 2015.

MACEDO, Marco Antonio Ferreira. Breves reflexões acerca da competência tributária municipal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; BRITO, Edvaldo Pereira de (Orgs.). *Direito tributário: impostos municipais e contribuições*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção doutrinas essenciais; v.5). p.1170-1178.

MARIA, Elizabeth de Jesus; LUCHIEZI JR., Álvaro (Orgs.). *Tributação no Brasil: em busca da justiça fiscal*. – Brasília, 2010.

MARTINS, Sergio Pinto. *Manual de direito tributário*. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 13. Ed. atualizada por Célia Marisa Prendes e Márcio Schneider Reis. São Paulo: Malheiros, 2003.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. Receita Federal do Brasil. Centro de Estudos Tributários e Aduaneiros (CETAD). *Carga Tributária no Brasil 2017*. Análise por Tributos e Bases de Incidência. Brasília, novembro de 2018. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudose-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga-tributaria-2017.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2018.

PREFEITURA DE BELO HORIZONTE. Gerência de Legislação e Consultoria. Consultas específicas feitas à gerência de Legislação. *Sequência/Ano – 028/2019*. Disponível em: <http://www.fazenda.pbh.gov.br/internet/pesquisas/consultas/resultadofom.asp?FormMode=Edita&BuscaPalavra=M%C3O-DE-OBRA&TipoBusca=A&MenuBusca=>. Acesso em: 28 nov. 2019.

PREFEITURA DE SÃO PAULO. Finanças e desenvolvimento econômico. *Solução de consulta SF/DEJUG nº 06, de 27 de fevereiro de 2013*. Disponível em: https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/upload/SC006_1375796809.pdf. Acesso em: 28 nov. 2019.

RAUPP, Fabiano Maury; BEUREN, Ilse Maria. Metodologia da pesquisa aplicável às ciências sociais. BEUREN, Ilse Maria (Org.). *Como elaborar trabalhos monográficos em contabilidade: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2003.

ROSSI, Carlos Alberto Del Papa. ISS: Base de cálculo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; BRITO, Edvaldo Pereira de (Orgs.). *Direito tributário: impostos municipais e contribuições*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção doutrinas essenciais; v.5). p. 251-268.

SOARES, José Arlindo; BAVA, Silvio Caccia (Orgs.). *Os desafios da gestão municipal democrática*. 2. Ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, *AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.359.785 - RJ (2010/0190662-6)*. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Posicionamento Consolidado pela Primeira Seção no Julgamento do Recurso Repetitivo 1.138.205/PR. Agravo de Instrumento não Provido. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18161826/ag-1359785>. Acesso em: 3 abr. 2018.

_____. *RECURSO ESPECIAL Nº 209.005 SP 1999 /0027023-1*, Relator: Ministro Garcia Vieira, Data de Julgamento: 17/06/1999, T1 - Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 16.08.1999 p. 54. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/411156/recurso-especial-resp-209005-sp-1999-0027023-1/inteiro-teor-100263524>. Acesso em: 28 nov. 2019.

_____. *RECURSO ESPECIAL 1.082.636 – PR (2008/0183736-0)*. Relator: Ministro Luiz Fux. 1ª Turma. DJE 20.05.2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/consulta/processo>. Acesso em: 28 nov. 2019.

_____. *RECURSO ESPECIAL Nº 1.138.205 - PR (2009/0084721-6)*. Relator: Ministro Luiz Fux. Primeira Seção, julgado em 09/12/2009, DJe de 01/02/2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=7569702&num_registro=200900847216&data=20100201&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 3 abr. 2018.

_____. *RECURSO ESPECIAL Nº 1.185.275 - PR (2010/0045913-7)*. Relator: Ministro Mauro Campbell. 2ª Turma. DJe. 23/09/2011 Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/consulta/processo>. Acesso em: 28 nov. 2019.

_____. *AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.197.799 - SP (2010/0106725-2)*. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. 1ª Turma. DJE 22/06/2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/consulta/processo>>. Acesso em: 28 nov. 2019.

_____. *AÇÃO RESCISÓRIA AR: 5268 MG 2013/0335398-5*, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Data de Julgamento: 09/05/2018, S1 - Primeira Seção, Data de Publicação: DJe 15/05/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/consulta/processo>. Acesso em: 28 nov. 2019.

TUROLLA, Frederico Araujo. Responsabilidade fiscal e investimento público no Brasil. In: VASCONCELLOS, Roberto França de. *Direito tributário: política fiscal*. São Paulo: Saraiva, 2009. (Série GVLaw).

VEDANA, Celso. *Federalismo: Autonomia tributária formal dos Municípios*. Florianópolis: Habitus, 2002.

ZILVETI, Fernando Aurelio; COELHO, Monica Pereira. O imposto sobre serviços e competência federativa. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de; ZILVETI, Fernando Aurelio (Coords.). *Direito tributário: tributação empresarial*. São Paulo: Saraiva, 2009.

EMPREENDIMENTOS EM ÁREAS INDÍGENAS: A TUTELA DOS DIREITOS INDÍGENAS
DURANTE O LICENCIAMENTO AMBIENTAL NO BRASIL

*ENTERPRISES IN INDIGENOUS AREAS: THE PROTECTION OF INDIGENOUS RIGHTS
DURING ENVIRONMENTAL LICENSING IN BRAZIL*

Bianor Saraiva Nogueira Junior¹;

Tainá Bueno Vieira².

Resumo: Os direitos dos povos indígenas, apesar de reconhecidos e instituídos na legislação brasileira, continuam sendo violados de forma desmedida. Como crescimento econômico e o interesse nas áreas ocupadas por esses povos, a instalação de empreendimento se tornou recorrente, entretanto para que isso seja possível é preciso passar por um rigoroso processo de licenciamento e estudos ambientais, levando em consideração as peculiaridades do componente indígena. Portanto, esta análise da legislação existente, das correntes doutrinárias e pesquisa bibliográfica busca constatar as falhas e lacunas que prejudicam a garantia dos direitos dos povos indígenas. Para isso, utiliza-se o método dedutivo, uma vez que são tidos como parâmetros iniciais princípios e instrumentos legais nacionais e internacionais voltados aos indígenas.

Palavras-chave: Povos indígenas. Direitos Indígenas. Ambiental.

Abstract: The rights of indigenous people, despite being recognized and instituted in Brazilian legislation, continue to be violated in an excessive way. As economic growth and interest in the areas occupied by these peoples, the installation of the enterprise has become recurrent, however for this to be possible it is necessary to go through a rigorous process of licensing and environmental studies, taking into account the peculiarities of the indigenous component. Therefore, this analysis of existing legislation, doctrinal trends and bibliographic research seeks to identify the flaws and gaps that hinder the guarantee of the rights of indigenous peoples. For this, the deductive method is used, since national and international legal principles and instruments aimed at indigenous people are taken as initial parameters.

Keywords: Indigenous people. Indigenous Rights. Environmental.

¹ Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Sociedade e Cultura na Amazônia - PPGSCA da Universidade Federal do Amazonas - UFAM. Doutorando em Direito Público pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG (DINTER-UEA/UFMG - Conceito 06 - CAPES) Mestre em Direito Ambiental pelo PPGDA da Universidade do estado do Amazonas - UEA. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM. Professor Adjunto do curso de Direito da Universidade do Estado do Amazonas – UEA. Professor Doutor do curso de Pós-graduação em Direito Público, ESA/OAB-AM/UEA. Professor Doutor do curso de Mestrado em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas - PPGDA/UEA. Condecoração Jubileu de Bronze - Comenda - AGU, 2015. Procurador Federal. Coordenador Estadual PFE/IBAMA/AM - Port. n°. 209/2017.

² Bacharelada em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas-UEA.

Artigo recebido em 02/12/2020 e aprovado para publicação em 21/10/2021.

1 INTRODUÇÃO

A tutela dos povos indígenas abrange uma gama de direitos reconhecidos internacionalmente e que foram incorporados na Constituição Federal de 1988. O Brasil possui uma característica ímpar quanto a diversidade cultural indígena na sua essência, entretanto, os mantêm institucional e estruturalmente desprezados desde a colonização, com a perpetuação de estigmas.

O índio aprendeu a viver em meio à natureza. O meio ambiente e os seus componentes foram considerados muitos mais que recursos de sobrevivência e provedores de sustento, atribuindo-lhes grande significado. A preservação da natureza está intimamente ligada à preservação dos próprios povos indígenas, o meio ambiente no qual se desenvolveram faz parte da sua identidade.

A importância dada por esses povos ao meio natural em que habitam convive há séculos com os interesses econômicos privados e do Estado. Com o aflorar das reivindicações desses povos, seus direitos foram instituídos na legislação brasileira. Cabe assim, ao Estado garantir a preservação do meio ambiente, assim como a tutela dos direitos indígenas, frente ao desenvolvimento econômico acelerado. Nesse cenário, é necessário destacar o papel do licenciamento ambiental e dos estudos prévios, como instrumentos de preservação e mitigação de impactos.

Á vista disso, o presente trabalho terá como abordagem a problemática da tutela dos direitos indígenas frente a instalação de empreendimentos nas áreas ocupadas por esses povos, que são precedidos pelo instrumento do licenciamento ambiental e os estudos que o compõem. Este funciona não só como mecanismo de prevenção de impactos e regulamentação de obras, mas como mitigador de impactos socioambientais, no entanto, existem diferentes entraves que prejudicam alcançar esse propósito.

Em um primeiro momento, intenta-se contextualizar a tutela dos direitos indígenas no âmbito internacional e nacional, descrevendo a política indigenista aplicada no Brasil. Em seguida, tratar efetivamente do licenciamento ambiental e a sua importância para a preservação do meio ambiente cultural, do papel da FUNAI nesse processo e a análise dos impactos socioculturais no estudo prévio de impacto ambiental.

Por fim, esclarecer como funciona a participação dos indígenas nessa ferramenta,

além de traçar noções acerca da compensação ou indenização caso não haja a mitigação de danos etnoambientais.

2 CONTEXTO INTERNACIONAL E NACIONAL DA TUTELA DOS DIREITOS INDÍGENAS

Povos indígenas, ou povos autóctones, é a denominação dada aos povos que originariamente habitaram o continente americano e até hoje preservam a sua identidade. Em nota técnica, a ONU definiu:

[...] as comunidades, os povos e as nações indígenas são aqueles que, contando com uma continuidade histórica das sociedades anteriores à invasão e à colonização que foi desenvolvida em seus territórios, consideram a si mesmos distintos de outros setores da sociedade, e estão decididos a conservar, a desenvolver e a transmitir às gerações futuras seus territórios ancestrais e sua identidade étnica, com base de sua existência continuada como povos, em conformidade com seus próprios padrões culturais, as instituições sociais e os sistemas jurídicos. (LUCIANO, 2006, p.27)

Considerando a existência desses povos desde o surgimento das primeiras organizações humanas e a preservação da sua cultura e essência até os dias atuais, é simples concluir que foram atravessados inúmeros obstáculos e travadas as mais diversas lutas para que esse objetivo fosse alcançado.

O posicionamento dos povos autóctones frente a sociedade como conhecemos levou-nos a atribuir a devida importância a sua sobrevivência e a garantia de seus direitos como seres humanos. Diante dessa breve análise, surgiram institutos internacionais que vem difundindo esse pensamento, dentre eles a Convenção 169 da OIT, a própria ONU e no contexto do direito brasileiro, a Constituição Federal de 1988.

3 CONVENÇÃO 169 DA OIT, A ONU E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Criada em 1919, “a Organização Internacional do Trabalho (OIT) tem considerado, entre suas principais preocupações, a situação das chamadas populações indígenas que representam parte da força de trabalho nos domínios coloniais” (OIT, 2011, p. 5). Em razão do crescimento das reivindicações desses povos e a sua presença nas relações de trabalho, foi formulada a Convenção nº 107 de 1957, que foi então um primeiro passo na tentativa de codificar os direitos fundamentais indígenas.

Com o histórico marcado por ideais integracionistas, a Convenção 107 da OIT sofreu duras críticas frente as imposições propostas por esses povos com o simples objetivo de garantir a sua sobrevivência, uma vez que por séculos viram o próprio genocídio e decomposição da sua identidade. Assim, foi reconhecido pela organização que deveria haver uma revisão e reformulação de conceitos, surgindo assim a Convenção nº 169 em 1989.

A convenção 169 da OIT sobre os Povos Indígenas e Tribais, representou uma mudança de paradigma da tratativa dos povos indígenas, que passa a ser o respeito as suas formas de vida e o direito de preservação da sua cultura, diferentemente do que se via nas disposições anteriores. A OIT descreve da seguinte forma:

[...] el convenio núm. 169 revisa el núm. 107 y señala un cambio en la concepción de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales. Su protección continua siendo el objetivo principal, pero basada en el respeto de sus culturas, formas de vida, tradiciones y costumbres propias. (OIT, 2003, p.16)

Ratificada pelo Brasil em julho de 2002, uma das principais mudanças foi quanto a autodeterminação, no intuito de figurar os povos indígenas como protagonistas da tutela de seus direitos. Segundo Luciano (2006, p.96), “essa autonomia ou autodeterminação é, pois, necessidade e condição para a continuidade histórica dos povos originários, enquanto direito de perpetuar modos próprios de vida em seus territórios”.

Nesta Convenção foram evidenciados um dos principais problemas desses povos, que é a falta de oportunidade de se manifestarem sobre as deliberações do Estado que irão influenciar na sua forma de vida. Assim foram regulamentados os direitos à consulta e à participação, previstos no arts. 6º e 7º, da respectiva Convenção.

Anos depois, outro documento tomou lugar de destaque que foi a Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas de 2007, a qual mesmo não inovando quanto em questão de direitos, reafirma os já existentes, com ênfase para a autodeterminação. A Declaração demonstra um esforço internacional em efetivar o respeito aos princípios fundamentais e direitos que norteiam os povos indígenas.

Assim, como na Convenção 169 da OIT, a Declaração da ONU traz no artigo 3º o direito à autodeterminação: “Em virtude desse direito determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural” (ONU, 2007). Já no artigo 32 da mesma Declaração, está previsto o direito de consulta e cooperação antes da aprovação de qualquer projeto que possa afetar suas terras e recursos. Portanto,

observa-se uma continuidade no trabalho internacional de promover os direitos indígenas.

Notavelmente, todo esse contexto internacional refletiu no direito brasileiro. O ideário integracionista que antes era amplamente adotado no Brasil foi rompido com a Constituição de 1988, inclusive tornando obsoletos muitos dispositivos do próprio Estatuto do Índio em vigor, os quais se tornaram incongruentes com a noção de direitos dos povos indígenas em ascensão. Houve uma verdadeira mudança de paradigma.

A Constituição Federal de 1988 foi um divisor de águas no que tange à tratativa dos povos indígenas. Foi nela que houve o reconhecimento da organização social desses povos. Antes de 1988, havia a proteção indígenas quanto a sua personalidade individual, sem considerar a sua complexidade e vasta composição cultural. Marés de Souza Filho e Cezar Bergold (2013) lecionam:

Esta ordem pode ser descrita por um cientista, sociólogo ou antropólogo, ou relatada por um membro da comunidade, mas está fora do alcance da lei e de seus limites, é uma ordem social própria e diferente da ordem jurídica estatal organizada pela Constituição. (SOUZA FILHO; BERGOLD, 2013, p. 18)

Apesar da Convenção 169 da OIT somente ter sido ratificada em 2002 pelo Brasil, a Constituição de 1988 já consagrava os direitos dos povos indígenas reservando-lhes um capítulo específico. Segundo José Afonso (2015, p. 870) “a Constituição de 1988 revela um grande esforço da Constituinte no sentido de preordenar um sistema de normas que pudessem efetivamente proteger os direitos e interesses dos índios. E o conseguiu num limite bem razoável”.

4 A POLÍTICA INDIGENISTA NO BRASIL E A FUNAI

Com uma herança histórica intervencionista, tem sido difícil para governantes e agentes públicos se desvincularem dessa forma de olhar e entender como vivem os povos indígenas. A política da FUNAI, nas circunstâncias que vivia o Brasil antes da Constituição de 1988, foi descrita pela AEPPA (1974, p.07) da seguinte forma: “atrás da fachada grandiosa, havia dispositivos que introduziam na política indigenista uma filosofia intervencionista, em contradição com os princípios gerais”.

A FUNAI é o órgão oficial do Estado brasileiro, criado pela lei 5.371/67, em substituição ao Serviço de Proteção do Índio (SPI), para instituir no território nacional a

política indigenista na promoção de princípios e direitos fundamentais que dizem respeito aos povos indígenas. Por muito tempo concentrou as atividades relacionadas aos povos indígenas, como demarcação de terras, saúde, educação, questão fundiária, etc.

Identificado por Luciano (2006, p.73), como “Indigenismo Governamental Contemporâneo - pós 1988, [...] ocorreu a ampliação da relação do Estado com os povos indígenas”, ou seja, em um primeiro momento a FUNAI concentrou todas as atividades e políticas públicas ligadas aos povos indígenas, mas a sua monopolização foi desfeita. Muitos órgãos foram criados para também atuar juntamente com os povos indígenas, o principal exemplo se encontra na Fundação Nacional de Saúde (FUNASA) que ficou responsável por amparar a saúde indígena.

Nos últimos tempos, com o desenvolvimento econômico, tornou-se cada vez mais comuns grandes projetos de empreendimentos. Ações que sempre irão acionar os órgãos de estatais que tratam no meio ambiente e se vinculadas as áreas ocupadas por povos indígenas, conseqüentemente terão a participação da FUNAI.

Diante desse panorama, temos a FUNAI como significativo órgão de fiscalização e principal parecerista a ser observado pelas autoridades. Por esse motivo, analisar seu papel de forma pormenorizada é necessário para que se possa entender a atual dinâmica do componente indígena nessas ações, dentre as quais colocamos em destaque o licenciamento ambiental.

5 LICENCIAMENTO AMBIENTAL EM TERRAS INDÍGENAS

Importa destacar que a relevância da terra e do meio ambiente como um todo para as comunidades indígenas é muito mais significativa, se transformam, conforme argumenta Berta Ribeiro (2013, p.191), em “componentes simbólicos de sustentação da identidade tribal”. Carrega em sua significação não apenas o caráter provedor para a sobrevivência dos mesmos, mas também a identidade étnica e a construção cultural desses povos que permanece marcada na área que ocupam a milênios.

O licenciamento, muito mais que um processo administrativo, torna possível contornar ou minimizar impactos não só ambientais, mas também sociais e de direitos. Entretanto, tem se observado em um contexto atual que muito ainda deve ser feito para assegurar esses objetivos.

6 MEIO AMBIENTE E O PATRIMÔNIO CULTURAL INDÍGENA

Como já é majoritariamente reconhecido pela doutrina, o conceito de meio ambiente é amplo e indeterminado, que pode ser dividido em diferentes aspectos: meio ambiente natural, cultural, artificial e do trabalho, sendo esta noção acolhida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 3.540:

A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a 'defesa do meio ambiente' (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. (BRASIL, 2005)

Como elemento do meio ambiente cultural, o patrimônio cultural brasileiro de natureza material e imaterial está assegurando na Constituição Federal de 1988 no artigo 216. Patrimônio este formado por uma magnitude de bens culturais, os quais são constituídos a partir do relevante valor e carga histórica, social, artística etc. Leciona Sirvinskias:

O patrimônio cultural, como se vê, é formado por uma gama diversificada de produtos e subprodutos provenientes da sociedade. Esse patrimônio deve ser protegido em razão do seu valor cultural, pois constitui a memória de um país. Não se trata de interesse particular. (SIRVINSKAS, 2018, p. 565)

A natureza jurídica do patrimônio cultural como um bem difuso que pertence a todos tem sua proteção jurídica em diversos pontos da legislação brasileira. Patrimônio este formado por uma complexa gama de bens. Nos termos de Marés de Souza Filho (2006):

[...] bem cultural é aquele bem jurídico que, além de ser objeto de direito, está protegido por ser representativo, evocativo ou identificador de uma expressão cultural relevante. Ao bem cultural assim reconhecido é agregada uma qualidade jurídica modificadora, embora a dominialidade ou propriedade não se lhe altere. Todos os bens culturais são gravados de um especial interesse público – seja ele de propriedade particular ou não, que pode ser chamado de socioambiental. (SOUZA FILHO, 2006, p. 36)

A amplitude territorial fez com que surgisse uma relevante variedade de culturas e povos distintos que ocuparam o Brasil muito antes da colonização. Laraia em sua obra “um conceito antropológico de cultura” argumenta que uma das contribuições do antropólogo Alfred Kroeber para o conceito de cultura: “A cultura é o meio de adaptação aos diferentes ambientes ecológicos. Em vez de modificar para isso o seu aparato biológico, o homem modifica o seu equipamento superorgânico”. (LARAIA, 2001, p.48).

Cada região brasileira apresenta características geológicas e climáticas diferenciadas, o que gera uma diversidade de fauna e flora tremendas. Assim, como forma de adaptação do homem, a cultura como percepção do homem ao mundo que o rodeia vai mudando. Isso tudo demonstra como o Brasil é extremamente rico em cultura nos mais diversos âmbitos. Sirvinskas (2018, p. 152) ainda destaca: “Há cerca de 220 povos indígenas no Brasil e mais de 180 línguas faladas. Tudo isso faz parte da formação cultural do país.”

De acordo Gersen Luciano (2006, p.101) “os povos indígenas tem conservado a visão comunitária e sagrada da natureza. Por isso, as montanhas, os lagos, os rios, as pedras, as florestas, os animais e as árvores têm um alto significado.” Ao entender a conotação dada aos elementos naturais aos povos indígenas e internalizar que os mesmos passam a fazer parte da sua cultura, entende-se que a proteção do meio ambiente está ligada diretamente à sobrevivência da cultura desses povos.

O Estado, como garantidor dos direitos instituídos, deverá, através das ferramentas que lhe estão dispostas, atuar pela efetiva concretização da tutela dos bens culturais, dentre eles aqueles carregados pelos povos indígenas, seu patrimônio material e imaterial.

7 O LICENCIAMENTO AMBIENTAL E O PAPEL DA FUNAI

Com base no direito administrativo e direito ambiental, o licenciamento ambiental manifesta-se como uma “atividade geral de poder de polícia exercida pelo Estado”, (ANTUNES, 2019, p. 66). Possui um papel essencial como instrumento do Estado para garantir a preservação do meio ambiente frente ao desenvolvimento econômico acelerado.

Com instauração no território brasileiro com a instituição da Política Nacional do Meio Ambiente, em 1981, o licenciamento ambiental, considerado como principal instrumento de efetivação dos princípios de prevenção e preservação, percorreu um longo e tortuoso caminho até chegar nos moldes atuais, que ainda enfrentam grandes dificuldades.

Os dispositivos legais que abordam o licenciamento ambiental de forma específica compreendem a lei complementar nº 140/2011, art.10 da lei 6.938/1981, decreto nº 99.274/1990, Resolução Conama nº 237/1997 e a Resolução Conama nº 01/1986.

Por apresentar um alto nível de complexidade, o licenciamento ambiental é um procedimento que se desenvolve em várias etapas, muitas vezes perante diferentes órgãos públicos. Durante muito tempo o mesmo foi regulamentado por regramentos conflitantes e perdurou perante a inexistência de uma lei complementar, criando uma verdadeira instabilidade jurídica e econômica. No entanto, com a ascensão da LC 140/2011, a situação caótica envolvendo a legislação acerca do licenciamento ambiental tomou um rumo mais acertado.

Apesar de tal avanço quanto as normas de atribuição de diferentes órgãos para tratar do licenciamento pela LC 140, ainda persistem algumas falhas. Segundo Marcelo Abelha (2018, p.565), “[...] se por um lado os dispositivos são elogiáveis na medida em que evitam que haja um bis in idem em desfavor do particular, por outro merecem críticas por desconsideraras características peculiares do bem ambiental”.

Ainda predomina a ideia que esse processo administrativo se resume a mera concessão de licenças e atos burocráticos, fato que gera extrema preocupação. A maior dificuldade seria entender que o licenciamento tem por essência, como já explicitado, a prevenção de impactos ambientais, inclusive os culturais, em proporções significativas, além de aplicação de medidas mitigadoras.

Muitas vezes, por haver conflitos de interesse e até mesmo de entendimentos por falta de legislação específica, a discussão era encaminhada para o judiciário, que mesmo assim optava por posicionamentos controversos, gerando uma verdadeira instabilidade e insegurança jurídica acerca do tema. Conforme preceitua Terence Trennepohl (2019, p.181) “o exercício desse poder de polícia desaguava no Poder Judiciário, o que era igualmente indesejável, pois remetia a este último a função de suprir uma deficiência legislativa”.

Se há reconhecidamente um conflito de interesses quando o assunto é licenciamento ambiental, a situação fica ainda mais complexa quanto a questão envolve empreendimento em áreas ocupadas por indígenas. É certo que cada empreendimento apresenta uma série de variáveis ambientais que devem ser levadas em consideração, mas quanto o componente indígena integra a discussões é dever dos órgãos fiscalizadores a observação dos direitos desses povos garantidos constitucionalmente.

Apesar de estar definido no art. 4, inciso I da Resolução 237/97 do CONAMA, a competência do IBAMA para a instalação de empreendimento de significativo impacto ambiental em terras indígenas, surge um conflito quando o impacto não está localizado diretamente em área indígena, mas encontram-se em área de influência direta.

No caso da Usina Hidrelétrica de PCH Salto Belo/Sacre 2, se extrai do acórdão o seguinte trecho:

[...] apesar da Usina Hidrelétrica em questão não se encontrar situada no perímetro da terra indígena dos Parecis, é certo que a referida área sofrerá impacto de sua construção já que existem aldeias situadas há apenas 100 (cem) metros (Sacre II) e a dois quilômetros (Bacaval) da PCH Salto Belo. Assim, verifica-se que as terras indígenas estão dentro da área de influência direta do empreendimento, elemento suficiente para atrair a competência do IBAMA, para o licenciamento da mencionada obra.

(AC 0002420-38.2004.4.01.3600, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:18/11/2013)

Se já foi constatada a existência de conflitos de competência para a instauração e andamento do licenciamento ambiental de empreendimentos que afetam indiretamente terras indígenas já declarada, nos chega o questionamento quanto à influência desse tipo de obras em áreas que ainda não foram reconhecidas, ou estão em processo de demarcação, fato que por si só já gera controvérsias no cenário nacional.

Nessas circunstâncias em que a insegurança jurídica ainda persiste, mesmo após a LC 140/11, tornando o caminho para o licenciamento em áreas indígenas cada vez mais tortuoso e muitas vezes prejudicial para a constatação e mitigação de impactos. A FUNAI passa a integrar o processo de licenciamento, com a responsabilidade de analisar o processo e indicar pareceres, deixando muitas vezes de tratar de questões meramente administrativas e passa a apresentar uma conotação de responsabilidade social.

Como já sabemos, o principal órgão legitimado para atuar em defesa dos interesses dos povos indígenas é a FUNAI, seu papel consiste em garantir a proteção dos interesses indígenas em todas e nas principais fases do processo de licenciamento. Apesar de não apresentar regulamentação vasta, a Portaria Interministerial nº60 de 2015, estabelece algumas normas quanto a participação da FUNAI, destacando-se:

Art. 7º. Os órgãos e entidades envolvidos no licenciamento ambiental deverão apresentar ao IBAMA manifestação conclusiva sobre o estudo ambiental exigido

para o licenciamento, nos prazos de até noventa dias, no caso de EIA/RIMA, e de até trinta dias, nos demais casos, contado da data de recebimento da solicitação, considerando:

I - no caso da FUNAI, a avaliação dos impactos provocados pela atividade ou pelo empreendimento em terras indígenas e a apreciação da adequação das propostas de medidas de controle e de mitigação decorrentes desses impactos. (BRASIL, 2015)

Apesar de apresentar alguns fundamentos legais para sua participação, como na Lei 5.371/67, nos artigos 225 e 231 da Constituição Federal/88, na Resolução Conama 237/97, na Convenção 169/OIT/89, na Portaria Interministerial nº 60/2015, na Instrução Normativa nº 02/2015 e no Decreto que institui a PNGATI (Política Nacional de Gestão Ambiental e Territorial em terras indígenas), a regulamentação da função da FUNAI no processo de licenciamento ainda é precária para garantir a participação e efetiva atenção as demandas à eles apresentadas.

A ausência de uma legislação clara que traga os dispositivos para essa atuação gera uma instabilidade visível. O Estatuto do Índio como já mencionado no presente trabalho, foi em grande parte revogado pela Constituição Federal de 1988, já que em muitos pontos não coadunava com os interesses das comunidades tradicionais. O que nos resta até então é um projeto de Estatuto que não tem previsão de ser aprovado, uma portaria interministerial que não supre essa ausência e uma instrução normativa que é um ato puramente administrativo.

Observa-se uma tentativa de amparar a participação da FUNAI no processo de licenciamento, verdadeiros remendos institucionais que não fornecem nenhuma garantia ou segurança de efetiva proteção aos interesses indígenas.

Na Portaria Interministerial 60/2015 que estão definidos alguns procedimentos essenciais do licenciamento ambiental de empreendimentos que incidirão em terras indígenas, o primeiro é o FCA (Ficha de Caracterização da Atividade), no qual será fornecido ao órgão competente informações de possíveis intervenções em áreas ocupadas por comunidades indígenas:

Art. 3º No início do procedimento de licenciamento ambiental, o IBAMA deverá, na FCA, solicitar informações do empreendedor sobre possíveis intervenções em terra indígena, em terra quilombola, em bens culturais acautelados e em áreas ou regiões de risco ou endêmicas para malária. (BRASIL, 2015)

A FUNAI deverá apresentar manifestação quanto aos estudos prévios (EIA e RIMA) em até noventa dias, contados a partir da data de solicitação, conforme o art. 7º, I, já

destacado anteriormente. Fica evidente, entretanto, o papel secundário dos relatórios dos órgãos e entidades competentes frente ao órgão ambiental licenciador, no seu art. 7º, §4º: “a ausência de manifestação dos órgãos e entidades no prazo estabelecido não implicará prejuízo ao andamento do processo de licenciamento ambiental, nem para a expedição da respectiva licença” (BRASIL, 2015).

8 IMPACTOS SOCIOCULTURAIS NO ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL

Um dos instrumentos utilizados no processo de licenciamento ambiental é o estudo prévio de impacto ambiental - EIA. Inicialmente, a noção de estudo de impactos ambientais estava prevista na lei de Zoneamento Industrial (Lei n. 6.803/80), entretanto possuía uma construção muito diferente da que se tem hoje, não existia previsão para a realização de audiências públicas, era aplicado somente em zonas industriais e não integrava o licenciamento ambiental.

Com a chegada da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, em 1891, o EIA foi identificado como instrumento da referida política, mas foi com a Constituição de 1988 que o estudo em questão passou a ser norma constitucional. Segundo Sirvinskas (2018):

[...] Tal estudo analisará a viabilidade ou não da instalação da indústria ou do exercício da atividade, apresentando, inclusive, alternativas tecnológicas que poderiam ser adotadas para minimizar o impacto negativo ao meio ambiente. O RIMA, por sua vez, nada mais é do que a materialização desse estudo. (SIVINSKAS, 2018, p. 177)

Com rol exemplificativo na Resolução n. 1/89 do CONAMA, importante evidenciar que “o EIA/RIMA não se destina a tornar possível o licenciamento ambiental, isto é sua finalidade não é justificar o empreendimento em face da legislação ou das exigências dos órgãos ambientais” (TRENNEPOHL, 2019, p.213).

Após uma simplificada descrição do EIA, cabe aqui evidenciar um aspecto que é de extrema importância e que não tem tido seu lugar de destaque. Os estudos de impacto são essenciais para analisar e identificar todos os tipos de impactos ambientais, dentre eles os impactos socioculturais. Ao abordar acerca de empreendimentos em áreas indígenas, cabe colocar que os fatores sociais e culturais estão diretamente ligados ao meio ambiente, como já foi evidenciado.

Conforme o art. 6º da Resolução do CONAMA nº 1/89, o diagnóstico dado através do EIA deve considerar o meio físico, biológico e socioeconômico. Entretanto, a série de falhas legislativas e estruturais que impedem que o EIA atinja o seu propósito em um empreendimento que afetará áreas indígenas:

As principais deficiências dos estudos de impacto ambiental em termos de comunicação foram classificadas por Weiss (1989) em três grupos: (i) erros estratégicos, (ii) erros estruturais e (iii) erros táticos. Trata-se de erros que “minam a clareza e a credibilidade de muitos estudos de impacto ambiental. (SANCHEZ, 2013, p. 429)

A falta de critérios que atendam as especificidades de qualquer impacto que possa atingir comunidades tradicionais é uma problemática a ser levantada. A falta de regulamentação ou predefinição de critérios gerais cria uma amplitude de abordagem muito grande, o que pode levar ao desvio de foco aos reais objetivos de um estudo em áreas indígenas. Segundo Sanchez existem três abordagens principais:

Inúmeros critérios poderiam ser adotados para determinar previamente os impactos potencialmente significativos. Em termos práticos, três abordagens complementares têm se mostrado úteis para definir as questões relevantes em um estudo de impacto ambiental: importância dos recursos ambientais ou culturais ou vulnerabilidade das comunidades humanas potencialmente afetados; a experiência profissional dos analistas; a opinião do público e conhecimento local. (SANCHEZ, 2013, p.178)

No art. 7º da resolução do CONAMA está previsto que o estudo será realizado por uma equipe técnica multidisciplinar das mais diversas áreas para que o estudo seja realizado em sua completude. Existe aqui uma tentativa legislativa de abarcar todas as possibilidades de identificação de impacto, porém muito tímida e rasa.

As especificidades de um componente indígena a ser observada, mesmo que construída e supervisionada por antropólogos, apresenta uma série de peculiaridades e muitas vezes não é realizada uma avaliação ideal ou não se consegue captar o significado atribuído por muitas culturas. Falhas estruturais também influenciam em grande parte como a qualificação profissional para lidar com aspectos culturais de uma determinada etnia.

9 DIREITOS DE PARTICIPAÇÃO, CONSULTA E COMPENSAÇÃO

A confusão de conceitos e classificações aparenta ser recorrente no âmbito do licenciamento ambiental e principalmente na tratativa dos povos indígenas. Diferenciá-los propriamente tem papel assegurador do direito a participação desses povos nas deliberações do Estado. Portanto, insta esclarecer as divergências entre a realização consulta prévia, audiências públicas e oitiva constitucional, assim como as percepções dessa participação, nas decisões do este estatal.

Noutro giro, coloca-se como empecilho a identificação da participação através da consulta prévia como possuidora do caráter vinculativo ou não, uma controvérsia munida de interesses e pressões, muitas vezes político-econômicas.

Ainda, ao constatar os impactos que afetarão o meio ambiente, os povos indígenas e a sua cultura, possui relevância uma análise quanto aos atuais parâmetros de compensação e controle de impactos frente ao dano etnoambiental, levando em consideração o princípio da responsabilidade socioambiental.

10 CONSULTA PRÉVIA, AUDIÊNCIAS PÚBLICAS E OITIVA CONSTITUCIONAL

Disposta na convenção 169 da OIT e na Constituição Federal, a consulta apresenta três requisitos essenciais: a sua realização de forma prévia, de boa-fé e adequação às circunstâncias. O objetivo é a construção de um diálogo que possa verdadeiramente viabilizar a conciliar os interesses desses povos tradicionais, do Estado e dos demais cidadãos.

Na sua essência a consulta prévia se fundamenta pelo direito à autodeterminação e o poder de deliberação, levando em consideração as atuais circunstâncias daquela comunidade, sempre tendo como parâmetro a boa-fé, na realização desse processo de consulta.

Para a construção desse diálogo, a fim de quem o mesmo seja efetivo, engloba a atividade conjunta da figura estatal e do trabalho de profissionais específicos. A tradução é um dos elementos mais importantes e muitas vezes de difícil elaboração, certificar que o procedimento de licenciamento e as suas consequências foram compreendidas é um desafio quando se trata da efetiva participação dos indígenas.

Além do obstáculo da linguagem, a formulação de um posicionamento desses povos não segue passo a passo uniformizado, com regras universais, cada grupo ou comunidade possui peculiaridades quanto o modo de organização e poder de decisão, “alguns grupos

reservam aos caciques, anciões, professores; outros à totalidade do grupo ou a instâncias representativas” (DUPRAT, 2015, p.71).

As disposições da Instrução Normativa nº 2/2015, apresentam os procedimentos para consulta prévia a ser realizada nas comunidades indígenas. Ao ser produzido o Termo de Referência Específico, a Coordenação Geral de Licenciamento -CGLIC informará as comunidades indígenas acerca da instauração do processo administrativo de licenciamento, com previsão no art. 4º, §3. Após o respectivo parecer apresentado pela CGLIC, se apto, será apresentado as comunidades, havendo conjuntamente a oitiva, para que assim a coordenação possa realizar o seu parecer final.

Outro documento também será passível de apresentação e manifestação é o Projeto Básico Ambiental-PBA, o qual apresenta os planos e programas para o desenvolvimento do empreendimento e o monitoramento dos indicadores ambientais, conforme a Portaria nº 60 de 2015. Para a concessão de autorização para entrada em terra indígena, levantamento de dados e discussão de assuntos relacionados ao licenciamento a FUNAI possui o dever de garantir a referida participação.

Apesar de ser uma modalidade de participação com seus critérios de aplicação bem definidos, já houveram situações de confusão entre a consulta prévia e outros meios como as audiências públicas e a oitiva constitucional, como no caso da Usina Hidrelétrica de Belo Monte. Aqui a intervenção do Ministério Público foi essencial em sustentar que não é passível de confusão as audiências públicas com a consulta, ocasionando a suspensão do licenciamento: “Em memorável acórdão, o Tribunal Regional Federal -1ª Região (TRF-1) determinou a suspensão do licenciamento e estabeleceu as características de consulta prévia, que não se confundem com as da audiência pública” (MPF, 2019, p.380).

Destacando que na época do julgamento e do processo em si ainda não havia uma distinção entre consulta prévia e oitiva constitucional, que apesar de terem suas similaridades não representam no mesmo mecanismo, até por possuírem origens distintas. Um na Convenção 169 da OIT e o outro na própria Constituição de 1988.

Além da consulta prévia, a participação indígena no processo de licenciamento ocorre nas audiências públicas, realizadas após a entrega do EIA/RIMA ao órgão licenciador. Nesse contexto, evidencia-se a diferenciação entre a consulta e a realização de audiências pública.

Nas audiências públicas não há um direcionamento aos povos indígenas, sendo pública e de livre acesso por qualquer cidadão e realizada em língua oficial, mas certamente

não obsta a participação de líderes e outros indivíduos integrantes de alguma comunidade indígena. A audiência pública carrega o caráter informativo, enquanto na consulta prevalece a autodeterminação.

Como outro elemento de participação está a oitiva constitucional, conforme disposto do art. 231, §3º. O contexto para a sua utilização está no usufruto dos recursos naturais e do território ocupado por comunidades indígenas, que conforme a disposição constitucional prescinde autorização do Congresso Nacional. Diferentemente da consulta prévia que possui como fundamento jurídico o direito à autodeterminação e o tem como hipóteses de ocorrência medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetar uma comunidade diretamente, isso em conformidade ao art. 6º, I, a da Convenção 169 da OIT.

Leciona José Afonso (2014, p. 879), que “ao Congresso Nacional se imputou o julgamento de cada situação concreta, para sopesar os direitos e interesses dos índios e a necessidade de prática daquelas atividades, reconhecido que o princípio é o da prevalência dos interesses indígenas”, demonstrando assim que quando se trata da oitiva a ponderação de interesses deve sempre ter como parâmetro os interesses indígenas.

Tal perspectiva é relevante ao considerar que ainda persiste a ideia de segundo plano dos posicionamentos desses povos frente a um suposto interesse nacional, assim como ocorre na consulta prévia, prevalece uma noção de mera formalidade em relação a um caráter efetivamente deliberativo.

Um dos principais dilemas quando o tratamos de consulta prévia é o conflito entre o seu caráter de mera formalidade e o poder de realmente interferir na decisão do órgão licenciador, se há poder de veto, que poderia levar ao indeferimento da licença. A OIT (2003, p.16) já se posicionou nesse sentido: “el convenio no otorga a los pueblos indígenas y tribales el derecho de veto. El Convenio especifica que no debe tomarse ninguna medida contraria al deseo de los pueblos indígenas y tribales, pero esto no significa que en caso de desacuerdo nada puedan hacer”.

Apesar de a OIT especificar que não é dado o direito de veto, a consulta não teria razão de ser se não incorporar no seu conteúdo um caráter mais vinculante, ou seja, que exista efetivamente uma interferência naquela tomada de decisão pelo Estado. É preciso que a consulta possua sim, um certo poder de mudança, para que os direitos desses povos sejam garantidos.

Aqui não estamos tratando de um instrumento de simples notificação desses povos acerca de um empreendimento de interesse de particulares ou do Estado. Dessa forma, “[...] pode-se inferir que consulta não é um evento, é um processo de decisão e, nessa medida, a informação tem simplesmente um caráter instrumental no seu desenvolvimento (JUNIOR, 2018, p.74). O foco é avaliar a possibilidade da instalação dessa obra em áreas ocupadas por comunidades indígenas. A consulta possui ou pelo menos deveria possuir um caráter mais deliberativo e com poder de decisão, uma vez que estamos lidando com a vida e sobrevivência desses povos.

12 A INDENIZAÇÃO POR DANO ETNOAMBIENTAL E O PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL

De um modo geral e na versão ideal dos acontecimentos, após a realização de estudos específicos, feitos perante a instalação de algum empreendimento, são identificados os possíveis e muito prováveis impactos que serão gerados por aquela obra. A partir disso, devem ser tomadas algumas medidas reparadoras e compensatórias para contornar a situação e minimizar os efeitos.

Citado em tópico anterior, o PBA compreende uma etapa importantíssima quando tratamos de controle de danos em áreas ocupadas por povos indígenas. Seu conceito é trazido na Portaria Interministerial nº 60 de 2015, artigo 2º, inciso VII da seguinte forma:

Projeto Básico Ambiental-PBA - conjunto de planos e programas identificados a partir da elaboração dos estudos ambientais, com cronograma executivo, plano de trabalho operacional e definição das ações a serem desenvolvidas nas etapas de implantação e operação da atividade ou empreendimento e ainda monitoramento de indicadores ambientais. (BRASIL, 2015)

É através dele que serão projetados os programas de mitigação dos impactos que foram constatados nos estudos de impacto ambiental. Serão criados projetos específicos que terão supervisão e amparo de órgãos interessados como a FUNAI e entidades como o Ministério Público.

A dificuldade que pode ser visualizada é justamente na forma como se dá esse reparo, como tem acontecido, e como isso poderia ser contornado de uma forma mais eficiente. Quando se pensa em reparação de danos, é instintivo do meio jurídico associar com compensação em forma de pecúnia, algo já sedimentado no direito brasileiro.

Entretanto, de pouco ou nada vale uma indenização em valores monetários para um povo que carrega sua herança cultural em bens de valor incalculável, dentre eles o meio ambiente. Obviamente, que alguns grupos indígenas já vivem e compartilham do modo de vida envolto do capital, mas muitos dos bens e patrimônios da cultura indígena não poderiam ser “compensados”, bens que sustentam sua própria existência, tendo como única solução plausível a conservação e a luta pela preservação dos mesmos.

Noutro giro, não se pode deixar de citar o efeito pedagógico da responsabilização na situação de urgente atendimento ao afetados por um dano causado a comunidades indígenas frente a um empreendimento que afete sua existência. Mais ainda, quando por conta de desfalques estatais e de fiscalização, a obra é realizada sem o preenchimento dos devidos requisitos legais.

Cabe citar o caso da Vale S/A, que realizou um grande empreendimento de mineração próximo a Terra Indígena Xikrin do Cateté no Estado do Pará, que pelo descumprimento de condicionantes que viabilizariam a obra e medidas compensatórias de impactos, foi determinada a paralização de atividades e, considerando a situação de urgência e socioeconômica daqueles indivíduos, foi determinada uma indenização por integrante da aldeia:

[...] diante da gravidade da situação fática constatada nas aludidas comunidades indígenas, resultante de cessação das atividades básicas de seus membros (prática da caça e da pesca), como meio de subsistência, em contraste com o elevado volume do proveito econômico e financeiro do empreendimento mineral em referência, a fixação do quantum indenizatório, na espécie, afigura-se razoável, num exame superficial e próprio das tutelas de urgência, em montante correspondente ao valor de 01 (um) salário-mínimo, por integrante de cada aldeia, por se adequar, ainda que não satisfatoriamente, à realidade sócio-econômica do cenário de danos, ali, ocorridos, até ulterior deliberação judicial, na dimensão da perícia multidisciplinar já determinada.

(AI 0042106-84.2015.4.01.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA: 13/09/2017)

Diante dessa realidade, não só no Brasil, mas no mundo inteiro tem se propagado o princípio da responsabilidade socioambiental. O mesmo tem sido adotado por muitas empresas e principalmente instituições financeiras, para incentivar esse controle de impactos e condicionar a concessão de crédito ao atendimento de certos critérios que favoreçam a preservação do meio ambiente e a proteção das populações afetadas. Sirviskas (2018) leciona que:

O conjunto de regras denominado “Princípios do Equador” foi baseado em critérios estabelecidos pela International Finance Corporation (IFC), braço financeiro do Banco Mundial, para a concessão de crédito. Um dos critérios é o impacto ambiental do projeto sobre a flora e a fauna. Em caso tal, o projeto deverá estabelecer compensações em dinheiro para as populações afetadas pela construção da obra, proteção das comunidades indígenas e proibição de financiamento quando envolver trabalho infantil ou escravo. (SIRVISKAS, 2018, p. 120)

Assim, há de se confirmar que o simples retorno monetário pela causa de um dano etnoambiental não é, nem será capaz de “compensar” os danos que vêm sendo causados aos povos indígenas, que tem sua existência dizimada e assiste seus direitos serem negados.

Existe uma campanha de mudanças a serem implementadas no cenário nacional, entretanto o caminho é árduo, como de costume. Exigir a efetividade da fiscalização e monitoramento do processo de licenciamento de empreendimentos próximos às áreas ocupadas por povos indígenas parece um começo nítido, porém ainda cheio de percalços legais e estruturais da legislação.

13 CONCLUSÃO

No decurso do presente trabalho, foi possível pontuar e identificar certas inconsistências legais e estruturais que permeiam o licenciamento ambiental e como isso afeta diretamente a tutela dos direitos indígenas no contexto atual. Apresentamos que a Constituição de 1988 representou uma grande mudança, entretanto o fato da mesma já prestes a completar 32 anos nos invoca a questionar o porquê da persistência de tantas falhas.

Um Estatuto do Índio praticamente revogado pela constituição e um projeto de novo estatuto amarrado no âmbito legislativo sem nenhuma previsão ou interesse político econômico de ser aprovado já reflete essa realidade. A falta de previsão legal específica que reafirme os direitos indígenas, faz como que órgãos como a FUNAI recorram a instrumentos normativos inadequados como portarias e até administrativos pra regulamentar suas ações frente a instalação de empreendimentos. Enquanto isso, o interesse econômico e de exploração de recursos em áreas indígenas só aumenta, as quais ainda enfrentam um processo árduo de demarcação e reconhecimento.

Evidenciar os direitos já reconhecidos aos povos indígenas não deveria parecer tão emergencial, uma vez que até antes de 1989 com a Convenção 169 da OIT já se tinha

conhecimento que esses direitos são inerentes à sua qualidade de seres humanos. Dessa forma, caberá instigar a criação de melhores disposições legislativas e estruturais para que tais direitos possam ser implementados e efetivamente garantidos.

REFERÊNCIAS

AEPPA. *A política de genocídio contra os índios do Brasil*. Portugal: Associação de ex-presos políticos antifascistas (AEPPA), 1974.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

BIM, Eduardo Fortunato. A participação dos povos indígenas e tribais. *Revista de Informação Legislativa*. Ato 51, número 204, out/dez 2014. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p203.pdf. Acesso em: 07 abr. 2020.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 abr. 2020.

_____. *Lei Complementar nº 140 de 8 de dezembro de 2011*. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp140.htm. Acesso em: 05 abr. 2020.

_____. *Supremo Tribunal de Justiça*. MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.540-1. DISTRITO FEDERAL. Brasília, DF: [2005]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi3540ementa.pdf>. 05 abr. 2020.

_____. Ministério Público Federal. *Manual de jurisprudência dos direitos indígenas / 6º Câmara de Coordenação e Revisão, Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais* – Brasília: MPF, 2019.

_____. *Portaria Ministerial nº 60 de 24 de março de 2015*. Estabelece procedimentos administrativos que disciplinam a atuação dos órgãos e entidades da administração pública federal em processos de licenciamento ambiental de competência do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis-IBAMA. Diário Oficial da União, 25 de mar. 2015, nº 57, Seção 1, p. 71.

BRASIL. Resolução nº 237, de 19 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>. Acesso EM: 05 abr. 2020.

DUPRAT, Deborah. *Convenção 169 da OIT e os estados nacionais*. Brasília: ESMPU, 2015.

FUNAI. *Instrução Normativa nº 2 de 27 de março de 2015*. Estabelece procedimentos administrativos a serem observados pela Fundação Nacional do Índio -Funai nos processos de licenciamento ambiental dos quais participe. Diário Oficial da União, 30 de março de 2015, nº 60, Seção 1, p.96.

FUNAI. *Procedimentos e Fluxogramas*. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/procedimentos-e-fluxograma>. Acesso em: 05 abr. 2020.

FUNAI. *Processo de Licenciamento Ambiental e as Comunidades Indígenas*. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/todos-ouvidoria/23-perguntas-frequentes/1262-processo-de-licenciamento-ambiental-e-as-comunidades-indigenas>. Acesso em: 05 abr. de 2020.

ÚNIOR, Bianor Saraiva Nogueira. *A efetivação do direito indígena, um desafio para a pós-modernidade: Amazonas e Brasil*. Manaus, UFAM, 2018. Tese de Doutorado em Sociedade e Cultura na Amazônia, Universidade Federal do Amazonas, 2018.

LARAIA, Roque de Barros. *Cultura um conceito antropológico*. 14. Ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

LUCIANO, Gersên dos Santos. *O índio brasileiro: O que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria da Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

OIT. *Convenção nº 169 sobre os povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT*. Brasília: OIT, 2011, 1 v.

_____. *Convenio Número 169 sobre pueblos indígenas y tribales: un manual*. Genebra. OIT, 2003.

ONU. Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas. Setembro, 2007. Disponível em: https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em: 05 abr.2020.

RIBEIRO, Berta Gleizer. *O índio na cultura brasileira*. 1. ed. Rio de Janeiro: Fundação Darcy Ribeiro, 2013.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito ambiental esquematizado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SANCHEZ, Luis Enrique. *Avaliação de impacto ambiental: conceitos e métodos*. 2. ed. São Paulo: Oficina de Textos, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2014.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; Bergold, Raul Cezar. *Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI*. Curitiba: Letra da Lei, 2013.

TRENNEPOHL, Terence. *Manual de direito ambiental*. 7.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

JUSTIÇA RESTAURATIVA NO ÂMBITO DA JUSTIÇA JUVENIL BRASILEIRA:
REFLEXÕES A PARTIR DO PROJETO DE EXTENSÃO ACADÊMICA
ALÉM DA CULPA

*RESTORATIVE JUSTICE IN THE SCOPE OF JUVENILE JUSTICE IN BRAZIL:
REFLECTIONS FROM "BEYOND GUILT" PROJECT*

Ellen Rodrigues;¹

Leandro Oliveira Silva;²

Sarah Zanetti;³

Victor Faria Ribeiro;⁴

Mariana Gaudereto Sena;⁵

Nayra Oliveira.⁶

Resumo: O presente estudo visa refletir sobre a aplicação da Justiça Restaurativa (doravante JR) no âmbito da Justiça Juvenil à luz da experiência brasileira. Do ponto de vista teórico, o recorte aqui estabelecido privilegia a pesquisa bibliográfica, com destaque para autores como Zehr (2012; 2015; 2017), Dünkel; Horsfield & Păroşanu (2015), Achutti (2013; 2016), entre outros. Não obstante, o trabalho conta com abordagem empírica através da qual são relatadas as ações restaurativas realizadas no âmbito do projeto de extensão Além da Culpa, fruto da parceria entre a Faculdade de Direito da Universidade *** e a defensoria pública local. Tal metodologia é relevante na medida em que destaca como a JR vem sendo desenvolvida na prática, seus desafios e perspectivas. O trabalho está estruturado em três tópicos. Inicialmente, apresenta-se um breve histórico do sistema de Justiça Juvenil brasileiro. Em seguida, faz-se breves considerações sobre os pressupostos teóricos e conceituais que orientam as práticas restaurativas relatadas no item seguinte, quando também serão apresentados as características e resultados das ações extensionistas.

Palavras-chave: Justiça Juvenil. Justiça Restaurativa. Extensão acadêmica.

Abstract: This study aims to reflect on the application of Restorative Justice (hereinafter RJ) within the scope of Youth Justice in the light of the Brazilian experience. From the theoretical point of view, the focus established here favors bibliographic research, with emphasis on

¹ Professora de direito penal e criminologia (UFJF); doutora em direito (UERJ); mestre em ciências sociais (UFJF); advogada.

² Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa (UFV). Mestre e Doutorando em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFJF. Advogado.

³ Bacharel em Direito – UFJF.

⁴ Graduando em Direito – UFJF.

⁵ Graduanda em Direito – UFJF.

⁶ Graduanda em Direito - UFJF

authors such as Zehr (2012; 2015; 2017), Dünkel; Horsfield&Păroşanu (2015), and Achutti (2013; 2016), among others. Nevertheless, this study has an empirical approach through which the restorative actions carried out under the extension project called *Além da Culpa* (Beyond Guilt) are reported. The project is the result of a partnership between the Law School of the University *** and the local public defender's office. This methodology is relevant to the extent that it highlights how RJ has been developed in practice, its challenges and perspectives. The reflections presented here are divided into three sections. Initially, a brief history of the Brazilian Juvenile Justice system is presented. Then, brief considerations are made about the theoretical and conceptual assumptions that guide the restorative practices reported in the following item, when the characteristics and results of the extension actions are also presented.

Keywords: Juvenile Justice. Restorative Justice. Academic Extension.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo visa refletir sobre a aplicação da Justiça Restaurativa (doravante JR) no âmbito da Justiça Juvenil brasileira à luz das experiências realizadas no âmbito do projeto de extensão acadêmica *Além da Culpa – Justiça Restaurativa para adolescentes*, fruto da parceria entre a Faculdade de Direito da Universidade **** e a Defensoria Pública da Vara da Infância e Juventude da Comarca de ****.

Do ponto de vista teórico, o recorte aqui estabelecido privilegia a pesquisa bibliográfica, com destaque para autores como Zehr (2012; 2015; 2017), Dünkel; Horsfield & Păroşanu (2015), Achutti (2013; 2016), entre outros. Não obstante, o trabalho conta com abordagem empírica através da qual são relatadas as ações restaurativas realizadas no âmbito do projeto de extensão *Além da Culpa*. Tal metodologia é relevante na medida em que destaca como a JR vem sendo desenvolvida na prática, seus desafios e perspectivas.

O trabalho está estruturado em três tópicos. Inicialmente, apresenta-se um breve histórico do sistema de Justiça Juvenil brasileiro. Em seguida, faz-se breves considerações sobre os pressupostos teóricos e conceituais que orientam as práticas restaurativas relatadas no item seguinte, quando também serão apresentados as características e resultados das ações extensionistas.

O estudo visa contribuir para reflexões críticas acerca da lógica punitiva que, infelizmente, ainda orienta as práticas do sistema de justiça criminal pátrio, acenando para promissores caminhos baseados na empatia e nas possibilidades de restauração das relações interindividuais por meio da JR, além de contribuir para a prevenção de novas infrações.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A JUSTIÇA JUVENIL NO BRASIL

Ao analisar a evolução histórica da Justiça Juvenil no ordenamento jurídico pátrio, tem-se que, desde as primeiras formulações acerca do tratamento legal conferido às crianças e adolescentes acusados e/ou condenados pela prática de infrações penais no país, diferentes modelos foram levados a efeito, quais sejam: i) modelo de discernimento ou etapa penal indiferenciada, ii) modelo tutelar; iii) modelo de proteção integral (RODRIGUES, 2017, p.121).

Durante a dita etapa penal indiferenciada, as disposições acerca do tratamento legal conferido a crianças e adolescentes eram fixadas pelo Código Penal, tanto o de 1830 como o de 1890, segundo os quais os menores de 18 anos deveriam responder por suas infrações penais na mesma forma dos adultos, porém teriam a seu favor a atenuante da menoridade. Não havia instituições específicas para o acolhimento desse público e tampouco políticas públicas específicas (RODRIGUES, 2017. p.125).

De acordo com Pilotti & Rizzini (1995), os períodos - colonial e imperial - foram marcados por completa indiferenciação infanto-juvenil, principalmente quanto a crianças e jovens pobres e negros. Durante estas fases, principalmente no Império, houve grande utilização do sistema de “rodas de expostos”, além de altos índices de mortalidade e exploração de mão de obra das crianças e adolescentes abandonados ou em risco de abandono.

Ao longo do século XIX, quando houve o crescimento dos núcleos urbanos, a elite político-comercial do país passou a se preocupar em organizar a mão-de-obra infanto-juvenil, bem como melhor administrar os problemas advindos do contingente de crianças e adolescentes das camadas pobres, oriundos de famílias consideradas desestruturadas. Neste contexto, o abandono e a pobreza, reconhecidos como as causas principais para as intervenções externas na vida destes meninos e meninas e de suas famílias, passaram a servir de legitimação oficial para a organização das estratégias dos agentes de poder.

Sob o lema da saúde e da educação, as estratégias destinadas à infância e adolescência pautavam-se nas falhas do sistema de rodas e na impossibilidade das famílias pobres em educar e proteger seus filhos. Assim, a partir das críticas às rodas e às casas de expostos, o discurso deixou de ser somente salvacionista para adentrar ao terreno das políticas públicas, em defesa da sociedade e melhoria das condições da nação. Conforme Pilotti & Rizzini

(1995), foram criadas regulamentações para as rodas, o que culminou com a criação de instituições do governo.

Aliada às preocupações com a urbanização do país, havia a necessidade de combate à mortalidade infantil e diminuição dos riscos de proliferação de doenças, de tal sorte que essas preocupações econômicas e demográficas começam a produzir modificações no cenário nacional orientadas a partir do enfoque médico-higienista. Tal enfoque não ocorreu por acaso no Brasil, antes fez parte de um processo mais amplo, que se relaciona a amplas redes de poder e novas formas de governar necessárias à implantação do modelo capitalista já experienciadas na Europa (FOUCAULT, 1979).

O discurso médico-higienista em torno da infância e adolescência no Brasil do século XIX e início do século XX não foi privilégio de uma disciplina em particular, mas resultado de formações teóricas do direito, da medicina, da criminologia e da pedagogia, todas atreladas aos agentes de poder estatal. Segundo Antunes, Barbosa e Pereira (2002, p.132), as condições de emergência histórica deste discurso apontam para uma modalidade de controle social - calcado na noção de infância abandonada, perigosa e em perigo - que indicava o caminho para as ações que deveriam ser tomadas em relação às famílias abastadas para evitar a degeneração e delinquência. As classes médias e altas eram orientadas a temer a delinquência, o que possibilitava, a um só tempo, a preservação das crianças e adolescentes dessas classes e a legitimação da exclusão social dos meninos e meninas das classes baixas.

Nesse ínterim, apoiados na ideia de anormalidade, médicos e juristas recorreram a inventivas classificações para nomear aquilo que defendiam como sendo resultado da irregularidade do tratamento familiar conferido às crianças e adolescentes, como se a estas famílias tivessem sido dadas quaisquer condições de dar a seus filhos algum caminho que se adaptasse às concepções de normalidade estabelecidas pelos padrões burgueses. Logo, a partir da constatação do fracasso das famílias pobres, a exemplo do processo havido em França, descrito por Donzelot (1986) e Foucault (2001), operou-se no Brasil – através da criação de um sistema de justiça juvenil - uma cisão legitimada entre as ações destinadas às famílias abastadas e às famílias pobres. O resultado deste processo, ao final dos anos 1920, foi a construção jurídica de uma categoria de pessoas anormais que inevitavelmente estariam associadas à criminalidade: os menores.

Para operacionalizar todo o aparato correcional, foram criadas instituições públicas, que sob o argumento educacional e humanitário, permitiram a segregação de milhares de

crianças e adolescentes em cidades como Rio de Janeiro, São Paulo, Bahia, entre outras. Para que tais instituições pudessem funcionar, foi preciso redefinir o tratamento legal dado pelo Direito Penal a crianças e adolescentes até então. O caráter moral do recolhimento de crianças e jovens às instituições era justificado através da proteção e regeneração através do trabalho. Logo, o discurso correcionalista encobria uma prática de segregação social e recrutamento da infância e juventude pobre ao trabalho. Entretanto, o que se pôde verificar entre nós é que as articulações voltadas ao controle de crianças e jovens foram, com o passar do tempo, tornando-se cada vez mais expressivas que em outros países. Destarte, a partir de 1927, sob a vigência do Código de Menores (Decreto nº 17.943/1927), foi estabelecido o chamado modelo tutelar, que propiciou a emergência de um sistema de Justiça Juvenil excludente baseado no menor como indivíduo anormal, incompleto, irregular, anormal (RODRIGUES, 2017; SPOSATO, 2006).

Através do Código de Menores foi legitimada uma intervenção maciça por parte das autoridades na vida das famílias pobres, que, muitas vezes perdiam o direito à guarda e tutela dos filhos em favor do Estado sob a acusação de desestruturação e degenerescência. Sob a aparência de assistência operava-se, portanto, um incremento da vigilância em relação à inadequação dos comportamentos infanto-juvenis percebidos entre as famílias desestruturadas, as quais passaram a receber a terminologia legal de famílias em situação irregular (RODRIGUES, 2017).

Das décadas de 1930 a 1960, o modelo tutelar foi alvo de muitas críticas, haja vista que os resultados prometidos não se materializaram, percebendo-se, ao contrário, o aumento dos índices de delinquência infanto-juvenil. Após o golpe militar em 1964, o regime autoritário evidenciou a intervenção do Estado em todos os setores da vida nacional com vistas à repressão e à manutenção da ordem, o que terminou trazendo mudanças à regulação infanto-juvenil vigente. Pois, utilizando-se da questão da infância e adolescência como instrumento político, e incorporando-a às políticas de segurança nacional, os militares se aproveitaram do momento de crise vivenciado pelas instituições correcionais e criaram a FUNABEM (Fundação Nacional de Bem-Estar do Menor), tendo sido feita, ainda, reformulações no Código de Menores de 1927.

Nesse ínterim, a questão dos menores tornou-se mais visível aos olhos da população brasileira e mundial. Tal fato relaciona-se às consequências do aumento dos níveis de desigualdade nas regiões metropolitanas, cujo crescimento corria em paralelo com a

expansão da pobreza, o que contribuiu para que a marginalização de crianças e adolescentes passasse a ser vista como um problema de massas. Ao final dos anos setenta - em meio a diversas crises e transformações políticas e econômicas no cenário nacional, agravadas por altos índices inflacionários e recessões - as críticas ao autoritarismo se deram em várias frentes, entre elas o tratamento conferido aos menores nas instituições do Estado.

No início da década de 1980, diversos setores da sociedade civil se mobilizaram na crítica às instituições para menores, dada a brutalidade e ineficiência que se lhes eram verificadas. Esses movimentos faziam parte de uma série de manifestações civis, que atuaram no período de redemocratização do país. A questão do menor era, portanto, mais um paradigma a ser quebrado pela nova cúpula administrativa, passando a servir, também, de plataforma política. Assim, no processo de redemocratização, a regulamentação dos direitos dos menores foi incluída na Constituição Federal de 1988, refletindo a incorporação por parte do Estado brasileiro das diretrizes propugnadas no âmbito das Nações Unidas, com destaque para as Regras de Beijing (1985) e a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989).

No bojo desses acontecimentos, em 1990 foi aprovado o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei 8069/1990), lei elogiada pela comunidade internacional por seu viés humanista, mas que muito longe demonstrava estar da realidade brasileira, pois - a despeito da realidade vigente à época, marcada por tais contradições - o ECA prometia tratar a todas as crianças e adolescentes de forma isonômica, no sentido de garantir a todos a proteção integral. A proposta formal do ECA era romper com a irregularidade (lembrando que irregular era a denominação utilizada para referir-se a crianças e adolescentes oriundos de famílias desestruturadas), garantir a todos os menores de dezoito anos possibilidades isonômicas para o seu desenvolvimento e para o exercício da sua cidadania.

Do ponto de vista teleológico, o ECA não se caracteriza como punitivo, mas sim humanista, tendo como pilares a doutrina da proteção integral e os princípios reitores do sistema de Justiça Juvenil, quais sejam: brevidade, excepcionalidade e proteção à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

A doutrina da Proteção Integral insculpida no ECA é inspirada na Convenção dos Direitos da Criança de 1989 e preconiza o dever, atribuído aos Estados e às sociedades como um todo, de assegurar aos menores de 18 anos todas as oportunidades e direitos aptos a lhes proporcionar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de

liberdade e de dignidade e com a observância de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana (RODRIGUES, 2017).

No âmbito das infrações penais, que na forma do ECA são denominadas atos infracionais, compreendidos como toda conduta descrita como crime ou contravenção penal, os menores de 18 anos são tido como penalmente inimputáveis, estando os adolescentes de 12 a 18 anos sujeitos à imposição de medidas socioeducativas previstas no art. 112, quais sejam: advertência; obrigação de reparar o dano; prestação de serviços à comunidade; liberdade assistida; inserção em regime de semiliberdade; internação em estabelecimento educacional e, por fim, qualquer uma daquelas medidas de proteção previstas no art. 101, I a VI, conforme o art. 105 do ECA. Já as crianças até 12 anos ao cometerem atos infracionais estarão sujeitas às medidas de proteção previstas no art. 101 do Estatuto.

Nas sanções impostas aos adolescentes, as sanções restritivas e privativas de liberdade devem ser consideradas a *ultima ratio* do sistema socioeducativo, sendo destinadas apenas a infrações cometidas com grave ameaça ou violência (art. 121, ECA), com a devida observância dos princípios da Intervenção Mínima, da Proporcionalidade, da Excepcionalidade e da Brevidade.

Cumprir salientar que as medidas socioeducativas, teleologicamente, se diferem das penas atribuídas aos adultos, que são caracterizadas por seu caráter retributivo. De acordo com o ECA, as medidas socioeducativas se orientam a partir das lógicas social e educativa, tendo por objetivo a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas de seu ato infracional, com estímulo à sua reparação, bem como à integração social deste mesmo adolescente.

No entanto, passados quase trinta anos da edição do ECA, revela notar que conceder maiores direitos às crianças e adolescentes não garantiu seu cumprimento, uma vez que a dinâmica brasileira se mostrou inacessível à execução plena dos mesmos. A dificuldade em estender os direitos humanos em relação à aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente se liga a uma série de fatores, dentre os quais se destaca a sensação de que a defesa de direitos se relaciona com o aumento da criminalidade e da impunidade dos menores de 18 anos. O ECA evidencia, portanto, que a questão da infância e adolescência no Brasil não é judicante, mas sim social.

Ademais, do ponto de vista político-criminal, contrariando a lógica insculpida nos princípios da excepcionalidade e brevidade, verifica-se a aplicação desmesurada de medidas socioeducativas de internação em detrimento das medidas em meio aberto.

Confirmando a seletividade verificada no sistema prisional de adultos, o levantamento em questão revelou que, com relação ao gênero, há predominância de adolescentes do sexo masculino (96%), sendo que a maior proporção dos adolescentes está concentrada na faixa etária entre 16 e 17 anos com 57% (15.119), seguida pela faixa etária de 18 a 21 anos com 23% (6.728), entre 14 a 15 anos com 17% (4.074) e 12 a 13 anos com 2% (326), havendo, ainda, 1% sem especificação de faixa etária (203). Dentre os adolescentes em restrição e privação de liberdade, 59,08% foram considerados de cor parda/preta (RODRIGUES, 2017).

Não obstante, a demanda pelo aumento das medidas de internação continua a crescer, em detrimento de reflexões mais amplas acerca da aplicação de medidas em meio aberto e da instituição de programas de JR⁷.

Embora a JR já estivesse presente no debate jurídico-penal brasileiro desde o início dos anos 2000⁸, somente em maio de 2016, através da Resolução 225, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) disciplinou a criação de centrais restaurativas em todo o território nacional. No âmbito infanto-juvenil, no entanto, a previsão para utilização de ações restaurativas no âmbito dos processos penais envolvendo adolescentes já estava expressamente prevista desde 2012, no âmbito da Lei nº 12.594, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE).

Considerando-se os debates desde a edição do ECA, em 1990, para inclusão de pautas adequadas à normativa internacional sobre o tema, é possível compreender a Lei do SINASE, de 2012, como mais um esforço por parte dos órgãos de proteção e atenção à infância e juventude no país para definir as competências e metodologias a serem utilizadas na execução das sanções impostas aos adolescentes autores de infrações penais, com destaque

⁷ Disponível em:

http://www.sejudh.mt.gov.br/documents/412021/9910142/Levantamento+SINASE+_2016Final.pdf/4fd4bcd0-7966-063b-05f5-38e14cf39a41. Acesso em: out. 2019.

⁸ O processo de implementação da JR no Brasil foi iniciado nos anos 2000, culminando na elaboração de um documento intitulado “Carta de Araçatuba”, cuja Redação foi elaborada pelos integrantes do I SIMPÓSIO BRASILEIRO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA, realizado na cidade de Araçatuba, estado de São Paulo - Brasil, nos dias 28, 29 e 30 de abril de 2005. Tal documento foi posteriormente ratificado na CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA, que ocorreu em Brasília em junho de 2005. A “Carta de Brasília” funcionou como um importante marco para impulsionar a efetivação de projetos de implantação dos programas de JR no território nacional. Disponível em: <http://jj.tjrs.jus.br/justica-restaurativa/carta-aracatuba>. Acesso em: 14 jun. 2017.

pioneiro à JR e a devida observância da cobertura principiológica que envolve a matéria, com destaque para os princípios do superior interesse do menor de idade e da excepcionalidade e brevidade na imposição de sanções em meio não aberto. Nessa esteira, a lei dispõe, em seu art. 35, sobre meios alternativos de resolução de conflitos e confere prioridade à utilização de práticas restaurativas, reafirmando o entendimento insculpido de que o Estado deve intervir de forma restrita, excepcional e breve em face da conduta infracional de adolescentes.

Porquanto, revela notar que com a inclusão de tal entendimento por parte da Lei do SINASE, corroborado pela aprovação da Resolução 225/2016 pelo CNJ, o sistema de Justiça Juvenil brasileiro passou a contar com os instrumentos legais necessários para a aplicação da JR, além de reafirmar os pressupostos apresentados desde a edição do ECA, em 1990, que, no Capítulo V, de seu Título VI, disciplina a atuação do Ministério Público frente a Infância e Juventude à luz do Princípio da Oportunidade (RODRIGUES, 2017).

De acordo com tal princípio, embora o Ministério Público detenha, com exclusividade, a iniciativa processual nos procedimentos relativos à apuração de infrações, o Promotor de Justiça tem a faculdade de não proceder à ação penal caso julgue conveniente, de acordo com o fato e com as circunstâncias de cada caso concreto, concedendo, assim, a remissão (nos termos do art. 126 a 128 do ECA). No âmbito da Justiça Juvenil, o Princípio da Oportunidade reafirma o compromisso do Estado com superior interesse e com a proteção integral dos adolescentes acusados da prática de infrações penais (DÍAZ, 2007 *apud* RODRIGUES, 2017, p. 78).

Nesse sentido, após anos de retrocessos e desacertos, a Justiça Juvenil brasileira parece finalmente contar com os instrumentos normativos e político-criminais necessários para avançar e se adequar aos modernos programas de JR. Todavia, é sabido que, para além do arcabouço normativo, é necessário que a JR seja compreendida como política pública e passe a contar com apoio institucional e orçamentário que viabilize sua execução. É cediço que uma das principais barreiras para o desenvolvimento de tais políticas repousa na mentalidade seletiva e punitivista existente no país, o que torna a tarefa nada fácil e assinala que ainda temos muito a caminhar.

Não obstante, acredita-se que um percurso que vem se mostrando promissor para fortalecer a implantação da JR nas Varas de Infância e Juventude do país é a criação de parcerias entre as universidades e o poder público, no sentido de viabilizar capacitações e execuções de projetos na forma de extensão acadêmica. Mas, antes de iniciar propriamente

os relatos sobre as experiências extensionistas adquiridas a partir do projeto Além da Culpa: Justiça Restaurativa para adolescentes convém apresentar brevemente os pressupostos teóricos e conceituais que orientam as práticas relatadas à frente.

3 ABORDAGENS CONCEITUAIS ACERCA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA E SUA INSERÇÃO NO ÂMBITO DO SISTEMA DE JUSTIÇA JUVENIL PÁTRIO

Há algumas décadas, com destaque para os trabalhos críticos publicados nos anos 1970, a pesquisa criminológica vem demonstrando que o modelo punitivo prisional empregado na maioria dos países não se apresenta como apto ao enfrentamento, redução e/ou prevenção da conflitividade social decorrente do crime e da violência. É nesse sentido que se faz mister a busca por novos mecanismos que possam contribuir efetiva e afirmativamente para o aprimoramento da resposta estatal e comunitária ao acontecimento delitivo, com destaque para os programas de JR.

No âmbito infanto-juvenil esse debate remonta às grandes reformas levadas a efeito nos anos 1980 e 1990 em diversos países, com base na normativa internacional⁹ sobre o tema fixada no âmbito da ONU, com destaque para a Resolução 40/33, de 1985 (que dispõe sobre as chamadas Regras de Beijing), que preconizam a observância por parte dos estados, mesmo em caso de infrações penais, do pleno desenvolvimento da criança, do adolescente e do jovem, visto que se encontram em uma etapa inicial do desenvolvimento humano e necessitam de condições dignas para o seu pleno desenvolvimento físico, mental e social. No mesmo sentido, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade, de 1990, estipulam que, em caso de privação de liberdade em estabelecimento prisional (medida a ser adotada somente em último caso – *ultima ratio*), deve ser garantida aos menores de idade e jovens adultos a devida proteção, devendo tal privação e/ou restrição de liberdade ser breve.

Entretantes, cabe dizer, portanto, que o pioneirismo dos sistemas de Justiça Juvenil na aplicação dos programas de JR não é dado, antes faz parte de um movimento de abrangência internacional e intercontinental, capitaneado pela ONU a partir do final dos anos

⁹ Dentre os quais, se destacam: Convenção dos Direitos da Criança, 1989; Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Beijing - Resolução 40/33, de 1985, da ONU); Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad - Resolução 45/11, de 1990, da ONU).

1970, no sentido de demonstrar o desacerto dos modelos marcadamente punitivos vigentes até àquela conjuntura sob o signo da doutrina tutelar ou de situação irregular.

Tais movimentos estão no bojo das críticas organizadas no âmbito da Criminologia e das Ciências Sociais na década de 1970, que se dedicaram a demonstrar através de sólidas pesquisas os efeitos deletérios do cárcere para a personalidade, sobretudo de crianças, adolescentes e jovens adultos, com destaque para o chamado *labeling approach*, a Criminologia crítica e o Abolicionismo penal, cujas definições fugiriam aos limites deste trabalho.

Como bem destacado por Garland (2008), diante das falhas e desacertos apontados, a crise do sistema penal terminou por trazer à tona o debate sobre alternativas para sua contenção. Nesse contexto, as propostas de reforma que mais encontraram eco destacavam a necessidade de aperfeiçoar os serviços voltados à reabilitação dos infratores e redução da opressão imposta sobre os mesmos, oferecendo possibilidades de cumprimento de sanções em meio livre e redução das repostas formais típicas do sistema de justiça criminal.

Nessa esteira, a JR passou a ser vista como um dos mecanismos capazes de contribuir para as respostas alternativas almejadas, visto que, além da redução dos fluxos de criminalização, propõem mecanismos de diversificação (*diversion*), na medida em que pugna pela busca de metodologias informais de resolução de conflitos que privilegiem a participação das pessoas envolvidas no acontecimento delitivo.

Desde as primeiras pesquisas acadêmicas acerca da JR até a atualidade, é possível dizer que há certo consenso no sentido de que esta não possui um conceito unívoco (PALLAMOLLA, 2009, p. 53), mas sim um conceito aberto e dinâmico que se relaciona às suas diversas acepções e práticas. Segundo Achutti (2013),

antes de ser considerada uma ideia fechada e acabada, trata-se, primordialmente, de uma proposta conceitual que continua aberta. Sica (2007, p. 10) refere que “a justiça restaurativa é uma prática ou, mais precisamente, um conjunto de práticas em busca de uma teoria”. Pallamolla (2009, p. 54), por sua vez, acentua que “a justiça restaurativa possui um conceito não só aberto como, também, fluido, pois vem sendo modificado, assim como suas práticas, desde os primeiros estudos e experiências restaurativas”. E essa construção ainda em aberto e em constante movimento é, paradoxalmente, um dos pontos mais positivos da justiça restaurativa, pois não há um engessamento de sua forma de aplicação e, portanto, os casos-padrão e as respostas-receituário permanecem indeterminadas, na busca de adaptação a cada caso e aos seus contextos culturais. (ACHUTTI, 2013, p. 159)

Segundo Zehr (2012; 2015, 2017) o modelo restaurativo deve ser construído pelas comunidades, pois está atrelado à cultura e às características de cada grupo social, devendo ser estabelecido através da experimentação e do diálogo tendente a repensar as necessidades e desdobramentos gerados a partir da ocorrência de determinado fato delitivo.

Já para Dünkel, Horsfield e Păroşanu (2015, p. 4), os valores da JR não são inteiramente novos e podem ser traçados desde as culturas indígenas e tradicionais presentes no mundo todo, pois muitas de suas práticas são inspiradas nos métodos de resolução de conflitos das tribos indígenas.

Para efeitos deste estudo, concebe-se que a JR se insurge como um movimento social que reage de encontro ao sistema de controle social institucionalizado (ACHUTTI, 2013, p.156), que visa manter a ordem através de mecanismos de poder, centralizando a pessoa do infrator como inimigo, ou, desviante, buscando respostas penais que atendam expectativas de prevenção da sociedade, enquadrando-se em um modelo clássico de punição estatal (punitivista e opressor). Afastando-se dessa concepção, as práticas restaurativas repercutem um modelo integrador de justiça cujo foco é a edificação de um sistema de justiça criminal embasado no princípio da dignidade humana (NERY, 2011, p. 52-106).

O fortalecimento da JR no âmbito infanto-juvenil é fruto de intensos debates acerca dos limites entre a responsabilização penal e os direitos e garantias desse contingente, que se caracteriza como um grupo de indivíduos que estão em processo de desenvolvimento, e, por isso, deve ter um tratamento diferenciado por parte do Estado e da sociedade como um todo.

As intervenções restaurativas no âmbito da Justiça Juvenil primam pela reabilitação e reintegração dos menores de 18 anos à comunidade, para tanto contam com a participação da vítima, do adolescente ofensor e seus responsáveis, dos servidores de proteção à criança e ao adolescente, técnicos judiciários, representantes da escola e da comunidade, bem como outras pessoas que, de algum modo, possam ter sido afetadas pelo conflito. Por ser orientada pelo respeito mútuo e ter por foco o fortalecimento das relações, o entendimento majoritário é o de que a JR pode ser aplicada em todas as fases do processo para apuração de infrações penais em que crianças, adolescentes e jovens foram autores ou vítimas (DÜNKEL; HORSFIELD & PĂROŞANU, 2015).

De acordo com estudos realizados por Dünkel; Horsfield & Păroşanu (2015) em mais de 30 países da União Europeia, os dados levantados permitem verificar que a JR proporciona diversos benefícios aos participantes, a saber: i) menor tendência a desenvolver

comportamento antissocial nas relações com a família e a sociedade; ii) maior possibilidade de reflexão a respeito das consequências do ato lesivo, para as demais pessoas; iii) oportuniza a responsabilização; iv) produz menores níveis de medo e de sintomas de estresse pós traumático nos adolescentes; v) oportuniza espaços de fala aos participantes que, em um ambiente seguro, veem aumentada a probabilidade de solucionar o conflito.

Ademais, as práticas restaurativas também vêm apresentando resultados promissores quanto à prevenção da delinquência juvenil, embora não seja este o objetivo principal da JR. Os estudos apontam ainda a elevação dos índices de reinserção social de adolescentes em conflito com a lei à comunidade em diversos países do mundo, principalmente em relação à Alemanha, Bélgica, Áustria, Canadá, Austrália, entre outros (RODRIGUES, 2017).

Do ponto de vista prático, as possibilidades e/ou efeitos que a adoção dos programas de JR podem conferir aos processos criminais que se lhes subjazem são: i) extinção do processo (pode ocorrer em determinados delitos, caso o autor se responsabilize pelo ato e se comprometa a cumprir o acordo restaurativo pactuado com a outra parte); ii) suspensão provisória do processo mediante período de prova para o devido cumprimento do acordo restaurativo fixado e verificação de bom comportamento do ofensor); iii) substituição ou redução da sentença, se cumprida a proposta restaurativa; entre outros (MIERS, 2003 *apud* PALLAMOLLA, 2009, p. 103).

A fim de esclarecer distorções comuns à percepção da JR a partir de uma perspectiva romantizada, Zehr (2017) esclarece que o modelo restaurativo não tem por objetivo fundamental o perdão ou a conciliação entre as partes, ou mesmo a redução da reincidência. Em relação aos dois primeiros aspectos, de fato, as abordagens restaurativas oferecem um contexto em que tais possibilidades podem vir a acontecer, mais facilmente do que no modelo tradicional, no entanto, não são tais aspectos pré-requisitos e tampouco resultados necessários. Em relação à redução da reincidência, pesquisas vêm demonstrando bons resultados em relação a grupos participantes de programas de JR, não obstante o autor afirma que tal fato por si só não deve ser motivo para promover programas restaurativos, pois, para Zehr (2017),

a redução da reincidência é um subproduto, mas a JR é praticada, em primeiro lugar, pelo fato de ser a coisa certa a se fazer. Aqueles que sofreram o dano devem ser capazes de identificar suas necessidades e tê-las apontadas, aqueles que causaram dano, devem ser estimulados a assumir a responsabilidade e aqueles que foram afetados por um delito devem ser envolvidos no processo. (ZEHR, 2017, p. 22)

Importa destacar também, que as abordagens restaurativas não implicam o retorno ao passado, como se o conflito não tivesse acontecido, principalmente os conflitos mais graves, que também são abordados pelas intervenções restaurativas, e os contextos sociais indesejáveis, pautados por opressão e traumas. Logo, não se trata de retornar ao estado pré-conflitual, mas retornar à melhor versão de nós mesmos, que sempre esteve presente e que foi abalada pelo acontecimento delitivo (ZEHR, 2017, p. 20).

Conforme destaca Achuti (2016, p. 79-84), dentre os diversos métodos utilizados nas práticas restaurativas, destacam-se os seguintes: i) ações de apoio à vítima (objetiva demonstrar que há interesse pela situação da vítima); ii) comunicação vítima-ofensor (face-to-face meeting – viabilizar o diálogo (direta ou indiretamente, nas situações em que o encontro não é possível); iii) conferências ou círculos restaurativos (vítima, ofensor, apoiadores, membros da comunidade, facilitador); iv) conferência ou círculos familiares (family group conferences); v) círculos de restauração da paz afetada por determinado conflito na comunidade; vi) círculos de sentença ou decisórios (sentencing circles = comunidades realizam co-julgamentos, com a presença de um juiz; processo deliberativo demanda vários encontros); vii) comitês de paz (pacificação de disputas particulares nas comunidades e construção de paz); viii) conselhos de cidadania (decisões tomadas pelos conselheiros eleitos pela comunidade e não pelas partes, o que compromete, em certa medida, a proposta restaurativa); xix) serviço comunitário (pode ser parte de acordo restaurativo ou decisão judicial. Em todas essas diferentes modalidades, importa destacar que o resultado final será considerado restaurativo se for fruto de livre deliberação entre as partes.

Nos programas de Justiça Restaurativa que vêm sendo implementados no Brasil, sobretudo no âmbito da Infância e Juventude, é possível perceber a prevalência das conferências restaurativas, conhecidas, entre nós, como círculos restaurativos, que consistem em encontros realizados a partir da metodologia circular, conduzidos por facilitadores previamente capacitados que viabilizam a participação da vítima, da pessoa identificada como autor/ofensor, seus apoiadores, membros da comunidade e demais pessoas afetadas pelo conflito.

Para a realização dos denominados círculos restaurativos, é necessária a construção de uma rede de apoio que envolve tanto membros da sociedade civil, quanto operadores do sistema de justiça criminal. Pois, para que as propostas restaurativas construídas

coletivamente nos círculos produzam efeitos nos respectivos processos, é necessário o apoio dos Tribunais de Justiça, do Ministério Público e demais atores envolvidos na demanda.

No âmbito nacional, os projetos pioneiros de JR no âmbito da Justiça Juvenil foram realizados através do Ministério da Justiça em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), com destaque para o programa Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro¹⁰ instituído em 2005 e que se tornou referência para os estudos e práticas inspiradas pelo novo modelo de justiça estabelecido a partir da JR. A partir desse projeto, foi possível a obtenção de apoio financeiro para a execução de três projetos pilotos, quais sejam: o programa Justiça Para o Século 21, desenvolvido na cidade de Porto Alegre/RS¹¹; o programa Justiça e Educação: parceria para a cidadania, desenvolvido na cidade de São Caetano do Sul/SP¹²; e o programa Implantação De Justiça Restaurativa - Núcleo Bandeirante, desenvolvido na cidade de Brasília/DF¹³.

Desde então, uma série de projetos vêm sendo desenvolvidos por todo o país, tendo sido boa parte levantada pela pesquisa realizada em 2017, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, denominada Pilotando a Justiça Restaurativa. O papel do poder judiciário. A pesquisa, que foi coordenada por acadêmicas de destaque como Vera Regina Pereira de Andrade, Alline Pedra Jorge Birol e outras, apontou o protagonismo exercido pelo Poder Judiciário, seus atores e órgãos conexos (Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, Conselho Nacional de Justiça, Sistema de Justiça, juízes, desembargadores, psicólogos, assistentes sociais, equipes técnicas), “na construção de uma Justiça Restaurativa no Brasil, interpretado como uma face do contemporâneo movimento mais amplo denominado ativismo judicial”¹⁴.

¹⁰ Mais informações disponíveis em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1711.html>. Acesso em: 10 fev. 2020.

¹¹ Informações disponíveis em: www.justica21.org.br. Acesso em: 15 jun. 2019.

¹² Mais informações em: Justiça e educação: parceria para a cidadania. Um projeto de justiça restaurativa da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de São Caetano do Sul envolvendo a rede escolar da comarca. Disponível em: http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/XXICongressoNacional_ABMP/1%20Experiencia%20%20Eduardo%20Rezende%20Melo%2008.05%20-%20G7.pdf. Acesso em: 15 jun. 2019.

¹³ Informações disponíveis em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupecon/justicarestaurativa/o-que-e-a-justica-restaurativa>. Acesso em: 15 jun. 2019.

¹⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Pilotando a Justiça Restaurativa. O papel do poder judiciário. Sumário executivo. CNJ: Brasília, 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/9055d2b8d7ddb66b87a367599abc4bf5.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2020. p. 22.

Ademais, o estudo assinala que o mapa da Justiça Restaurativa inclui, para além do espaço judicial, o espaço policial, o espaço da educação escolar, do ensino médio à universidade; o espaço do trabalho, o espaço comunitário, o espaço da cidade. Menção específica merecem a interação e o diálogo, que estão a se desenvolver, ainda que de forma residual, entre Judiciário e Universidade, envolvendo um conjunto de atividades relativas ao ensino, pesquisa e extensão, tal como se verificou, por exemplo, em Santa Maria, Florianópolis, Belo Horizonte, Recife, Salvador, Distrito Federal e Santos. Todas essas interações, em princípio, contribuem para o conhecimento, o debate e o próprio avanço da mudança de paradigmas em justiça, além de concorrer para a formação dos trabalhadores da Justiça Restaurativa, num mecanismo de feedback.

É justamente nesse mecanismo que o projeto de extensão acadêmica Além da Culpa: JR para adolescentes¹⁵ se insere, tendo por fio condutor o desejo de contribuir para o aprimoramento dos paradigmas de justiça que marcam a cultura jurídica do país. Nesse sentido, passa-se agora à apresentação do projeto desenvolvido pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora/MG, bem como de seus resultados.

4 PROJETO DE EXTENSÃO ACADÊMICA ALÉM DA CULPA: JUSTIÇA RESTAURATIVA PARA ADOLESCENTES: CARACTERÍSTICAS, PERCURSOS, DESAFIOS E HORIZONTES

Boa parte da rede socioeducativa do município de **** é centralizada no prédio em que funciona a Vara da Infância e Juventude, onde também se localiza a Promotoria da Infância e Juventude local e o núcleo da Defensoria Pública estadual responsável por essa vara especializada. No mesmo prédio também estão o Comissariado de Justiça da Infância e Juventude e os profissionais que compõem a equipe técnica responsável pelos processos de competência da Vara da Infância, quais sejam: psicólogos e assistentes sociais. Neste edifício também passou a funcionar, a partir de 2015, a central de Justiça Restaurativa, como se verá mais detalhadamente a seguir.

Além dos atores ligados ao poder judiciário, a rede socioeducativa juiz-forana conta ainda com órgãos responsáveis pela execução das medidas de proteção (previstas no art. 101 do ECA) e medidas socioeducativas (previstas no art. 112 do ECA). Quanto às medidas de

¹⁵ Projeto em parceria o Governo Federal, com a 12ª Promotoria da Justiça da Infância e Juventude, a Vara da Infância e Juventude de Juiz de Fora e com a Universidade Federal de Juiz de Fora, o “Além da Culpa”

proteção, o acolhimento institucional (art. 101, VII ECA) se destaca como uma das medidas de maior incidência, sobretudo porque recai sobre crianças e adolescentes pobres, que compõem o público alvo da rede. No município de ****, o acolhimento institucional ocorre em caráter provisório e é destinado a crianças e adolescentes com idades entre zero e 18 anos incompletos que tenham sofrido violência sexual, física, psicológica, doméstica ou negligência familiar. Todos os trâmites necessários para o acolhimento são realizados através da Vara da Infância e da Juventude e, excepcionalmente, pelos Conselhos Tutelares¹⁶, cujos encaminhamentos serão direcionados para as unidades locais de acolhimento: Casa Estância Juvenil; Casa Lar de Laura; Casa Vivendas do Futuro; Aldeias Infantis do Brasil.

No que tange à execução das medidas socioeducativas, observa-se que é respeitada a organização fixada legalmente, de modo que compete ao poder público municipal a execução das medidas em meio aberto (prestação de serviço à comunidade e liberdade assistida), ficando o governo estadual com a gestão das medidas de internação e semiliberdade. No âmbito municipal, as medidas socioeducativas de prestação de serviço à comunidade e liberdade assistida ficam a cargo da Secretaria de Desenvolvimento Social (SDS), que organiza a demanda junto aos Centros de Referência em Assistência Social (CRAS)¹⁷ e aos Centros de Referência Especializado de Assistência Socias (CREAS)¹⁸.

Com relação às medidas socioeducativas em meio não aberto, quais sejam: internação e semiliberdade, a competência para a execução é do governo estadual, sendo geridas através da Secretaria de Estado de Defesa Social (SEDS).

¹⁶ O município de Juiz de Fora conta com três Conselhos Tutelares, quais sejam: CONSELHO TUTELAR I (REGIÃO CENTRO/NORTE); CONSELHO TUTELAR II (REGIÃO SUL/OESTE); CONSELHO TUTELAR III (REGIÃO LESTE). Maiores informações disponíveis em: <https://www.pjf.mg.gov.br/conselhotutelar/estrutura/composicao.php>. Acesso: 10 fev. 2020.

¹⁷ O CRAS é a principal porta de entrada para os serviços da Proteção Básica. Presta atendimento às famílias e indivíduos em situação de vulnerabilidade social, com o objetivo de fortalecer os vínculos familiares e comunitários. Oferece atendimento e acompanhamento às famílias que moram nos bairros do seu território de abrangência. Realiza atividades individuais ou em grupo e encaminha para serviços de atendimento a crianças, adolescentes e idosos, entre outras atividades. Mais informações disponíveis em: https://www.pjf.mg.gov.br/secretarias/sds/centros_referencias/cras.php. Acesso: 10 fev. 2020.

¹⁸ O CREAS é uma unidade pública que oferta serviços especializados e continuados a famílias e indivíduos em situação de ameaça ou violação de direitos. Nesse espaço são ofertados serviços de proteção a indivíduos e famílias vítimas de violência, maus-tratos, negligência, entre outros. Sua atuação proporciona à família o acesso a direitos sociais. Busca, também, a construção de um espaço de acolhida e escuta qualificada, fortalecendo vínculos familiares e comunitários. O público alvo inclui: crianças e adolescentes vítimas de abuso, exploração sexual e violência doméstica, em situação de mendicância e trabalho infantil; adolescentes e jovens em cumprimento de medidas socioeducativas; mulheres, idosos e pessoas com deficiência com seus direitos violados. Mais informações disponíveis em: https://www.pjf.mg.gov.br/secretarias/sds/centros_referencias/creas.php. Acesso: 10 fev. 2020.

As medidas de semiliberdade ficam a cargo do PEMSE (Polo de Evolução de Medidas Socioeducativas), organização não governamental criada a partir de convênio estabelecido entre o Estado de Minas Gerais e a Secretaria de Estado de Defesa Social (SEDS). Atualmente, as atividades do PEMSE estão divididas em duas unidades, quais sejam: Casa de Semiliberdade Caminheiros de Jesus, com capacidade de 16 adolescentes do sexo masculino e Casa de Semiliberdade Bethânia, com capacidade para 20 adolescentes do sexo masculino.

Já as medidas socioeducativas de internação são executadas no Centro Socioeducativo Santa Lúcia (doravante CSE), coordenado pela Subsecretaria de Atendimento às Medidas Socioeducativas (SUASE), subordinada à Secretaria de Estado de Defesa Social (SEDS). O CSE de Juiz de Fora tem capacidade para 56 adolescentes do sexo masculino, sendo 33 vagas para adolescentes sentenciados com a medida de internação e 23 para internações provisórias. Considerando o perfil da Comarca, revela notar que o número de vagas vem se mostrando insuficiente, pois são direcionadas ao CSE local não apenas adolescentes de Juiz de Fora, mas de toda a região da Zona da Mata e Sul de Minas Gerais, já que não existem outras unidades socioeducativas nessas localidades. Destaca-se que, no período de produção deste estudo, o CSE local contava com 90 adolescentes acautelados, ou seja, quase o dobro de sua capacidade.

Destaca-se que, embora o ECA tenha entrado em vigor no ano de 1990, somente em 2008 o município de Juiz de Fora passou a contar com uma unidade socioeducativa, que, como dito acima, abrange a toda a região da Zona da Mata e região Sul de Minas Gerais. O CSE local, situado na região norte da cidade, é comumente apontado pela população juiz-forana como Cerespinho, o que corresponde a uma espécie de apelido que significa uma versão jovem de uma das unidades prisionais locais destinadas a adultos, denominada CERESP (Centro de Remanejamento do Sistema Prisional).

Até o ano de 2018, além do atendimento feito durante a execução das medidas socioeducativas, os adolescentes residentes em Juiz de Fora também contavam com o programa Se liga¹⁹, executado através da SUASE e destinado aos egressos do sistema socioeducativo. O Se Liga visa apoiar o adolescente quando do cumprimento de sua medida socioeducativa e auxiliar em sua reinserção social, incentivando aproximações com a família,

¹⁹ Mais informações em: <http://www.seguranca.mg.gov.br/socioeducativo/programas-e-acoes/se-liga>. Acesso em: 10 fev. 2020.

educação, trabalho, cultura e renda. Segundo os responsáveis, desde 2018 as atividades do Se liga foram interrompidas na cidade devido a questões orçamentárias.

Em 2012, quando se iniciaram as atividades do projeto Além da Culpa, a rede socioeducativa local parecia estar seguindo o padrão que vigora em todo o país, caracterizado pela primazia da aplicação das medidas socioeducativas em meio não aberto e predominância de adolescentes negros, pobres e do sexo masculino (RODRIGUES, 2017). Embora a realidade em Juiz de Fora não fosse tão desoladora como a verificada em outras unidades que padecem com superlotação e maus tratos, sabíamos que a dinâmica dos atendimentos socioeducativos na cidade estava aquém do ideário propugnado pelo ECA e distante dos inovadores programas de JR que estavam sendo implementados no país.

Atenta a essa questão e sensibilizada pelo desejo de contribuir para a promoção de ações afirmativas junto à juventude local, a equipe da Defensoria Pública da Vara da Infância de Juiz de Fora iniciou, em 2012, as atividades do Além da Culpa: Justiça Restaurativa para adolescentes.

4.1 INÍCIO DAS ATIVIDADES E METODOLOGIAS ADOTADAS

O Além da Culpa foi implementado na Comarca de *** em 2012, por iniciativa da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, sob a coordenação das defensoras públicas Maria Aparecida Rocha de Paiva e Margarida Maria Barreto Almeida, responsáveis pela Defensoria da Vara da Infância e da Juventude à época. Por meio de convênio²⁰ assinado com o Governo Federal para a execução do projeto, o Além da Culpa passou a contar com recursos próprios, o que tornou possível a seleção e contratação de técnicos e estagiários, a compra dos materiais e a organização do espaço onde passaria a funcionar a Central de Práticas Restaurativas, cuja sede, cedida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, se localiza no mesmo prédio onde funciona a Vara da Infância e Juventude local.

Passada a fase de estruturação do projeto, ainda em 2012 foram realizados diversos treinamentos e palestras de sensibilização sobre JR, haja vista ser este um tema muito novo à época. Com o intuito de atender às exigências da Lei do SINASE para a implantação de programas de JR, todos os voluntários, técnicos e estagiários participaram de cursos de

²⁰ Convênio nº 777124/2012, firmado entre a DPMG e SDH/PR, através do setor de projetos e convênios da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

capacitação enquanto facilitadores²¹, para que pudessem atuar de maneira adequada e preparada.

No ano de 2013, os integrantes do projeto, vinculados à Defensoria Pública, realizaram visitas técnicas à Escola Municipal Gabriel Gonçalves e ao CSE, ambos em Juiz de Fora e também passaram por treinamentos junto às equipes de outros projetos de JR nas cidades de São Caetano do Sul/SP²² e Porto Alegre/RS²³, cujo papel pioneiro nas práticas restaurativas no país já foi mencionado acima.

No início de 2015, todos os integrantes do projeto contaram com curso de capacitação como facilitadores, que foi ministrado pela psicóloga Monica Maria Ribeiro Mumme²⁴, idealizadora dos cursos para a implantação de políticas públicas para a JR junto à Escola Paulista de Magistratura. O curso contou com representantes de diversas instituições, como: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, Secretaria Municipal de Educação, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Polícia Militar, entre outras.

Durante o período de formação, a equipe da Defensoria encontrou desafios para a devida efetivação do projeto, o que foi possível, a partir de 2015, através das parcerias firmadas com a 12ª Promotoria da Justiça da Infância e Juventude de Juiz de Fora e com a Faculdade de Direito da Universidade ****. No mesmo ano, graças a ações de natureza interventiva, foi possível colocar em funcionamento a Central de Práticas Restaurativas.

No âmbito da UF**, o Além da Culpa passou a funcionar como um projeto de extensão acadêmica, vinculado à Pró-reitora de Extensão (área de extensão Direitos Humanos e Justiça), sob a coordenação dos docentes *****, professores de Direito Penal da mesma instituição. A perspectiva de JR adotada nas ações extensionistas é a de que a JR se trata de um modelo de justiça compreendido como um conjunto de métodos alternativos de resolução de conflitos criminais, que funciona de maneira contraposta aos sistemas de justiça

²¹ Atendendo ao disposto na Resolução nº 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), os facilitadores devem possuir alto grau de empatia e capacitação, sendo responsáveis por conduzir os círculos restaurativos a partir de um ambiente seguro, capaz de propiciar diálogos abertos e não violentos sobre o conflito em questão. Em todos os círculos os facilitadores são apoiados por co-facilitadores, que também passam por treinamentos e capacitação para atuarem como tais.

²² Justiça Restaurativa e comunitária em São Caetano do Sul/SP. Mais informações disponíveis em: http://www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadorialInfanciaJuventude/JusticaRestaurativa/SaoCaetanoSul/Publicacoes/jr_sao-caetano_090209_bx.pdf. Acesso em: 15 jun. 2017

²³ Justiça Restaurativa – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Mais informações disponíveis em <http://jij.tjrs.jus.br/justica-restaurativa>. Acesso em 15 jun 2017.

²⁴ Currículo disponível em: <http://laboratoriodeconvivencia.com.br/?page_id=145>. Acesso em: 14 jun. 2017.

tradicionais, especialmente aqueles orientados pela lógica retributiva, tendo por objetivo a voluntariedade das partes e a responsabilização da pessoa tida como autora da infração penal.

As atividades de extensão interagem com as atividades do ****, criado pela Portaria n.º 02, de 27/06/2016, da Faculdade de Direito/*** e sediado no NPJ (Núcleo de Prática Jurídica) da mesma instituição, e têm por objetivo promover a aplicação do método e das técnicas da JR nos processos de verificação de ato infracional e/ou execução de medidas socioeducativas que tramitam perante a Vara da Infância e Juventude da Comarca de ****. Além disso, são promovidos cursos de capacitação de facilitadores, palestras e seminários consentâneos à temática, o no intuito de colaborar com a divulgação da JR na cidade e região.

Para participarem do projeto foram selecionados 10 (dez) estagiários, todos devidamente matriculados no curso de Direito da ****, que, voluntariamente, passaram a atuar, juntamente com os referidos professores e com a equipe da Defensoria e demais voluntários, na Central de Práticas Restaurativas²⁵. As atividades foram exitosas que conferiram à equipe do projeto de extensão a premiação, na categoria Direitos Humanos, na I Mostra de Extensão da ***, realizada em 2016²⁶.

Além das atividades extensionistas, os professores coordenadores iniciaram, em 2016, um projeto de pesquisa, na modalidade iniciação científica²⁷, para refletir sobre as possibilidades e impactos da implantação da JR em Juiz de Fora, objetivando analisar, ainda, os mecanismos alternativos de resolução de conflitos entre adolescentes, com destaque para a JR.

À luz da Criminologia crítica, tais estudos buscaram contribuir para a consolidação de uma proposta contra hegemônica do discurso dominante que se caracteriza por criminalizar a juventude popular, representando um esforço intelectual para a condução dos debates acerca da Justiça Juvenil pátria a perspectivas mais humanizadas e progressistas.

Do ponto de vista metodológico, as práticas mais utilizadas nas atividades extensionistas são os chamados círculos restaurativos, que têm por objetivos: i) apoiar os participantes a apresentarem seus pontos de vista e argumentos e ajudá-los a se conduzirem

²⁵ Maiores informações sobre o processo seletivo do referido projeto de extensão acadêmica disponíveis em: <<http://www.ufjf.br/direito/files/2010/05/Edital-Bolsista-de-Extens%C3%A3o-alem-da-culpa.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

²⁶ Mais informações disponíveis em: <<http://www.ufjf.br/noticias/2017/01/12/causas-e-consequencias-dos-atos-de-menores-infratores-e-estudo-de-projeto-de-extensao/>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

²⁷ Mais informações em: <<http://www.ufjf.br/propp/files/2016/07/Resultado-BIC-PIBIC-2016-Atualizado2.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

com base nos valores que representam quem eles são quando estão no seu melhor momento; ii) fazer com que a ligação entre as pessoas fique visível e o mais equânime e respeitosa possível, mesmo em face de diferenças significativas; iii) buscar o engajamento entre os participantes para com o procedimento realizado, de modo que todos possam deliberar livremente sobre os fatos.

Através da metodologia circular a equipe atua em dois momentos processuais diferentes, sendo o primeiro na fase de apuração do ato infracional, quando, diante do fato praticado, em tese, pelo adolescente, o Parquet representa contra ele, dando início, assim, à ação de natureza penal que será de competência do Juiz da Vara da Infância e Juventude. Recebidos os autos, MP e magistrado avaliam a possibilidade de encaminhamento para a Central de Práticas Restaurativas, que, ouvida a defesa, ficará responsável por tomar os procedimentos junto às partes envolvidas para a realização do procedimento restaurativo. Ademais, a equipe do projeto também atua na fase pós-condenação, qual seja: a fase de execução das medidas socioeducativas, através da realização de oficinas no CSE ou dos chamamos de círculos de reinserção familiar, que também ocorrem na Central de Práticas Restaurativas.

Quando o encaminhamento à Central de Práticas Restaurativas se dá na fase de apuração do ato infracional, o juiz procede à suspensão do processo para a realização da prática restaurativa, e, caso o procedimento seja exitoso, pode culminar até mesmo na extinção do feito. Para que o procedimento restaurativo seja completo, ele deve contar com três fases: i) pré-círculos (que compreendem a fase de preparação, em que as partes são contatadas e convidadas para fazerem parte do procedimento); ii) círculos restaurativos (que sucedem os pré-círculos exitosos e compreendem a efetiva realização das atividades e encontros restaurativos); iii) pós-círculos (que consistem em acompanhamentos feitos pela equipe do projeto para verificar o cumprimento das propostas restaurativas firmadas nos círculos).

Para a realização dos pré-círculos, os membros da equipe se deslocam pessoalmente até a residência do adolescente e o convidam a participar do procedimento, na presença de seus responsáveis. Caso o adolescente e os responsáveis aceitem o convite, a equipe solicita que indiquem outras pessoas, além do ofensor e da vítima, cuja participação consideram importante. Essas pessoas indicadas funcionam como apoiadores (pessoas do relacionamento dos envolvidos, como parentes, amigos, empregadores, etc.) ou como referências

comunitárias (líderes comunitários ou religiosos, policiais, testemunhas, professores e outros profissionais relacionados às pessoas e/ou ao caso), que auxiliarão as partes na construção das propostas restaurativas.

Feita a visita ao adolescente, a equipe se desloca à residência das demais partes envolvidas para convidá-las a participarem do círculo restaurativo. Finalmente, concluída com êxito a etapa de pré-círculo, a equipe responsável define data e horário específico para a realização do encontro, que, como já dito, é realizado na Central de Práticas Restaurativas.

Ao longo das atividades, foi possível perceber que o contato presencial entre a equipe do projeto e as partes na fase de pré-círculo é de grande importância para o êxito do procedimento restaurativo, na medida em que, através dele, é possível conhecer a realidade do adolescente e de seus familiares, o que facilita as abordagens durante os círculos restaurativos e humaniza a percepção da equipe acerca do adolescente, que deixa de ser percebido como apenas mais um réu cuja suposta infração foi relatada nos autos.

No que tange aos desafios enfrentados pela equipe para realização dos pré-círculos, cumpre destacar que em razão da condição social da maioria dos adolescentes e demais envolvidos, direta ou indiretamente, serem pobres, suas residências são de difícil acesso, sendo necessário transporte para a locomoção da assistente social e dos estagiários responsáveis pela visita. No entanto, como o transporte é fornecido pela Defensoria Pública e deve ser subordinado às outras demandas da instituição, a disponibilidade de dias e horários é restrita, o que dificulta o contato com as partes e o efetivo agendamento dos círculos. Na tentativa de ultrapassar essa barreira, a equipe do projeto realizou, durante o ano de 2019, diversas tentativas de contato com as partes via telefone. Todavia, foi observado que o contato telefônico é menos eficiente ou, até mesmo, menos acolhedor que o pessoal, sendo possível notar maior número de faltas, mesmo com a confirmação anterior da presença pelo telefone.

Passada a fase de pré-círculo, no círculo restaurativo, presentes os facilitadores, cofacilitadores, as pessoas identificadas como ofensor e vítima e seus apoiadores, todos se assentam de forma circular, no sentido de demonstrar a posição de igualdade entre os participantes e a necessidade do respeito e atenção mútuos. Os facilitadores posicionam objetos e materiais de apoio no centro do círculo a fim de dar apoio à fala e à escuta dos participantes. Ademais, a equipe utiliza um objeto para demarcar o momento de fala dos participantes, que é denominado bastão ou objeto de fala. Tal objeto circula de pessoa por

pessoa, demarcando o espaço de fala daquele que o detém e estimulando a alteridade e a escuta dos demais, que, em seguida, também poderão se expressar enquanto estiverem segurando o bastão.

Na condução dos círculos restaurativos, os facilitadores elaboram perguntas e estimulam a fala dos participantes a partir de fatos, valores e sentimentos que são, pouco a pouco, abordados pelo grupo. Ao longo dos círculos realizados, atendendo à proposta da comunicação não violenta, os facilitadores não abordam o conflito entre as partes de forma imediata. Ao contrário, as rodadas iniciais procuram fomentar o diálogo a respeito de temas amenos e alheios ao cerne do conflito decorrente do ato infracional em questão, permitindo às partes falarem sobre os sentimentos e perspectivas que, naturalmente, permeiam os primeiros apontamentos acerca da conflitividade que será discutida no círculo.

Importante salientar, ainda, que, ao longo de todo o encontro circular, são exploradas as necessidades das partes, o que se dá através de um diálogo seguro e voluntário, em que todos têm a opção de não falarem ou, até mesmo, de desistirem do procedimento, se assim desejarem. Caso isso não ocorra e os integrantes evoluam no diálogo acerca do conflito propriamente dito, os facilitadores procuram estimulá-los na construção de uma proposta restaurativa coletiva que promova a pacificação das controvérsias e, se possível, aponte possibilidades para a restauração dos laços que foram rompidos com o ato infracional.

Ressalta-se que todas as fases do procedimento restaurativo são devidamente documentadas e o relatório final, confeccionado após a realização do círculo restaurativo, no qual consta a proposta restaurativa construída coletivamente pelas partes, é juntado aos autos do processo de apuração do ato infracional para posterior análise do juiz responsável, que decidirá pela extinção do feito ou pela valoração da participação como condição pessoal favorável na escolha da medida socioeducativa a ser imposta.

No que tange às dificuldades encontradas pela equipe para realização dos círculos restaurativos, destaca-se a dificuldade que as partes têm de se locomoverem até a Vara da Infância e da Juventude, pois, em razão da distância dos bairros em que residem, normalmente distantes do centro da cidade, nem sempre dispõem de dinheiro para a condução. Outro entrave observado pela equipe é fato de a Central de Práticas Restaurativas funcionar no ambiente forense, o que causa certo desconforto e temor às partes, mesmo que orientada, na fase de pré-círculo, que a natureza das práticas restaurativas é diferenciada dos ritos tradicionais das audiências.

Cumprido salientar que o perfil dos feitos encaminhados à Central de Práticas Restaurativas corresponde a, na maioria dos casos, a atos infracionais de pequeno e médio potencial ofensivo, com destaque para condutas análogas aos crimes de ameaça; injúria; difamação; calúnia; lesão corporal leve, dano e furto, bem como a contravenção penal de vias de fato.

Apresentadas as formas de intervenção nos casos de apuração de ato infracional, convém apresentar as demais formas de intervenção do Além da Culpa, agora na fase de execução da medida socioeducativa imposta ao adolescente por meio de sentença condenatória. A primeira é a realização de oficinas semanais no CSE local com um grupo de em média 10 adolescentes por semestre, que são selecionados pela equipe técnica do CSE. Ao final de cada módulo, as atividades são consignadas nos autos e, caso sejam tidas pelo juiz como exitosas, podem contribuir para a progressão e/ou extinção da medida socioeducativa, como será destacado na próxima seção. A segunda é a realização de círculos de reinserção familiar, que ocorrem na Central de Práticas Restaurativas e contam com a participação do adolescente, sua família e/ou membros da comunidade, com o intuito de fortalecer laços familiares e sociais que possam ter sido afetados em razão do ato infracional.

Os círculos de reinserção familiar, que são realizados de maneira conjunta entre a equipe do projeto e a equipe técnica de referência dos no CSE, consistem na utilização da metodologia circular com a finalidade de promover o diálogo entre adolescente, seus familiares e membros da comunidade, no sentido restaurar relações familiares e sociais, para que o adolescente, após cumprir a medida socioeducativa, possa retomar o convívio com sua família e grupo social. A ideia é trabalhar situações de abandono e/ou rivalidades que correm risco de ser revisitadas quando do retorno do adolescente ao meio livre.

Diferentemente dos círculos restaurativos para verificação de ato infracional, que buscam a responsabilização do adolescente pelo ato cometido e pelos danos resultantes, os círculos de reinserção social não tratam de questões de mérito e visam tão somente fortalecer os vínculos familiares e sociais do adolescente, representando uma espécie de apoio ao seu retorno ao lar e à sociedade após o cumprimento da medida socioeducativa de privação e/ou restrição de liberdade. Tal perspectiva é formulada à luz da compreensão de que a JR pode funcionar como ação afirmativa de reinserção social, uma vez que leva em conta tanto o fato de que o adolescente ficou deslocado de seu meio social em razão das consequências advindas da prática do ato infracional, como também tem em mira a importância do

fortalecimento dos vínculos estremecidos, ou mesmo, quebrados em razão do conflito vivenciado pelas partes.

Quanto aos entraves, destaca-se que nos círculos de reinserção familiar a equipe encontra uma série de dificuldades para a participação do adolescente em razão de ele sob a custódia do CSE, ficando a presença prejudicada em razão de falta de escoltas e/ou veículos para transporte. Ademais, o histórico de abandono e negligência familiar vivenciado pelos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa de internação dificulta o contato com os familiares para o apoio à reintegração do jovem à família e à comunidade de origem.

Até o ano de 2018, os círculos de reinserção familiar contaram também com a participação dos técnicos do programa SE LIGA, o que foi, infelizmente, interrompido no ano de 2019.

4.2 OFICINAS NO CENTRO SOCIOEDUCATIVO SANTA LÚCIA: A RECEPÇÃO DOS ADOLESCENTES E O PROCESSO DE INTERAÇÃO COM A EQUIPE EXTENSIONISTA

Como mencionado acima, além das atividades realizadas na Central de Práticas Restaurativas localizada na Vara da Infância e Juventude, a equipe de extensionistas também realiza, desde 2018, oficinas junto aos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa de internação no CSE local, as quais são denominadas Oficinas: possibilidades de reflexões na medida socioeducativa.

Para organização das oficinas são selecionados, a cada início de semestre, 10 adolescentes, que são entrevistados previamente para manifestação de sua vontade em participar da atividade. Assim como ocorre nos círculos restaurativos, a participação nas oficinas é voluntária, podendo o adolescente até mesmo desistir da atividade depois de tê-la iniciado. Destaca-se que, passados 4 semestres, ou seja, já tendo trabalhado com 4 grupos, não houve desistências e há bastante interesse por parte dos adolescentes em participar das oficinas.

As oficinas são planejadas previamente pela equipe de extensionistas e contemplam temas e atividades que possam auxiliar os adolescentes na fase de cumprimento da medida de internação, através da expressão corporal e do compartilhamento de suas histórias de vida, sonhos e sentimentos. Ademais, são selecionados vídeos, músicas e dinâmicas adequadas ao gosto e estilo dos jovens, sendo que, no decorrer do trabalho, a equipe pede que os

adolescentes mesmos escolham as músicas que querem ouvir e interpretar no próximo encontro, o que incentiva a interação e o engajamento do grupo.

Na realização das oficinas a equipe utiliza os mesmos princípios e metodologias adotados nos círculos restaurativos, privilegiando, assim, a metodologia circular e o uso do bastão da fala para estimular a horizontalidade e o respeito entre os participantes. Os encontros são realizados uma vez por semana, totalizando dez oficinas.

Diferentemente do que ocorre nos círculos restaurativos de apuração de ato infracional, nas oficinas não há a participação das vítimas, estão somente os adolescentes e a equipe extensionista, de modo que o aspecto mais trabalhado com os jovens gira em torno de autoconhecimento, autoestima, empatia, responsabilidades, convívio em sociedade, riscos e vulnerabilidades que adolescentes negros, pobres e do sexo masculino estão sujeitos no país e seletividade do sistema de justiça criminal.

Destaca-se que, devido a pouca diferença de idade entre os acadêmicos integrantes do projeto de extensão e os adolescentes, a interação entre eles é facilitada. Assim, apesar das diferenças quanto à cor da pele, grau de escolaridade e classe social, a pequena diferença de idades entre a equipe e os adolescentes contribui para que a relação seja mais informal, que facilita a adesão dos adolescentes para com a dinâmica das atividades e com o tema a ser trabalhado.

Ademais, em muitos momentos os adolescentes deixam transparecer que, para eles, a equipe de extensionistas exerce alguma função na Vara da Infância e Juventude, demonstrando certa esperança quanto a um possível suporte que os acadêmicos possam lhes dar quando, como dizem, “falarem bem deles no processo”.

Durante as oficinas é possível perceber que os adolescentes, acostumados à rotina e rigidez do CSE, se sentem mais à vontade, na medida em que, segundo eles, os encontros servem como uma forma de refúgio ao cotidiano vazio. Ademais, segundo eles, ao estarem em um ambiente em que não ficam expostos às regras rígidas de disciplina, sentem mais liberdade para expor seus pensamentos e emoções.

Outro aspecto que fica evidente são as diferenças entre as vivências narradas pelos adolescentes e pelos acadêmicos integrantes do projeto, de modo que a todo tempo a equipe extensionista tem que se desafiar e buscar ser mais próxima dos jovens, uma vez que apesar de terem basicamente a mesma idade que os adolescentes, alguns temas fogem à sua

realidade. Nesse sentido, a empatia é fomentada através da sinceridade e do diálogo, que visa atenuar os contrastes ou pelo menos não deixar que eles impeçam a interação.

Com isso, a equipe busca instigar a fala dos jovens a fim de que eles possam expressar seus pensamentos acerca do tema proposto na oficina. Para que, através do jogo de ideias proporcionado pelo debate, seja possível que próprios adolescentes se vejam como protagonistas de suas vidas e tentem vislumbrar caminhos para possíveis suas vidas ao final da medida. Nessa esteira, a equipe sempre busca manter o foco da discussão e trazer exemplos positivos e falas que expõem a Cultura da Paz, a Comunicação não violenta e a importância da empatia e alteridade nas relações humanas.

Assim como verificado nos pré-círculos e círculos, na execução das oficinas também existem alguns entraves, com destaque para o descaso e desrespeito dos agentes socioeducativos para com as atividades e com os próprios acadêmicos, sem contar o rigor com que tratam os adolescentes, humilhando-os, muitas vezes, desnecessariamente na frente do grupo. Há também dificuldades materiais, como ausência de transporte por parte da Defensoria e/ou da Universidade, limitação de material de trabalho e limitação de horários, pois somente em um dia da semana é possível realizar as atividades e em tempo reduzido. Por fim, há a dificuldade de alguns adolescentes em participar e compartilhar suas experiências e sentimentos devido à timidez e ao receio de se exporem diante de pessoas desconhecidas, situação que termina sendo superada no final dos módulos, quando os adolescentes passam a confiar na equipe extensionista.

Ao longo dos trabalhos, foi possível observar que a privação de liberdade é altamente sentida pelos jovens e serve como combustível para sua raiva e rancor perante a sociedade que eles veem como injusta. Sendo assim, a equipe busca trabalhar esse aspecto em especial, que funciona como uma espécie de pano de fundo para todos os temas propostos, sempre expondo a importância de os jovens conhecerem alternativas de ação e resolução de conflitos que não passem pela atitude violenta, de modo a buscar outras saídas para a raiva que não a violência contra si ou contra terceiros.

Aos poucos, observou-se que os adolescentes conseguiam compreender os argumentos trazidos pela equipe extensionista e, com a relação de confiança estabelecida no grupo, foi possível verificar que, com o passar das semanas, os adolescentes chegavam para os encontros com uma energia positiva e expressavam abertamente a percepção de virem as

oficinas não como tribunais e/ou audiências, mas sim como espaço em que se sentiam acolhidos, vistos e que podiam, como dizem, trocar ideias sem julgamentos.

Foi emocionante compartilhar esses momentos com os adolescentes. A cada encontro eles se mostravam menos arredios e mais propensos a sorrir, a brincar, a cantar, a tocar os instrumentos que disponibilizávamos e a participar das discussões. Ao final de cada módulo, a equipe organizava uma confraternização, para a qual levavam bolo, salgadinhos, docinhos, refrigerantes e etc., tudo o que eles estão privados na rotina do CSE. Preocupada em oferecer um momento de afeto em meio à rotina da privação de liberdade, a equipe decorava com capricho o ambiente e levava velinhas para serem assopradas pelos aniversariantes do semestre (sim, cantava-se parabéns para todos que tivessem feito aniversário durante os meses de convívio).

Ao final desse último encontro, era comum estarmos todos em lágrimas e entre abraços afetuosos nos despedíamos e fazíamos promessas de termos orgulho uns dos outros quando estivermos no mundão, como eles dizem.

Ao final das 10 oficinas, a equipe extensionista confecciona um relatório detalhado da participação do adolescente, a fim de juntá-lo aos autos através de requerimento da Defensoria Pública solicitando readequação da medida socioeducativa e/ou extinção do feito.

4.3 ANÁLISE DAS INTERVENÇÕES RESTAURATIVAS NO ÂMBITO DO ALÉM DA CULPA: 2015 A 2018

Entre fevereiro e junho de 2019, a equipe de extensionista dos Além da Culpa realizou levantamento estatístico das intervenções realizadas entre o primeiro semestre 2015 e o segundo semestre de 2018, com o objetivo de apurar os indicadores dos círculos restaurativos, de apuração de ato infracional e de reinserção familiar, bem como as oficinas realizados, analisando, ainda, os impactos processuais dos mesmos. Além disso, a pesquisa objetivou examinar se os adolescentes que participaram das intervenções, voltaram a cometer atos infracionais ou crimes – no caso daqueles que já alcançaram a maioridade – após a data da participação no projeto Além da Culpa.

Para tanto, foram analisados os processos relativos aos adolescentes atendidos pelo projeto, bem como as propostas de ações restaurativas formuladas pelas partes, os dados

personais, e por fim, as certidões de antecedentes infracionais (CAM) e de antecedentes criminais (CAC).

Em relação aos processos, na maioria dos casos foram observados apenas os documentos que constavam dos prontuários de participação na JR, que se encontravam em pastas organizadas pela Defensoria Pública. Mas, em alguns casos, foi necessário analisar os autos na íntegra, com o fim de obter os dados necessários para a pesquisa e que não estavam disponíveis na documentação mencionada.

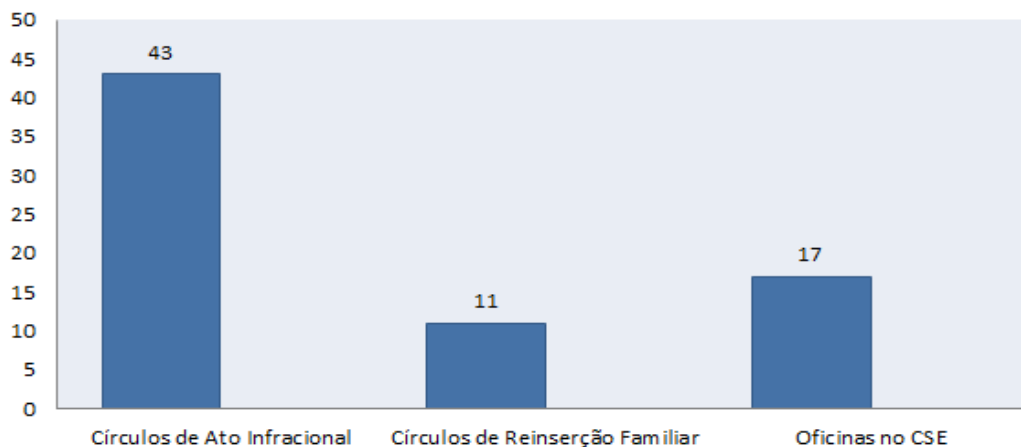
A proposta de ação restaurativa, que consiste no acordo proposto ao final dos círculos restaurativos, foi analisada para apurar se a intervenção restaurativa foi positiva no que tange à solução do conflito e restauração das relações. Já o levantamento das certidões de antecedentes teve o objetivo de constatar se a intervenção restaurativa foi positiva quanto à prevenção da reincidência.

Para a análise dos dados mencionados, foram analisadas as intervenções restaurativas realizadas pelos facilitadores membros da equipe vinculados à UF** e por facilitadores que compõem a equipe da Defensoria Pública. De acordo com o levantamento realizado, em 2015 foram realizadas 29 intervenções restaurativas, sendo 3 círculos restaurativos relativos a atos infracionais, as demais correspondem a círculos de vivências realizados com adolescentes do CSE e PEMSE. Já em 2016 foram realizados 10 círculos de ato infracional e 3 círculos de reinserção familiar por parte da equipe extensionistas e 45 círculos restaurativos realizados por facilitadores que compõem a equipe da Defensoria Pública.

Em 2017 foram realizados 24 círculos restaurativos pela equipe extensionista, sendo 18 de ato infracional e 6 de reinserção familiar, mais 5 realizados por facilitadores que compõem a equipe da Defensoria. Por fim, em 2018, foram realizadas 31 intervenções pela equipe extensionista, sendo 12 relativos a atos infracionais e 2 de reinserção familiar, além de 17 oficinas. Ademais, foram realizadas 17 intervenções por facilitadores que compõem a equipe da Defensoria. Portanto, através destes dados, foi possível apurar que a equipe extensionista atuou diretamente em 71 intervenções entre 2015 a 2018, sendo 43 círculos restaurativos de apuração de ato infracional, 11 círculos de reinserção familiar e 17 Oficinas no CSE.



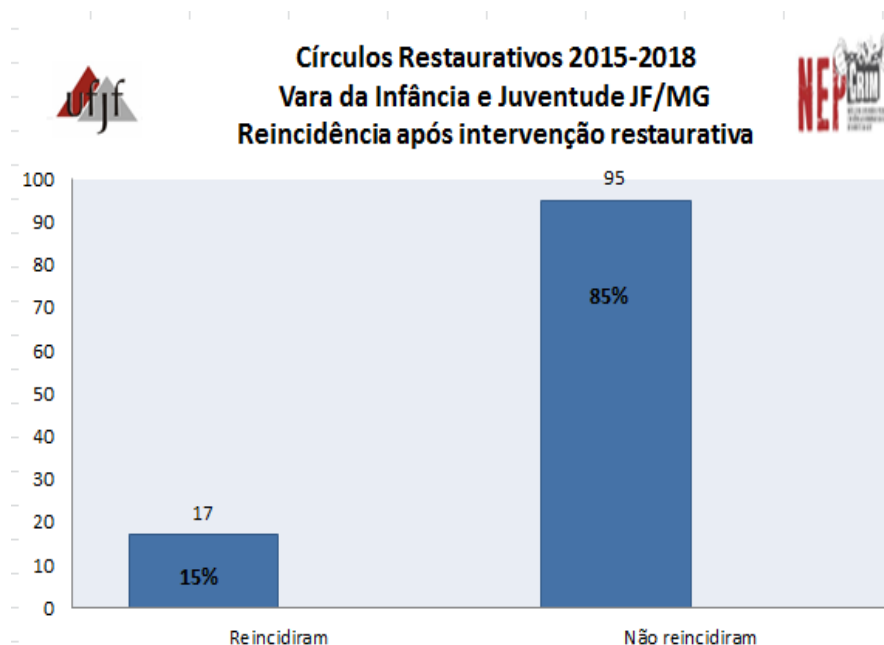
Círculos Restaurativos 2015-2018
Vara da Infância e Juventude JF/MG
**Intervenções realizadas diretamente pela
equipe extensionista**



A partir dos dados acima, foi possível verificar que dentre os 54 círculos restaurativos realizados pela equipe extensionista entre 2015 e 2018, 49 foram contaram com propostas restaurativas que foram concretizadas, sendo que apenas 5 foram negativos. Dessa forma, a atuação restaurativa da equipe obteve taxa êxito de 90,74%.

Na análise das certidões de antecedentes criminais e de antecedentes infracionais dos participantes das intervenções restaurativas realizadas pela equipe extensionista, destaca-se que, dos 54 círculos e 17 oficinas realizadas pelo grupo da UF**, foi considerada, para efeitos de reincidência, o total de 112 adolescentes, pois muitos círculos de apuração de ato infracional contavam com mais de um autor. Desses 112 adolescentes, verificou-se que apenas 17 (15,2%) voltaram a delinquir, sendo que 11 deles cometeram delito de mesma natureza que o ato infracional pelo qual participaram da intervenção restaurativa. Ainda com base nos reincidentes, verificou-se que 14 cometeram até dois delitos após intervenção do Além da Culpa e apenas 3 cometeram três delitos ou mais.

Para a análise desses índices de reincidência, utilizou-se o lapso temporal entre a intervenção restaurativa e a data do fato do delito praticado posteriormente, tendo sido fixado um marco de 6 meses. Assim, dentre os 17 adolescentes reincidentes, 11 demoraram mais de 6 meses para voltar a delinquir, e apenas 6 cometeram alguma infração antes desse tempo.



Para análise da concessão da remissão e conseqüente extinção dos processos (nos termos do art. 126 a 128 do ECA), cumpre esclarecer que foram considerados apenas os adolescentes que participaram dos círculos restaurativos de apuração de ato infracional, que totalizaram 89 adolescentes. Desses 89 adolescentes, foi possível verificar que 33 (aproximadamente 37%) conseguiram a remissão após a participação na JR, o que demonstra que a atuação do Além da Culpa contou com certa confiabilidade por parte dos principais atores jurídicos envolvidos.

Portanto, apesar das dificuldades enfrentadas, o levantamento estatístico tornou possível avaliar o desempenho da equipe extensionista desde a implementação do Além da Culpa, em 2015, até o ano de 2018, permitindo a verificação dos resultados exitosos quanto ao cumprimento das propostas restaurativas (90,74%), bem como quanto à não reincidência (apenas 15% delinquiram novamente depois da intervenção restaurativa) e à concessão da remissão (aproximadamente 37%), dados que representam verdadeiro incentivo para continuação das atividades.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para que se possa garantir a proteção integral dos adolescentes brasileiros acusados e/ou condenados pela prática de atos infracionais, imperiosas se fazem iniciativas capazes de dotar de eficácia as propostas insculpidas no ECA. Dentre tais iniciativas, a JR se apresenta

como uma proposta humanizada de responsabilização dos adolescentes por seus atos infracionais e que, sem recorrer à ideologia retributivista, rompe com a lógica meramente punitiva e, ao mesmo tempo, promove uma justiça integradora, participativa, preocupada em alcançar todos envolvidos no conflito, quais sejam: a vítima, o ofensor e a comunidade.

Tendo como foco principal o ato cometido pelo adolescente, bem como os danos causados e sua possibilidade de reparação, a JR busca responsabilizar o adolescente pelos seus atos respeitando sua autonomia e promovendo um espaço seguro de fala e de escuta. Nesse sentido, a JR se mostra promissora quanto à prevenção da prática de novas infrações por parte deste mesmo adolescente, na medida em que oportuniza sua participação ativa no processo e permite que ele expresse suas emoções, suas necessidades e seus argumentos. Ademais, através da aproximação entre vítima e ofensor, torna-se possível o reequilíbrio das relações, o que facilita a composição do conflito e respeita a dignidade de ambas as partes.

Não obstante, para garantir a difusão e concretização dos programas de JR pelo país é necessário que haja apoio estatal para sua implantação e capacitação de novos facilitadores, além da destinação de recursos à viabilização e melhoramento das práticas restaurativas.

É justamente nesse movimento que vemos as universidades, como agentes capazes de atuar como parceiros desse projeto promissor de implantação da JR pelo país. Sabemos que há muito a ser feito, mas, mesmo diante de um cenário nebuloso, a UF**, através do Além da Culpa, já começou a avistar um horizonte de fecundas possibilidades, sem perder de vista a importância da empatia e da entrega diária que dão o tom da extensão acadêmica.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. *Justiça Restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Justiça Restaurativa no Brasil: possibilidades a partir da experiência belga*. Civitas, Porto Alegre, v. 13, n1, p. 154-181, jan/abril. 2013.

_____. *A crise do processo penal na sociedade contemporânea: uma análise a partir das novas formas de administração da justiça criminal*. 2006. 126f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

_____; PALLAMOLLA, Raffaella. *Justiça Restaurativa no Brasil: análise crítica do Projeto de Lei n. 7006/2006*. In: MOSTRA CIENTÍFICA DO CESUSA, VI, 2013. Anais..., v. 1, n. 7, 2013. Disponível em: http://ojs.cesuca.edu.br/index.php/mostrac/article/view/489/pdf_60. Acesso em: 17 nov. 2014.

AGUINSKY, Beatriz; BRANCHER, Leoberto. *Projeto Justiça para o Século 21: relato da implementação do Projeto Piloto de Justiça Restaurativa junto à 3ª Vara da Infância e da Juventude de Porto Alegre, RS, visando a introdução de práticas restaurativas na pacificação de situações de violências envolvendo crianças e adolescentes. Porto Alegre, 2006.* Disponível em: <http://www.justica21.org.br/j21.php?id=244&pg=0#.VJYML14AHA>. Acesso em: 23 nov. 2014.

ALEIXO, Klelia Canabrava. *Ato infracional: ambivalências e contradições no seu controle.* Curitiba: Juruá, 2012.

ANTUNES, E. H.; BARBOSA, L.H.S.; PEREIRA, L. M. F. (2002), *Psiquiatria, Loucura e Arte: Fragmentos da História Brasileira.* São Paulo, Ed. USP.

BATISTA, Vera Malaguti. *A criminalização da juventude popular no Brasil: histórias e memórias de luta na cidade do Rio de Janeiro.* BIS – Boletim do Instituto de Saúde, v. 44, p. 19-22, abr. 2008.

_____. *Difíceis ganhos fáceis - drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro.* 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2003.

BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº. 225.* Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3127>. Acesso em: 10 dez. 2018.

BRASIL. *Lei 12594/2012, de 18 de janeiro de 2012.* Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm. Acesso em: 12 fev. 2019.

_____. *Lei nº 8069/1990, de 13 de julho de 1990.* Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 13 jun. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 13 abr. 2015.

_____. Ministério dos Direitos Humanos (MDH). *LEVANTAMENTO ANUAL SINASE 2016.* Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018. 1.Direitos Humanos. 2.Socioeducação. 3.Adolescentes. Disponível em: http://www.sejudh.mt.gov.br/documents/412021/9910142/Levantamento+SINASE+_2016F inal.pdf/4fd4bcd0-7966-063b-05f5-38e14cf39a41. Acesso em: out. 2019.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. *Panorama da execução dos programas socioeducativos de internação e semiliberdade nos estados brasileiros/ Conselho Nacional do Ministério Público.* – Brasília: CNMP, 2019. Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/cnmp/panorama_socioeducativo_estados_brasileiros_cnmp_2019.pdf. Acesso em: out. 2019.

_____. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF: Senado, 1988. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010). Disponível na íntegra em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 maio 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Pilotando a Justiça Restaurativa. O papel do poder judiciário*. Sumário executivo. CNJ: Brasília, 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/9055d2b8d7ddb66b87a367599abc4bf5.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2020. p. 22.

DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen - junho de 2014*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/11/080f04f01d5b0efebfbcf06d050dca34.pdf>. Acesso em: 04 de maio de 2017.

DONZELOT, J. *A Polícia das famílias*. Rio de Janeiro: Graal, 1986.

DUDC. *Declaração Universal dos Direitos da Criança*. 1959. Referência obtida na base de dados: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. USP. 2015. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>. Acesso em: 15 maio 2017.

DUNKEL, Frieder; HORSFIELD, Philip & PĂROȘANU, Andrea (Orgs.). *European research on Restorative Juvenile Justice. Vol. I. Research and Selection of the Most Effective Juvenile Restorative Justice Practices in Europe: Snapshots from 28 EU Member States*. Bruxelas: International Juvenile Justice Observatory, 2015.

DUNKEL, Frieder; MORALES, Alvaro Castro. *Sistemas de Justicia Juvenil y Política Criminal en Europa*. *Revista de Derecho Penal e Criminología*. 3º Ed. Época. nº 12. jul. 2014. pp. 261-306. Disponível em: http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2014-12-5025/Sistemas_justicia_juvenil.pdf. Acesso em: 28 nov. 2018.

FOUCAULT, Michel. *Os anormais: curso no Collège de France (1974-1975)*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *A Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

NERY, D. C. P. *A Justiça Restaurativa como alternativa de controle social sob a ótica do direito penal do cidadão*. 2011. 257f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PILOTTI, F. & RIZZINI, I. *A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Universitária Santa Úrsula, 1995.

RODRIGUES, Ellen. *A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades*. 1 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

_____. Pane no sistema: o cenário nacional nos 25 anos do estatuto da criança e do adolescente. *Revista EPOS*: Rio de Janeiro - RJ, Vol.6, nº 2, jul-dez de 2015; pág. 70-97. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/epos/v6n2/05.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2018.

SELL, Tainá. JR no Brasil. In: RODRIGUES, Ellen; VALENTE, M. J. B. (Orgs). *Anais do I Seminário do Núcleo de Extensão e Pesquisa de Ciências Criminais da UFJF*, 2018. Faculdade de Direito da UFJF. p. 396-410. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1HJT-mWc6q3abiL5JlJx2ACsHzGI0Awek/view>. Acesso em: 28 nov. 2018.

SPOSATO, Karyna Batista. *O Direito penal juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
ZHER, Howard. *Changing Lenses: a new focus for crime and justice*. 3. ed. Herald, 2012.

_____. *Justiça Restaurativa*. São Paulo: Palas Athena, 2015.

MULHERES TRANSGÊNERO EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E
FAMILIAR: A APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA

*TRANSGENDER WOMAN IN DOMESTIC VIOLENCE WOMEN:
THE APPLICABILITY OF THE MARIA DA PENHA LAW*

Valmôr Scott Jr.;¹

Kevin de Moraes Viebrantz.²

Resumo: O presente estudo dedica-se à análise da aplicabilidade da Lei n. 11.340/2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, às mulheres transgênero em situação de violência doméstica e familiar. Para tanto, faz uma análise dos conceitos de sexo, gênero e orientação sexual, trazendo o entendimento da doutrina sobre o tema. Adiante, passa à contextualização da Lei Maria da Penha. Por fim, é apresentada a possibilidade de a mulher transgênero figurar como vítima de violência doméstica e familiar, apresentando-se o posicionamento de diferentes instituições relacionadas ao Poder Judiciário, além de se proceder à análise da jurisprudência em segunda instância de tribunais de diferentes estados brasileiros que versam sobre o assunto. Trata-se de uma pesquisa qualitativa com análise documental e de conteúdo, tendo como objeto de análise, julgados sobre a temática. A aplicabilidade da Lei Maria da Penha à mulher transgênero mostra-se, além de adequada, necessária, para a proteção destes sujeitos de direito e garantia de sua dignidade humana.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Mulher transgênero. Violência.

Abstract: The present study dedicates itself to the analysis of the applicability of Law no. 12.340/06, known as Maria da Penha Law, to transgender women in domestic violence situation. To do it, it analyzes the concepts of sex, gender and sexual orientation, bringing the understanding of the doctrine on the matter. Going forward, it starts contextualizing Maria da Penha Law. Finally, the work starts analyzing the possibility of a transgender woman appear as a victim in the eyes of the law, presenting the position of different institutions related to the judiciary branch, going forward to the analysis of case laws by appellate courts of different Brazilian states on the matter. It is a qualitative research with documentary and content analysis, whose object of analysis is court decisions on the theme. The applicability of Maria da Penha Law to transgender women shows itself as something not only adequate, but also necessary to protect them and guarantee their human dignity.

¹ Docente da faculdade de Direito, da Universidade Federal de Pelotas - UFPel. Pesquisador e orientador no Mestrado em Direito - PPGD/UFPel. Coordenador do GEDEV - Grupo de Estudo Direito, Educação e Vulnerabilidade, junto à UFPel.

² Estudante da graduação em Direito da UFPel.

Artigo recebido em 10/03/2021 e aprovado para publicação em 02/12/2021.

Keywords: Maria da Penha Law. Transgender woman. Violence.

1 INTRODUÇÃO

Em 2006, com o objetivo de proteger a mulher em situação de violência doméstica e familiar, é publicada a Lei Maria da Penha, a qual não se limita à criação de um procedimento próprio para a apuração e processo dos delitos praticados em âmbito doméstico, mas, também, inova ao apresentar uma série de mecanismos que visam à proteção da integridade física, psicológica e patrimonial da mulher em situação de vulnerabilidade.

A Lei n. 11.340/06, desde sua promulgação, originou questionamentos desde sua inconstitucionalidade (com base em um argumento de que, ao conferir especial tratamento à mulher, a lei cria um privilégio que vai de encontro ao princípio da igualdade previsto pela Constituição Federal) até sua aplicação, com dúvidas quanto sua aplicabilidade em relações de namoro, bem como a necessidade de coabitação para sua aplicação, além da possibilidade de que seja aplicada às mulheres transgênero em situação de violência doméstica e familiar. A maioria destes questionamentos foram, ao longo do tempo, debatidos e superados pela doutrina e jurisprudência, embora ainda sejam eventualmente discutidos em diferentes contextos como, por exemplo, dos meios que buscam obstaculizar a plena aplicabilidade da Lei.

No cerne da presente pesquisa persiste, na doutrina e jurisprudência, em que pese o considerável lapso temporal transcorrido desde a promulgação da lei até fevereiro de 2021, a dúvida quanto à aplicabilidade desta norma legal às mulheres transgênero, isto é, àquelas que enfrentam uma dissonância entre o sexo anatômico e a expressão de gênero, a exemplo das travestis e transexuais.

Os inúmeros avanços sociais no tocante ao direito das mulheres e das pessoas LGBT, ainda que relevantes, não se mostram suficientemente inclusivos, em que um misto de alienação e desinteresse contribuem para a marginalização de uma parcela da sociedade que luta para garantir direitos básicos.

A relevância do assunto pesquisado reside na necessidade de que haja consonância entre o direito e o campo social, que acaba por moldá-lo, com observância dos avanços e

necessidades sociais relacionados aos direitos das mulheres transgênero. Destaca-se, ainda, que há poucos julgados que apresentam posicionamento dos Tribunais Superiores quanto ao tema, o que acaba por causar óbices à aplicação da Lei a essa parcela da população.

Assim, o presente estudo objetiva analisar a possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha às mulheres transgênero em situação de violência doméstica, analisando, para tanto, o relevante avanço legislativo e jurisprudencial relacionado aos direitos das mulheres transgênero, partindo-se da seguinte pergunta de pesquisa: no que concerne às mulheres transgênero vítimas de violência doméstica, como os tribunais brasileiros de segunda instância aplicam a Lei Maria da Penha?

Para tanto, adotou-se como metodologia a pesquisa qualitativa, por meio da análise documental na jurisprudência, com respaldo de estudo teórico, com o intuito de apresentar a compreensão de diferentes doutrinadores sobre a temática.

Inicialmente, foram trazidas as conceituações de sexo, gênero e orientação sexual, com distinção de cada uma destas e apresentação dos papéis culturalmente exercidos por ambos os gêneros, com a colaboração de doutrinadores sobre o assunto, além de apresentar a definição de violência de gênero, com explicação de suas origens em uma sociedade culturalmente patriarcal, que, desde os primórdios, subjuga a mulher, colocando-a em posição de inferioridade. Doravante, buscou-se contextualizar a Lei Maria da Penha.

Por fim, apresentou-se a mulher transgênero como vítima de violência doméstica e familiar, analisando-se a possibilidade de proteção da Lei Maria da Penha, sendo apresentado o posicionamento de diferentes órgãos que compõem o Poder Judiciário. Posteriormente, foi realizada a análise de decisões em segunda instância proferidas por Tribunais de diferentes estados brasileiros, ressaltando a ausência de posicionamento por parte dos Tribunais Superiores.

Assim, este estudo busca estudar a possibilidade de ampliação da aplicação da Lei Maria da Penha às mulheres transgênero em situação de violência doméstica, por meio da análise do posicionamento da jurisprudência.

2 GÊNERO, TRANSGENERIDADES E VIOLÊNCIA

Previamente à análise do termo violência de gênero, reputa-se relevante discorrer sobre as definições de sexo, gênero e orientação sexual, ressaltando suas complexidades e diferenças, embora seja esta uma tarefa difícil, haja vista a diversidade de conceitos apresentados pela doutrina.

2.1 SEXO, GÊNERO E ORIENTAÇÃO SEXUAL

Sexo, gênero e orientação sexual são conceitos importantes no desenvolvimento da temática proposta. Segundo Dias (2019), sexo se relaciona à condição biológica do homem e da mulher, sendo perceptível em sucinta análise das características genitais no momento do nascimento, ao passo em que gênero é uma construção social que identifica papéis sociais em determinada cultura, levando à aquisição da masculinidade e da feminilidade.

García (2008) conceitua gênero como uma construção social elaborada sobre a base da existência dos sexos biológicos, através da qual se adotam padrões de identidade e de conduta que são atribuídos a ambos os sexos.

Conforme exposto na Cartilha de Combate à Violência Doméstica contra a Mulher (2019), elaborada pela Coordenadoria Estadual das Mulheres em Situação de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no ano de 2019, gênero diz respeito à construção social e cultural do que é ser homem e do que é ser mulher em uma sociedade.

De acordo com Butler (2003), a ideia de que o gênero é construído faz com que seu papel se torne refém da cultura que o constrói, tornando-o tão determinado e fixo quanto na afirmação de que a biologia é o destino, tendo em conta a existência de uma sociedade universal e culturalmente patriarcal, na qual a mulher é subjugada pelo homem. Na esteira desse posicionamento, Fernandes (2015) destaca o estabelecimento de uma conduta de submissão unidirecional que decorre de um padrão aprendido na história de vida do homem e da mulher.

Neste sentido, concorda Gonçalves (2014) ao afirmar ser a perspectiva de gênero baseada em uma categoria relacional construída historicamente, transcendendo as características naturais que definem os sexos. Ressalta a autora ser essa a razão pela qual a ideia que serve de paradigma às mulheres transexuais, em seu processo de identificação com

o universo feminino, ser mulher incluída e conformada com o papel de responsável pelas atividades domésticas, com sua evidente submissão ao homem.

Assim, pode-se inferir que sexo está relacionado a uma característica biológica com a qual as pessoas nascem, ao passo em que gênero diz respeito à identificação do ser com determinado padrão de conduta, sendo possível que a identidade de gênero esteja ou não relacionada ao sexo biológico que a pessoa nasceu.

O transgênero é, portanto, aquele que possui identidade de gênero oposta à correspondente ao seu sexo biológico. Gonçalves (2014) explica e define a identidade de gênero como a forma de um indivíduo perceber-se e ser percebido pelos outros como masculino ou feminino, de acordo com os significados desses termos construídos pela cultura à qual pertence.

Do mesmo modo que sexo não se confunde com identidade de gênero, estas não devem ser confundidas com orientação sexual. De acordo com o artigo 1º, § 1º, da Resolução n. 11 do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT)³, baseada nos Princípios de Yogyakarta, a definição de orientação sexual é:

§ 1º - Para efeitos desta Resolução, considera-se, de acordo com os Princípios da Yogyakarta:

I - Orientação sexual "como uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas; (BRASIL, 2014)

Uma vez compreendidos os conceitos, verifica-se que nem sempre há coincidência entre o sexo biológico, a identidade de gênero e a atração afetivo-sexual sentida por determinado indivíduo, sendo pertinente passar à análise do transgênero, foco do presente estudo, a fim de melhor compreender sua definição e diferentes formas de manifestação, analisando o posicionamento da doutrina médica e jurídica.

2.1.1 transgeneridades: as diferentes formas de manifestação transgênera

³ Resolução n. 11, de 18 de dezembro de 2014. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_26579640_RESOLUCAO_N_11_DE_18_DE_DEZEMBRO_DE_2014.aspx. Acesso em: 31 out. 2020

Questão controvertida em diferentes meios, a definição e distinção entre transgeneridade e transexualidade possui diversas expoentes no mundo jurídico, ético e científico, existindo uma enormidade de discussões sobre o assunto.

Interdonato e Queiroz (2017) destacam a existência de três principais correntes distintas: a primeira compreende que o termo “transgênero” possui caráter higienizador no tocante à luta transexual, estando em desacordo com a realidade social de marginalização e preconceito, além de considerar que o termo “transexual” evidencia uma possível relação deste com questões referentes à sexualidade ou promiscuidade; a segunda corrente, utilizando-se da distinção entre gênero e sexo, compreende que a diferenciação entre ambos está no fato de que o transexual busca uma transição permanente para o gênero com o qual se identifica, ao passo em que o transgênero lida apenas com a disposição de gênero interna, bem como com as expectativas culturais e sociais que acompanham os papéis de gêneros, dispensando intervenções cirúrgicas irreversíveis e, por vezes, transitando entre os gêneros. Por fim, a terceira linha argumentativa considera que o termo “transgênero” é genérico e amplo e abrange diferentes formas de manifestação próprias, tais como a transexualidade e a travestilidade.

A presente pesquisa adotará a terceira corrente durante seu desenvolvimento, sem, contudo, ignorar a existência das demais, em consonância com os ensinamentos de Petry e Meyer (2011) ao afirmarem que o termo inclui todas as pessoas que questionam, através de sua própria existência, a validade da dicotomia sexo e gênero, sejam partidárias ou não da cirurgia de transgenitalização. Assim, o grupo dos transgêneros engloba o transexual, o travesti, o *crossdresser* e o transformista, também conhecido como *drag queen* ou *drag king*, a depender do gênero cujos padrões busca reproduzir.

Gonçalves (2014, p. 93-94) destaca três níveis de proteção à dignidade dos transgêneros:

[...] o plano do direito internacional dos direitos humanos, com base nas Declarações e Resoluções; o plano do direito constitucional, especialmente no que se refere à liberdade, à igualdade e à intimidade; e o plano do direito civil e dos direitos de personalidade, relativamente ao corpo, ao nome, ao estado e à vida privada. (GONÇALVES, 2014, p. 93-94)

Em âmbito internacional, o transgênero é reconhecido no sistema internacional dos direitos humanos, destacando-se os Princípios de Yogyakarta, de 2007, que versam expressamente sobre o direito à identidade de gênero como um dos direitos humanos⁴, além de tratarem dos direitos à igualdade e não discriminação⁵.

Consoante Gonçalves (2014), ainda que não tenham sido aprovados com força de norma, os referidos princípios, após serem incorporados pela sociedade internacional, passaram a servir de base para os países no momento da elaboração de políticas internas voltadas à comunidade trans.

Destacam-se, de igual maneira, a Resolução 17/L.9.Rev.1, da Organização das Nações Unidas (ONU), que versa sobre direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero e busca levantar dados acerca da violência por identidade de gênero em todas as regiões do globo, documentando como a legislação internacional de direitos humanos pode ser utilizada para combatê-la, e a Resolução 2.807 (XLIII-O/13), da Organização dos Estados Americanos (OEA)⁶, que não só afirma a autonomia da identidade de gênero entre as demais formas de discriminação, mas também condena a violência e discriminação, instando os Estados a adotarem as medidas para prevenir, sancionar e erradicar a discriminação, o que deve ser feito consoante os padrões jurídicos de seus ordenamentos internos.

Sob o prisma constitucional, a Constituição Federal de 1988 garante direitos e garantias fundamentais aos cidadãos, elencando um rol de princípios absolutos e relativos. À luz dos princípios constitucionais, as diferentes formas de manifestação transgênera encontram guarida no princípio da dignidade da pessoa humana⁷, bem como no princípio da isonomia⁸, o qual, conforme aponta Cunha (2016), é *sine qua non* para garantir à comunidade

⁴ Princípio 1 (Direito ao Gozo Universal dos Direitos Humanos) - Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Os seres humanos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero têm o direito de desfrutar plenamente de todos os direitos humanos.

⁵ Princípio 2 (Direito à Igualdade e à Não-Discriminação) – Todas as pessoas têm o direito de desfrutar de todos os direitos humanos livres de discriminação por sua orientação sexual ou identidade de gênero. Todos e todas têm direito à igualdade perante a lei e à proteção da lei sem qualquer discriminação, seja ou não também afetado o gozo de outro direito humano. A lei deve proibir qualquer dessas discriminações e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer uma dessas discriminações. [...]

⁶ Disponível em: http://www.oas.org/pt/sla/ddi/docs/AG-RES_2807_XLIII-O-13.pdf>. Acesso em: 25. out. 2020.

⁷ Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana;

⁸ Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

trans a exclusividade de determinados direitos em razão de sua identidade de gênero, além de promover a equivalência de garantias e deveres entre esta e os demais cidadãos.

Destaca-se, ainda, o direito à intimidade e à vida privada⁹, nos quais incluem-se os direitos de configurar a própria aparência e atuar de acordo com o papel de determinado gênero, na definição dos contornos da própria vida (GONÇALVES, 2014).

No plano dos direitos da personalidade, Gonçalves (2014) aponta o direito ao corpo, ao nome e ao estado, no tocante à identificação da pessoa em seu registro civil. Cunha (2016) destaca o direito à saúde, compreendido como o direito ao bem-estar físico, mental e social, englobando, no caso da pessoa trans, os elementos físicos e psíquicos da pessoa; e o direito ao nome, que garante à pessoa trans a adequação conforme sua identidade de gênero.

Relativamente às diferentes formas de manifestação transgênera, Jesus (2012) afirma que a distinção entre seus subgrupos pode ser feita de acordo com aspectos identitários (no qual estão incluídos o transexual e o travesti), ou funcionais, que se relacionam com o prazer e a diversão momentâneas (grupo no qual se incluem o *crossdresser* e o transformista).

Convém, em um primeiro momento, realizar a análise sobre a transexualidade. Na dicção de Couto (1999), “transexual é aquele que recusa totalmente o sexo que lhe foi atribuído civilmente. Identifica-se psicologicamente com o sexo oposto, embora biologicamente não seja portador de nenhuma anomalia”. O autor ressalta que, embora geralmente possua a genitália perfeita de um único sexo, o nível psicológico do transexual corresponde aos estímulos de outro. Chiland (2008), por sua vez, ressalta não se tratar de mero desconforto, mas de uma recusa total ao sexo biológico, que considera inaceitável e causa de grande incômodo.

Para Diniz (2007), a transexualidade possui relação com um drama jurídico-existencial decorrente da cisão entre a identidade sexual física e a identidade psíquica, levando à efetiva rejeição do fenótipo biológico, o que pode resultar em uma tendência à automutilação dos órgãos genitais ou dos seios. Chaves (1994) explica que, para o transexual, comportar-se de acordo com o sexo biológico lhe é estressante, podendo chegar ao ponto de automutilação da genitália ou, mesmo, do suicídio.

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁹ Art. 5º, X: 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.

Consoante apontam Interdonato e Queiroz (2017), os primeiros registros de estudos sobre a transexualidade ocorreram no final do século XIX e início do século XX, com o desenvolvimento da sexologia. Gonçalves (2014) destaca que a primeira menção à palavra transexual foi feita no ano de 1923 pelo sexólogo alemão Magnus Hirschfeld. Posteriormente, D.O. Cauldwell foi o responsável por atribuir à palavra o seu sentido atual, em um artigo intitulado *Psychopathia transexualis*, datado do ano de 1949, em que relatava um caso de transexual feminino para masculino.

Sobre a origem do fenômeno, Interdonato e Queiroz (2017) destacam duas correntes que buscam explicá-lo. A primeira, denominada Teoria Psicossocial, busca justificativas na psicologia e acredita que a transexualidade está relacionada a fatores culturais e ao ambiente social em que determinado indivíduo se desenvolve. A segunda, chamada Teoria Neuroendócrina, considera fatores endócrinos para a explicação da transexualidade, tais quais o excesso de estrogênio no organismo da gestante e a permanência do centro hipotalâmico no indivíduo como fator determinante.

A 5ª versão do Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM) trata a transexualidade como uma disforia de gênero, podendo ocorrer em crianças (302.6) ou adolescentes e adultos (302.85):

Disforia de gênero refere-se ao sofrimento que pode acompanhar a incongruência entre o gênero experimentado ou expresso e o gênero designado de uma pessoa. Embora essa incongruência física não cause desconforto em todos os indivíduos, muitos acabam sofrendo se as intervenções físicas desejadas por meio de hormônios e/ou de cirurgia não estão disponíveis. O termo atual é mais descritivo que o termo anterior *transtorno de identidade de gênero*, do DSM-IV, e foca a disforia como um problema clínico, e não como identidade por si própria. (DSM-V, p. 491-492)

No ano de 2019, a transexualidade foi oficialmente removida da categoria das doenças mentais da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas de Saúde (CID), quando a Organização Mundial de Saúde (OMS), durante a 72ª Assembleia Mundial da Saúde, ocorrida em Genebra, oficializou a 11ª edição da CID, retirando a transexualidade (anteriormente designada transexualismo) da categoria de transtornos mentais, onde permaneceu por 28 anos, tendo esta passado a integrar a categoria de “condições relacionadas à saúde sexual”, sendo a partir de então classificada como incongruência de

gênero¹⁰. A CID 11 entrará em vigor nos países que a adotam a partir do dia 1º de janeiro de 2022.

Anteriormente à divulgação da 11ª versão da CID, antecipou-se o Conselho Federal de Psicologia (CFP), através da Resolução n. 01/2018, publicada em 29 de janeiro, passando a orientar uma atuação ética dos psicólogos brasileiros, a fim de não considerar transexualidade e travestilidade como patologias, no intuito de evitar a transfobia e o preconceito em relação às pessoas transexuais e travestis¹¹.

Gonçalves (2014) traz uma classificação proposta por Matilde Josefina Sutter, com apoio no cirurgião Roberto Farina, em que se faz uma distinção entre o transexual primário, que apresenta uma obsessão na adequação de seu sexo biológico de maneira compulsiva e perene, e o transexual secundário, que alterna fases de atividade homossexual e travestilidade, apresentando impulsos transitórios e ocasionais de transexualidade, o que varia de acordo com as circunstâncias.

Sobre o transexual secundário, Chiland (2008) cita o exemplo de um paciente que, através de tratamento hormonal, provocou o aumento de seus seios no intuito de agradar um companheiro. Mais tarde, com o término da relação, optou por removê-los cirurgicamente, vindo a crescê-los novamente para satisfazer um novo parceiro.

No tocante à realização de cirurgia de transgenitalização, Gonçalves (2014) infere que esta cirurgia não é condição para o diagnóstico da transexualidade, tratando-se apenas de uma possibilidade para o transexual que, através de outros meios, como o tratamento hormonal, o uso de maquiagem e roupas femininas ou a aplicação de silicone, não se sente satisfeito em seu processo de identificação com o gênero oposto. Conclui a autora, portanto, que a efetiva mudança da genitália não é requisito para o reconhecimento de direitos à pessoa transexual.

¹⁰ ICD-11. HA60: Gender Incongruence of Adolescence and Adulthood is characterised by a marked and persistent incongruence between an individual's experienced gender and the assigned sex, which often leads to a desire to 'transition', in order to live and be accepted as a person of the experienced gender, through hormonal treatment, surgery or other health care services to make the individual's body align, as much as desired and to the extent possible, with the experienced gender. The diagnosis cannot be assigned prior the onset of puberty. Gender variant behaviour and preferences alone are not a basis for assigning the diagnosis.

¹¹ Art. 7º - As psicólogas e os psicólogos, no exercício profissional, não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização das pessoas transexuais e travestis.

Parágrafo único: As psicólogas e os psicólogos, na sua prática profissional, reconhecerão e legitimarão a autodeterminação das pessoas transexuais e travestis em relação às suas identidades de gênero.

Interdonato e Queiroz (2017) ressaltam que, independentemente da anatomia da pessoa trans, seu tratamento nominal deve respeitar a identidade de gênero por ela adotada. Nesse sentido, o Superior Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 670.422, em 2018, fixou tese autorizando que o transexual altere seu nome e gênero no registro civil, ainda que não tenha realizado cirurgia de transgenitalização ou realizado tratamento hormonal para assemelhar-se às características físicas do gênero oposto¹².

Outro subgrupo englobado pelo grupo dos transgêneros é o das travestis. Interdonato e Queiroz (2017) apontam que as travestis vivenciam uma expressão de gênero que não impede ou rejeita sua anatomia ou sexo biológico. Embora realize procedimentos estéticos e adote trejeitos do sexo feminino através de suas vestimentas e maquiagem, o grupo das travestis se identifica com a ambiguidade.

Nesse sentido, Barbosa (2010) aponta que a demanda pela realização de cirurgia de transgenitalização ocorre apenas entre os transexuais, que sentem repulsa por seu órgão genital, ao passo em que as travestis convivem satisfatoriamente com sua anatomia, sem reivindicar a própria transgenitalização.

Compreendida a diferenciação entre sexo, gênero e orientação sexual, bem como as diversas formas de manifestação do mundo transgênero, com breve abordagem a respeito da visão do ordenamento jurídico sobre o grupo, bem como os princípios que o norteiam e o legitimam, conferindo-lhes proteção, passemos ao exame da violência de gênero, enraizada na sociedade contemporânea, tomando o cuidado para diferenciá-la da violência de identidade de gênero, também conhecida como transfobia.

2.2. VIOLÊNCIA DE GÊNERO: CONSIDERAÇÕES RELEVANTES

A fim de compreender a violência sofrida por pessoas do gênero feminino em detrimento do gênero oposto, mostra-se imprescindível analisar os pressupostos que levaram ao modelo das relações sociais contemporâneas. Definir o gênero com o qual determinada pessoa se identifica não se resume apenas à classificação, consoante dispõe Teixeira (2010),

¹² Tema 761 - Possibilidade de alteração de gênero no assento de registro civil de transexual, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo.

posto que traz consigo uma série de disparidades decorrentes de um tratamento historicamente desigual.

Saffioti (2004) destaca que a violência de gênero não possui relação com as distinções anatômicas entre homens e mulheres, mas sim com os papéis desempenhados por cada um, desenvolvidos em uma sociedade culturalmente patriarcal. Nessa esteira, Cunha (2014) define violência de gênero como um fenômeno histórico que decorre das relações de desigualdade de gênero, repetindo-se padrões flagrantemente desproporcionais que subjagam a mulher em detrimento do homem.

Barsted (2012) pondera que esse tipo de violência tem fundamentos estruturais, fundados na desigualdade e submissão da mulher, posto que desde os primórdios da humanidade esta tem sido colocada em uma posição de inferioridade ao homem, o que foi naturalizado em diversas esferas da vida humana, do trabalho às relações domésticas, sendo um dos principais mecanismos para impedir as mulheres de ter acesso a posições de igualdade nas diferentes categorias da vida social, incluindo a vida privada.

Importante aspecto que contribui para compreender a violência de gênero é a naturalização da desigualdade, conforme aponta Fernandes (2015), o que tem como efeito a repetição de padrões de dominação e submissão, aprendidos e repassados de geração para geração. Nesse sentido:

Os padrões comportamentais da família são incorporados pelos filhos e por eles repetidos na fase adulta como algo natural. Assim, meninas são criadas para serem boas esposas, mães e obedientes aos maridos. Os meninos são criados para serem fortes, destemidos e até agressivos em determinadas situações. Aprende-se que o homem tem “necessidades sexuais” diferentes das mulheres e por isso é natural que mantenha outros relacionamentos, ao passo que as mulheres devem ser fiéis e recatadas, pois “pertencem” aos seus parceiros. Todos esses conceitos vão sendo repassados e por isso são incorporados, como se fossem “naturais”, quando na verdade dizem respeito a construções sociais dos papéis dos homens e das mulheres. (FERNANDES, 2015, p. 53)

Identifica-se, portanto, a origem da violência de gênero, nascida e alimentada em uma sociedade histórica e culturalmente patriarcal, em que o homem exercia o papel de líder do grupo familiar, subordinando a mulher à sua vontade, ao passo em que incorpora um papel de doutrinador, responsável pela defesa da honra sua e de sua família. Saffioti (2001) discorre sobre o projeto de dominação-exploração que os homens estão autorizados a realizar em

desfavor das mulheres, podendo, inclusive, utilizarem-se de sua força física para fazer cumprir sua vontade.

Fernandes (2015) aponta alguns elementos que constituem e justificam a violência de gênero: o elemento relacional, tendo em vista que esse tipo de violência está relacionado ao modo como se relacionam os diferentes gêneros; a *assimetria* da relação desenvolvida entre ambos; a *dominação* do homem e *submissão* da mulher, que ocorre pelos diferentes papéis culturalmente impostos ao homem e à mulher; e a *naturalização da desigualdade*, incorporada pela sociedade como se decorresse apenas da diferença anatômica existente entre os sexos, sendo ensinada e reproduzida através de gerações.

Analisaremos, a seguir, importante mecanismo de combate à violência de gênero praticada em contexto doméstico: a Lei n. 11.340/2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, que inovou a forma de enfrentamento à violência doméstica e familiar praticada contra a mulher, criando métodos próprios de proteção à integridade física, psicológica e patrimonial da mulher em situação de violência doméstica.

3 LEI MARIA DA PENHA: CONTEXTUALIZAÇÃO

Na visão de Welter (2007), o contexto familiar brasileiro é tradicionalmente marcado por discriminação, hierarquia, intolerância, tirania e opressão, sendo acompanhado pela ideia sacralizada da família e a inviolabilidade do domicílio, que se apresentam como justificativas para barrar tentativas de coibir a violência doméstica, conforme pontuado por Dias (2019), o que se traduz através do ditado popular “em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher”.

Em um contexto de renovação à forma como se enxergava a violência doméstica e familiar perpetrada pelo homem em desfavor da mulher, surgiu a Lei n. 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, em razão de sua origem na história de Maria da Penha Maia Fernandes, farmacêutica casada com um professor universitário e economista. Maria da Penha foi, durante anos, vítima de violência doméstica, tendo sido, em duas oportunidades diferentes, vítima de tentativa de homicídio por seu próprio marido, que, na primeira oportunidade, tentou assassiná-la com uma espingarda, e, na segunda, tentou eletrocutá-la por meio de uma descarga elétrica enquanto ela estava a se banhar.

As investigações do caso de Maria da Penha tiveram início no ano de 1983, sendo a denúncia oferecida pelo representante do Ministério Público apenas no ano seguinte. Em 1991, oito anos após a instauração das investigações, o réu foi condenado pelo tribunal do júri a oito anos de prisão, tendo recorrido em liberdade, sendo o julgamento anulado um ano depois. Novamente, levado ao júri no ano de 1996, foi mais uma vez condenado, desta vez sendo-lhe imposta a pena de dez anos e seis meses de prisão, tendo recorrido em liberdade, o que garantiu que fosse preso apenas no ano de 2002. Em 2004, após cumprir dois anos de prisão, foi posto em liberdade.

A repercussão do caso da Maria da Penha, consoante ensina Dias (2019), chamou a atenção do Comitê pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), que, juntamente ao Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), formalizou denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), que acabou por condenar o Brasil no ano de 2001, impondo ao Estado brasileiro o pagamento de uma indenização no valor de 20 mil dólares em favor de Maria da Penha, além de tê-lo responsabilizado por negligência e omissão frente aos casos de violência doméstica, recomendando a adoção de medidas para a coibição desse tipo de violência.

A partir disto, conforme afirma a autora, o Brasil resolveu dar cumprimento às convenções e tratados internacionais do qual é signatário, tendo iniciado, em 2002, um projeto de lei que, em novembro de 2004, foi enviado ao Congresso Nacional, sendo aprovado em 7 de agosto de 2006, com início de vigência em 22 de setembro de 2006, como Lei n. 11.340/06 – Lei Maria da Penha.

Consoante definição apresentada pela Convenção de Belém do Pará¹³, invocada pela Lei Maria da Penha em sua ementa, violência contra a mulher é “qualquer ato ou conduta baseada no gênero que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada”. Violência doméstica e familiar contra a mulher, sob a ótica de Cavalcanti (2012), é aquela que ocorre no âmbito familiar, nas relações entre membros de uma mesma família, uma vez presentes vínculos de parentesco ou afinidade, tais como quando perpetrada pelo pai em desfavor da filha ou pelo homem contra a sua companheira.

¹³ Decreto n. 1.973, de 1º de agosto de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em: 7 out. 2020.

Para Dias (2019), a falta de consciência social acerca da definição de violência doméstica contribuiu para culminar na invisibilidade desta prática. Rovinski (2004) salienta que a dificuldade de definição conceitual pode prejudicar os dados de pesquisas sobre incidência e prevalência do fenômeno, além de dificultar eventuais propostas de intervenção.

Sob a ótica de Dias (2019), este tipo de violência são as ações descritas nos incisos do art. 7º da Lei Maria da Penha, quais sejam: a violência física (inciso I); a violência psicológica (inciso II); a violência sexual (inciso III); a violência patrimonial (inciso IV); e a violência moral (inciso V), quando levadas a efeito no âmbito das relações familiares ou afetivas, conforme o art. 5º da Lei. Fernandes (2015), por sua vez, acrescenta que o processo penal criado pela Lei Maria da Penha pressupõe a existência de uma questão de gênero enquanto relação assimétrica de poder, com dominação da mulher pelo homem, havendo naturalização dessas diferenças. Trata a Lei Maria da Penha, portanto, da violência de gênero praticada em contexto doméstico e familiar.

De acordo com o 13º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, elaborado no ano de 2019, pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP)¹⁴, no ano de 2018 foram contabilizados, em todo o território brasileiro, 263.067 casos de lesão corporal dolosa praticada contra mulheres em contexto doméstico, o que representa uma taxa de 126,2 casos a cada 100 mil habitantes.

No estado do Rio Grande do Sul, os dados colhidos espantam ao apresentar números consideravelmente maiores quando comparados à média brasileira. Foram 22.008 os casos de lesão corporal dolosa praticada contra mulher em contexto doméstico no estado gaúcho, representando uma taxa de 194,3 casos a cada 100 mil habitantes, uma variação de 53,96% a mais em relação à média nacional.

Os dados do ano de 2018, em âmbito nacional, representam um aumento de 0,8% em relação ao ano anterior, sendo que, no estado do Rio Grande do Sul, houve uma redução de 5,1%, mantendo-se o estado, contudo, acima da média nacional com relação ao número de casos de violência doméstica em que há a prática de lesão corporal dolosa.

¹⁴ Pesquisa realizada no ano de 2018 em todo o território nacional. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/>. Acesso em: 07 out. 2020.

Segundo pesquisa elaborada pelo Datafolha, em conjunto com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP)¹⁵, o autor da violência contra a mulher é normalmente alguém próximo da vítima: dados do ano de 2018 apontam que 76,4% dos agressores são conhecidos pela vítima, sendo que, dentro destes, 23,8% se enquadra na categoria de cônjuge/companheiro/namorado; 15,2% como ex-cônjuge/ex-companheiro/ex-namorado; e 14,6% como familiares.

Na mesma pesquisa, 42% das mulheres que foram vítimas de algum tipo de violência nos últimos 12 meses afirmaram que a violência considerada mais grave havia ocorrido no âmbito do lar. Importante ressaltar que a pesquisa não abrange apenas violência doméstica e familiar, mas todo tipo de violência contra a mulher, incluindo a doméstica e familiar.

Os dados também apontam que a maioria das mulheres não toma atitude frente à violência sofrida (52%), sendo que 22,2% das que buscaram ajuda buscaram órgãos oficiais, enquanto 29,6% recorreram a órgãos não oficiais, como família, amigos e igreja. Dentre os órgãos oficiais, a Delegacia da Mulher aparece como a principal instituição procurada (10,3%), seguida pelas delegacias comuns (8%), pela Polícia Militar, através do número de emergência 190 (5,5%), e do Disque 180, que foi procurado em apenas 1% dos casos.

Importante destacar, conforme asseverado por Dias (2019), que nem todas as hipóteses de violência previstas na Lei Maria da Penha guardam correspondência com delitos tipificados no Código Penal. A Lei Maria da Penha cria a possibilidade de determinadas condutas do agressor estarem configuradas dentro da definição de violência doméstica, permitindo às autoridades que adotem medidas no intuito de coibi-las, salvaguardando a incolumidade física, psicológica, moral, sexual e patrimonial da mulher em situação de violência, a exemplo do que ocorrem com expedientes de medidas protetivas de urgência, muitas vezes aplicadas com base em ocorrências policiais cujos inquéritos, futuramente, jamais serão indiciados pela autoridade policial ou denunciados pelo Ministério Público, comumente em razão da atipicidade da conduta do investigado.

4 A MULHER TRANSGÊNERO COMO VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

¹⁵ Visível e Invisível: a vitimização de mulheres no Brasil. 2ª ed. 2019. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/publicacoes>. Acesso em: 15 ago. 2020.

Origem de uma série de discussões, a possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha às mulheres trans em situação de violência doméstica ainda é tema discutido na doutrina e na jurisprudência. A fim de contextualizar o assunto, são trazidos dados atualizados sobre a violência cometida contra as mulheres trans; após, à posição da doutrina e; por fim, à análise da jurisprudência sobre o tema.

O boletim n. 5, da Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA)¹⁶, com dados referentes aos meses de janeiro a outubro de 2020, apontou a ocorrência de 151 assassinatos de pessoas trans nos dez primeiros meses do ano, o que representa um aumento de 22% em relação à integralidade do ano de 2019, em que foram cometidos 124 assassinatos.

Os números apresentados referem-se às mulheres que expressavam o gênero feminino, enquadradas no grupo dos transgêneros. Devido à carência de dados oficiais sobre o tema, evidenciando a lacuna deixada pelo Estado no tocante ao levantamento de dados sobre a população trans, o mapeamento anual da violência contra as pessoas trans é realizado através de notícias publicadas nas mídias, redes sociais, grupos de *WhatsApp* e colaboradores da ANTRA.

No tocante às agressões físicas, dados do Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN)¹⁷, colhidos entre os anos de 2014 a 2017, apontam que 49% das agressões perpetradas em desfavor de mulheres trans ocorreu no interior de seus lares. Os dados mais recentes, em 2017, apontam um aumento de mais de 800% das notificações de agressões contra a população transexual entre os anos de 2014, em que foram registradas 494 notificações e, em 2017, o número chegou a 4.137. Os dados se referem a agressões registradas em unidades públicas de saúde, desconsiderados os homicídios.

Para a ANTRA, os dados referentes à violência cometida em desfavor de mulheres trans reforçam a necessidade da tomada de medidas por parte do Poder Público, cuja inércia é a principal responsável pelo exacerbado aumento de ocorrências ao longo dos anos. Nesse contexto de crescente violência às mulheres trans, sobretudo no âmbito de seus lares, nasce

¹⁶ Boletim n. 05/2020 – Associação Nacional de Travestis e Transexuais. Disponível em: <https://antrabrasil.org/assassinatos/>. Acesso em: 17 nov. 2020.

¹⁷ Disponível em: <http://portalsinan.saude.gov.br/>. Acesso em: 17 nov. 2020.

a celeuma que versa sobre a aplicação da Lei Maria da Penha em favor destas, aspecto pontualmente discutido pela doutrina e jurisprudência.

A aplicação da Lei Maria da Penha, segundo Dias (2019), depende de uma qualidade especial no sujeito passivo: ser mulher. Importante ressaltar, desde já, que a Lei não se restringe às agressões do homem contra sua companheira ou esposa, podendo figurar no polo passivo não apenas a pessoa com quem mantém um relacionamento amoroso, como, também, sua avó, mãe, eventuais filhas, netas, sogra e demais membros do grupo familiar, sendo imprescindível a identificação como mulher.

A classificação no gênero feminino independe do sexo biológico da pessoa, tampouco de alteração do prenome no registro civil, que pode ser realizado independente de realização de cirurgia de transgenitalização ou realização de tratamento hormonal, à luz de recente jurisprudência do STF¹⁸, em julgamento cujo tema foi reconhecido como de repercussão geral¹⁹. Basta, portanto, que a pessoa se identifique com o gênero feminino, apresentando-se como mulher perante a sociedade.

A vulnerabilidade do gênero feminino, destaca Barsted (2012) decorre de um contexto socioeconômico e cultural que, historicamente, discrimina o sexo feminino, afluindo-se em um conjunto de situações desvantajosas para as mulheres, subjugadas através de práticas de violência física, sexual e psicológica. Bianchini (2018), ao destacar que a Lei Maria da Penha, em considerável parte de seu texto, não faz referência à mulher agredida como vítima, mas como mulher em situação de violência doméstica, considera acertado o termo, posto que traz a noção de transitoriedade da situação enfrentada pela mulher que, mesmo em situação de fragilidade, não é mais frágil que o homem, tratando-se, em realidade, de uma vulnerabilidade social, que inexistiria em um contexto diverso de história de vida, em uma sociedade que não subjugasse a mulher desde seus primórdios, o que colocaria mulher e homem em iguais condições.

Como corolário dessa assertiva, é seguro afirmar que a Lei não vige para proteger a mulher em razão de sua inferioridade de força física em relação ao homem, como comumente

¹⁸ STF, TEMA 761 - Possibilidade de alteração de gênero no assento de registro civil de transexual, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo.

¹⁹ STF, RE 670.422, T. Pleno, Rel. Dias Toffoli, j. 20/08/2018.

é compreendida, mas para sanar um cenário de injustiças decorrente de séculos de dominação.

No que concerne à aplicabilidade da Lei Maria da Penha às mulheres trans, Cunha e Pinto (2020) fornecem duas respostas para a questão. A primeira, mais conservadora, entende que, geneticamente, o transexual não é uma mulher, razão pela qual não está sobre o manto protetor da lei especial. A segunda, mais moderna, entende que a pessoa transexual que transmutou suas características sexuais (por meio de cirurgia irreversível) deve ser encarada conforme sua nova realidade morfológica, razão pela qual está sob abrigo da lei.

No Brasil, a cirurgia de redesignação sexual foi regulamentada pela Resolução n. 1.955/2010²⁰, do Conselho Federal de Medicina, substituindo a Resolução n. 1.652/02. A nova regulamentação possibilita um acompanhamento multidisciplinar, sendo obrigatória a avaliação por médicos psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, desde que preencham os critérios previstos no art. 3º, da Resolução:

Art. 3º Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados:

- 1) Desconforto com o sexo anatômico natural;
- 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;
- 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;
- 4) Ausência de transtornos mentais (BRASIL, 2010)

O art. 4º da Resolução, por sua vez, estabelece os critérios de avaliação destinados àquele que deseja realizar a cirurgia:

Art. 4º Que a seleção dos pacientes para cirurgia de transgenitalismo obedecerá a avaliação de equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, obedecendo os critérios a seguir definidos, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto:

- 1) Diagnóstico médico de transgenitalismo;
- 2) Maior de 21 (vinte e um) anos;
- 3) Ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia. (BRASIL, 2010)

²⁰ Resolução CFM n. 1.955/2010. Disponível em: https://www.google.com/url?q=https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2010/1955&sa=U&ved=2ahUKEwjuka-IoJntAhXnUd8KHdt6AdEQFjABegQIBRAB&usg=AOvVaw1xYnSGwodPRfZbs_xyTBXT. Acesso em: 19 nov. 2020.

Ferraz e Leite (2013), entretanto, afirmam que o sexo jurídico é uma livre escolha do indivíduo baseada em sua identidade de gênero, considerando que, se determinado sujeito se enxerga e apresenta-se socialmente como mulher, ainda que não tenha passado pelo processo de transgenitalização, o direito assim o deverá identificar, com respeito e reconhecimento da validade de sua decisão, conferindo-lhe eficácia.

Para Dias (2019, p. 71), “a referência legal ao sexo da vítima não se limita ao conceito *biológico* da pessoa com genitália feminina. Diz também com quem tem identidade de *gênero feminino*” (grifo nosso). Assim, ao afirmar que a mulher está sob sua égide, a Lei assegura proteção tanto às mulheres cis homossexuais quanto às mulheres trans, desde que a violência praticada seja praticada em relação íntima de afeto ou em ambiente familiar ou de convívio, nos termos do art. 5º da Lei. Para a autora, é descabido deixar à margem da proteção legal aqueles que se reconhecem como mulher.

Segundo Bianchini (2018), a Lei n. 11.340/06 deve ser aplicada nas relações entre mulheres cis ou transexuais, independentemente de sua orientação sexual, bastando que a vítima se identifique com o sexo feminino. Interdonato e Queiroz (2017) entendem que, ao utilizar o termo “gênero” em detrimento de “sexo”, a Lei remete à construção social que identifica os papéis de natureza cultural e coloca a mulher trans ao abrigo da Lei.

O Projeto de Lei do Senado n. 191/2017, de autoria do Senador Jorge Viana, apresenta um alargamento do conceito de mulher em razão do gênero social, ao propor alteração no art. 2º, da Lei Maria da Penha, a fim de incluir em sua redação, expressamente, o termo “identidade de gênero”, no intuito de sanar eventuais dúvidas sobre a possibilidade de aplicação da Lei às mulheres trans. O Projeto foi aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), sendo encaminhado ao Plenário do Senado Federal, onde, até a data de elaboração da presente monografia, aguarda inclusão em Ordem do Dia desde o mês de junho de 2019.

Silva (2018) aponta três fatores que contribuem, especialmente, para a barreira que acaba por dificultar o acesso das mulheres trans à lei. O primeiro refere-se à errônea concepção de que a lei existe, estritamente, para sanar a vulnerabilidade biológica que existe nas mulheres em relação aos homens que, notadamente, possuem maior força física. Nesse ponto, destaca-se o fato de que, em realidade, a Lei Maria da Penha busca extinguir uma vulnerabilidade existente desde os primórdios de nossa sociedade, culturalmente patriarcal.

O segundo está relacionado ao preconceito perpetrado em desfavor de mulheres trans, que acabam consideradas menos mulheres do que as mulheres que, biologicamente, assim nasceram, associando a vulnerabilidade à genitália feminina. O terceiro fator, por fim, diz respeito à ignorância quanto aos conceitos apresentados pela lei, sobretudo em relação ao conceito de gênero.

4.1. O POSICIONAMENTO DE INSTITUIÇÕES RELACIONADAS AO JUDICIÁRIO

Previamente à efetiva análise da jurisprudência que versa sobre a aplicação da lei às mulheres trans, reputa-se pertinente trazer à baila o posicionamento favorável à aplicação da Lei adotado pelas instituições componentes do Poder Judiciário, notadamente, o Ministério Público, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a Defensoria Pública de alguns estados e o próprio Poder Judiciário.

Silva (2018) destaca o posicionamento do Ministério Público através do Grupo Nacional de Direitos Humanos (GNDH), vinculado ao Conselho Nacional de Procuradores-Gerais (CNPGE), formado por Procuradores-Gerais de Justiça, do Ministério Público, dos Estados e da União, tendo como objetivo promover a integração dos Ministérios Públicos de todos os estados da federação, traçando políticas que buscam uma atuação uniforme e integrada.

Doravante, Silva (2018) aponta o posicionamento da OAB através de uma nota técnica emitida pela Comissão Especial da Diversidade Sexual de seu Conselho Federal no ano de 2014²¹, que entendeu ser possível a aplicação da Lei n. 11.340/06 a travestis e mulheres transexuais, considerando que um dos elementos que define a aplicação da lei é a identificação com o gênero feminino, e não o sexo biológico.

No âmbito das Defensorias Públicas, destaca-se o Enunciado IV, do Colégio Nacional dos Defensores-Públicos Gerais (CONDEGE), datado de 05 de agosto de 2019: Enunciado IV – A transexual declarada judicialmente como mulher deve ser atendida pela Defensoria Pública com aplicação da Lei Maria da Penha.

²¹http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civel/acoes_afirmativas/inc_social_lgbtt/Diversos_LGBT/NotaT%C3%A9cnica_OAB_LMPtrans11082014.pdf. Acesso em: 20 nov. 2020.

O posicionamento dessas instituições está diretamente relacionado à esteira das recentes jurisprudências no âmbito cível, como a possibilidade de troca de nome independente de realização de cirurgia de transgenitalização ou tratamentos hormonais, auxiliando no combate ao preconceito sofrido pelas mulheres transgênero em todo o território nacional. No âmbito das Defensorias Públicas, por sua vez, mostra-se necessário, para o atendimento da mulher transgênero em situação de violência doméstica com aplicação da Lei Maria da Penha, a declaração judicial de que a transexual seja mulher.

Com o intuito de analisar a construção jurisprudencial acerca do tema, compreendendo a argumentação utilizada pelos tribunais no momento de decidir quanto à aplicabilidade da Lei Maria da Penha à mulher transgênero vítima de violência doméstica e familiar, passemos ao estudo, no seguinte tópico, de decisões judiciais que versem sobre o assunto.

4.2 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA EM SEGUNDA INSTÂNCIA: APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA ÀS MULHERES TRANS?

Conforme asseverado no tópico anterior, são vários os fatores que dificultam o acesso à Lei Maria da Penha por parte das mulheres transgênero, refletindo, diretamente, na quantidade de decisões judiciais que versam sobre o assunto, havendo, assim, poucas decisões a enfrentar a problemática, tampouco posicionamento dos Tribunais Superiores.

Assim, a presente pesquisa limitou-se a acórdãos proferidos por diferentes tribunais de estados brasileiros, o que ocorreu em razão da dificuldade de consulta a decisões proferidas por magistrados em primeira instância, posto que, além do número reduzido, são resguardadas por segredo de justiça, impedindo a pesquisa através de *sites* de repositórios oficiais.

Neste estudo, destacam-se cinco acórdãos de tribunais de diferentes estados da federação. Cumpre informar que as decisões trazidas à baila não são as únicas que versam sobre o assunto, mas aquelas mais recentes e que se diferenciam entre si, com diferentes abordagens sobre o assunto, para que seja evitada a repetição de argumentos trazidos pelos tribunais.

A busca de informações foi realizada em janeiro de 2021, tomando-se por base os indicadores: “lei maria da penha” e “transgênero”, ambos aplicados conjuntamente; objetivou-se estudar as decisões mais relevantes sobre o assunto, sem, contudo, esgotar a quantidade de decisões proferidas, dando ênfase à jurisprudência mais recente.

À análise do acórdão mais atual, datado de 23 de outubro de 2020, tratando sobre um conflito negativo de jurisdição entre a Vara de Violência Doméstica e Familiar e a 5ª Vara Criminal, ambos da Comarca de São Paulo, vinculada ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP, assim dispõe:

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Ação penal para apuração do crime previsto no art. 129, par. 9º., do CP. Delito supostamente praticado contra transexual. *Vítima do sexo masculino que se identifica como mulher, ostentando nome social feminino. Elementos que indicam motivação do gênero no cometimento do crime.* Âmbito doméstico. Desigualdade a ser amparada pela legislação especial. Inteligência dos art. 5º. da Lei nº 11.340/06. Precedentes. CONFLITO PROCEDENTE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. (TJ-SP - CJ: 00202782720208260000 SP 0020278-27.2020.8.26.0000, Relator: Sulaiman Miguel, Data de Julgamento: 23/10/2020, Câmara Especial, Data de Publicação: 23/10/2020). (grifo nosso)

No caso em comento, a vítima é uma mulher transexual que requereu a aplicação de medidas protetivas de urgência em seu favor após ser agredida fisicamente por seu namorado, o qual estaria enciumado com algumas informações que obtivera ao acessar o computador pessoal da ofendida. O juiz titular da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Capital, sustentando o fato de a mulher ofendida pertencer ao sexo biológico masculino, decidiu pela inaplicabilidade da Lei n. 11.340/06. Divergindo da opinião do colega, o magistrado titular da 5ª Vara Criminal da Capital, após receber o feito, suscitou o incidente.

Para o relator do conflito, Des. Sulaiman Miguel, cujo voto, que tomou por base os estudos de Maria Berenice Dias, foi acompanhado pelos demais desembargadores, em nada importa o fato de a vítima pertencer, biologicamente, ao sexo masculino, posto que sua identidade está assentada no gênero feminino, conforme apresenta-se publicamente. Diante disto, verifica-se a presença da ideia de que gênero decorre de uma construção social que não possui relação com o sexo jurídico, isto é, o sexo atribuído à pessoa no momento do nascimento, tendo como base características morfológicas do recém-nascido.

A seguir, ainda no Tribunal de Justiça de São Paulo - TJSP, outro conflito negativo de jurisdição, desta vez entre o Juizado Especial Criminal de Itaquera, juízo suscitante, e a Vara de Violência Doméstica de São Miguel Paulista, juízo suscitado:

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. *Ação praticada contra travesti. Vítima do sexo masculino que se identifica como mulher, ostentando nome social feminino. Violência perpetrada no âmbito doméstico e baseada no gênero e vulnerabilidade da vítima.* Incidência do artigo 5º, inciso II, da lei nº 11.340/06. Conflito julgado procedente. Competência do Juízo da Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher do Foro Regional de São Miguel Paulista, ora suscitado. (TJ-SP - CJ: 00320358620188260000 SP 0032035-86.2018.8.26.0000, Relator: Issa Ahmed, Data de Julgamento: 08/04/2019, Câmara Especial, Data de Publicação: 10/04/2019). (grifo nosso)

Denota-se que foi realizada uma diferenciação entre a mulher transexual e a travesti sem, contudo, retirar desta o mesmo direito concedido àquela, permitindo a aplicação da Lei Maria da Penha em seu favor. Novamente, ressaltou-se a ideia de que a expressão mulher contida no texto legal se refere tanto ao sexo feminino quanto ao gênero feminino, bastando a identificação com este para que a mulher vítima de violência doméstica encontre abrigo na Lei.

Na decisão, foi ressaltado o princípio da dignidade humana, com base no qual deve ser reconhecida a identificação da mulher travesti com o gênero feminino. Como consequência da adoção do gênero feminino, destaca-se a vulnerabilidade da parte no relacionamento amoroso, decorrente de uma cultura de dominação do gênero masculino sobre o feminino, permitindo a aplicação da Lei n. 11.340/2006.

Doravante, acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça, do Distrito Federal, em análise de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios contra decisão que indeferiu pedido de medidas protetivas de urgência formulados por uma mulher transexual, declinando a competência para a Vara Criminal e Tribunal do Júri daquela circunscrição:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. APLICAÇÃO DA LEI 11.340/06 (MARIA DA PENHA). *VÍTIMA TRANSEXUAL.* APLICAÇÃO INDEPENDENTE DE ALTERAÇÃO DO REGISTRO CIVIL. COMPETÊNCIA DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. RECURSO PROVIDO. 1. Diante da alteração sexual, comportando-se a recorrido como mulher e assim assumindo seu papel na sociedade, sendo dessa forma admitida e reconhecida, *a alteração do seu registro civil representa apenas mais um mecanismo*

de expressão e exercício pleno do gênero feminino pelo qual optou, não podendo representar um empecilho para o exercício de direitos que lhes são legalmente previstos. 3. Recurso provido. (TJ-DF 20181610013827 DF 0001312-52.2018.8.07.0020, Relator: SILVANIO BARBOSA DOS SANTOS, Data de Julgamento: 14/02/2019, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 20/02/2019. Pág.: 179/197). (grifo nosso)

No incidente em comento, as partes mantinham uma união há cerca de três anos quando a vítima foi agredida fisicamente por seu companheiro após este, em excesso de ciúme, ter passado a ofendê-la e ameaçá-la. No mesmo sentido da primeira jurisprudência analisada, o juízo *a quo*, ainda que tenha reconhecido as angústias decorrentes do conflito de identidade entre sexo biológico e gênero, entendeu pela inaplicabilidade da Lei Maria da Penha, posto que a vítima não havia realizado mudança de nome em seu registro civil.

O magistrado entendeu que, tendo a Lei Maria da Penha natureza processual e penal, e sendo mais gravosa para o réu, deve ser interpretada restritivamente, vedando-se a analogia *in malam partem*, considerando que a alteração de sexo no registro civil seria um critério objetivo razoável para a aferição do caso concreto, permitindo a aplicação da lei.

No acórdão *sub examine*, destacou-se a prescindibilidade de alteração de registro civil por parte da mulher trans, o que apenas representa, na visão do relator, um mecanismo que serve para auxiliar no pleno exercício de sua identidade de gênero, não podendo o sexo biológico servir de barreira ao exercício da identidade de gênero autodefinido por cada indivíduo.

Assim, decidiu-se que o condicionamento da aplicação da Lei Maria da Penha à alteração do registro civil da vítima não deve subsistir, posto que a ela impõe a responsabilidade por eventual morosidade do Poder Público, já que, por ser obrigatória a observância de procedimentos previstos em lei, é possível que o procedimento para a alteração de nome de uma pessoa prolongue-se, indevidamente, no tempo.

Neste caso, foi afastada a suposta analogia *in malam partem* alegada pelo juízo de primeira instância, não observada em razão de a lei utilizar, em detrimento do termo “sexo”, o termo “gênero”, que é uma construção social, conforme já explicado neste artigo. Ademais, o relator destacou a efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana conferido por este entendimento, garantindo a todos os indivíduos, iguais perante a lei (consoante o princípio da isonomia, com assentamento constitucional no artigo 5º, *caput*), respeito e

irrestrito amparo jurídico para que se adeque ao gênero com o qual se identifica, diante de seu livre arbítrio.

Adiante, em outro acórdão proferido pelo mesmo Tribunal, em recurso interposto pelo Ministério Público, após o juízo de primeiro grau ter declinado da competência para a Vara Criminal Comum:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA DECISÃO DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA PARA VARA CRIMINAL COMUM. INADMISSÃO DA TUTELA DA LEI MARIA DA PENHA. AGRESSÃO DE TRANSEXUAL FEMININO NÃO SUBMETIDA A CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL (CRS). PENDÊNCIA DE RESOLUÇÃO DE AÇÃO CÍVEL PARA RETIFICAÇÃO DE PRENOME NO REGISTRO PÚBLICO. IRRELEVÂNCIA. CONCEITO EXTENSIVO DE VIOLÊNCIA BASEADA NO GÊNERO FEMININO. DECISÃO REFORMADA. 1 O Ministério Público recorre contra decisão de primeiro grau que deferiu medidas protetivas de urgência em favor de transexual mulher agredida pelo companheiro, mas declinou da competência para a Vara Criminal Comum, por entender ser inaplicável a Lei Maria da Penha porque não houve alteração do patronímico averbada no registro civil. 2 O gênero feminino decorre da liberdade de autodeterminação individual, sendo apresentado socialmente pelo nome que adota, pela forma como se comporta, se veste e se identifica como pessoa. *A alteração do registro de identidade ou a cirurgia de transgenitalização são apenas opções disponíveis para que exerça de forma plena e sem constrangimentos essa liberdade de escolha. Não se trata de condicionantes para que seja considerada mulher.* 3 Não há analogia *in malam partem* ao se considerar mulher a vítima transexual feminina, considerando que o gênero é um construto primordialmente social e não apenas biológico. *Identificando-se e sendo identificada como mulher, a vítima passa a carregar consigo estereótipos seculares de submissão e vulnerabilidade, os quais sobressaem no relacionamento com seu agressor e justificam a aplicação da Lei Maria da Penha à hipótese.* 4 Recurso provido, determinando-se prosseguimento do feito no Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com aplicação da Lei Maria da Penha. (TJ-DF 20171610076127 DF 0006926-72.2017.8.07.0020, Relator: GEORGE LOPES, Data de Julgamento: 05/04/2018, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 20/04/2018. Pág.: 119/125). (grifo nosso)

Destaca-se, no voto do relator, Des. George Lopes, o reconhecimento de que o gênero feminino, decorrente de uma autodeterminação individual, carrega consigo estereótipos seculares decorrentes de uma sociedade culturalmente patriarcal, que, desde os primórdios, subjuga e coloca a mulher em uma situação de vulnerabilidade em relação ao homem.

Por fim, acórdão proferido pela 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em análise de Agravo de Instrumento interposto por mulher transexual em face de decisão do 5º Juizado de Violência Doméstica da Comarca da Capital, que indeferiu a imposição de medidas protetivas de urgência em desfavor de seu companheiro, homem transexual, tendo como justificativa o sexo biológico das partes:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – CRIMINAL. DIREITO PENAL. LESÃO CORPORAL LEVE. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. [...] A jurisprudência tem afirmativamente promovido socialmente a proteção de diversos segmentos sociais, já que o processo legislativo não acompanha a evolução social e a realidade que se apresenta na mesma velocidade. *Não pode o Judiciário, pelo menos por ora, enquanto zelosa instituição Republicana, deixar de promover o bem social de forma isonômica e lançar a pecha discriminatória sobre aquela pessoa, detentora de inegável dignidade, embora nascida com sexo biológico masculino, socialmente vivencia a inadequação no papel social do gênero de nascença, e de forma ativa a identificação ostensiva correlata ao gênero oposto ao de nascimento.* A vedação ao retrocesso impõe, por ora, uma interpretação extensiva da lei para alcançar esse segmento social que genericamente se identifica pelo gênero feminino, como forma de promover, no mínimo, a elisão de qualquer medida de caráter socialmente excludente, valendo frisar que a integridade física, psíquica, sexual, patrimonial e moral do nacional é o que se pretende, no final das contas, proteger, quando se atravessa um requerimento de tutela de urgência na forma da lei 11.340/2006. É o que dispõe o artigo 7º do referido diploma. Por ora, atendendo aos auspícios protetivos da dignidade da pessoa humana, considerando a ocorrência de agressões mútuas na mesma data de 28/05/2017, tal como narrado em senda distrital, primeiramente pela parte Agravante (e-doc. 00006, anexo 1, fls. 09) aos 30/05/2017, conforme RO 912-009-03556/2017 (anexo 1, e-doc. 000036, fls. 41), senão numa interpretação extensiva tendente à evitação de maiores contendas, mas também com fulcro no artigo 282, inciso I, e 319, inciso III, do CPP, defiro parcialmente a liminar pretendida para, também pelo prazo de 60 (sessenta dias) deferir as seguintes medidas protetivas em favor da Agravante que obrigam a parte Agravada a: 1) Proibição de aproximação da vítima (Agravante), fixando o limite mínimo de 200 (duzentos) metros de distância entre o autor do fato (Agravado) e a vítima (Agravante), na forma do artigo 22, III, “a”, da lei 11.340/2006; 2) Proibição de contato do autor do fato com a vítima, por qualquer meio de comunicação (internet e aplicativos de WhatsApp, inclusive), na forma do artigo 22, III, “b” da Lei 11.340/2006. [...] (TJ-RJ 0048555.53.2017.8.19.0000 RJ 130982-07.2017.8.19.0001. Relator: Des. João Ziraldo Maia, Data de Julgamento: 29/05/2018, 4ª Câmara Criminal, Data da Publicação: 13/06/2018). (grifo nosso)

No caso em tela, o magistrado havia fixado medidas protetivas de urgência em favor do companheiro da agravante, homem transexual, tendo por base seu sexo biológico. No recurso interposto pela agravante, foi requerida a revogação das medidas protetivas de urgência aplicadas com base no sexo biológico de ambos, bem como a aplicação de medidas protetivas de urgência em seu favor, tendo como novo critério o fato de ambas as partes possuírem identificação com o gênero oposto ao gênero de nascimento.

O acórdão proferido pela 4ª Câmara Criminal, de relatoria do Des. João Ziraldo Maia, destacou um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, consoante previsto no artigo 3º, IV, da Constituição Federal.

De igual maneira, foi mencionado o Decreto n. 4.377/2002, que promulgou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, reconhecendo que, para alcançar a plena igualdade entre o homem e a mulher, é necessário modificar o papel tradicional tanto do homem como da mulher na sociedade e na família, suprimindo a discriminação em todas as suas formas e manifestações.

Ao permitir a aplicação da Lei em favor da mulher de um casal mutuamente transexual, o acórdão reforça a ideia de que a Lei não busca proteger a mulher em razão de vulnerabilidade física, mas sim em razão de uma fragilidade decorrente de diferentes papéis atribuídos aos gêneros na sociedade, no sentido dos ensinamentos de Bianchini (2018) anteriormente apresentados.

Da análise das decisões apresentadas, denota-se que todas permitiram a aplicação da Lei Maria da Penha à mulher trans em situação de violência doméstica. Ademais, embora citada a possibilidade de realização de cirurgia de transgenitalização, esta não foi considerada imprescindível para que a transgênero esteja sob abrigo da lei, no mesmo sentido dos ensinamentos da doutrina. O mesmo ocorreu com a possibilidade de alteração de prenome no registro civil, sendo ambas tratadas apenas como um adendo à expressão da identidade de gênero, dispensável para o seu reconhecimento.

De maneira geral, foram trazidos à fundamentação alguns princípios de ordem constitucional, destacando-se os princípios da dignidade da pessoa humana e isonomia, positivados em nosso ordenamento jurídico, respectivamente, através dos artigos 1º, III, e 3º, IV, da Constituição Federal de 1988.

Todos os acórdãos respeitaram o nome social utilizado pelas mulheres, embora tenham feito referência também a seus nomes registrares, no caso daquelas que não procederam a seu ajuste no registro civil.

Portanto, verifica-se que, embora haja resistência por parte de alguns magistrados no tocante à aplicação da Lei Maria da Penha às mulheres transexuais em situação de violência doméstica, inexistindo posição dos Tribunais Superiores quanto ao assunto, os Tribunais de Justiça de diferentes estados da federação, em consonância com os avanços sociais e a doutrina, reconhecem esse direito, contribuindo, de alguma forma, para a erradicação do preconceito às mulheres não cisgênero.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na esteira dos ensinamentos de Beauvoir (1964b), a identidade de gênero feminina não possui relação com o sexo biológico do ser, sendo um conceito social construído com base no papel desempenhado pela mulher ao longo do tempo, em uma sociedade patriarcal marcada pela desigualdade e constante luta por direitos, o que, ainda, reflete-se em nossa sociedade, com ressalva à importância da Lei Maria da Penha, importante conquista das mulheres, que busca minimizar os efeitos de séculos de subjugação, considerada referência no combate à violência doméstica e familiar praticada em desfavor da mulher.

A mulher transgênero, embora tenha nascido com características físicas do sexo masculino, identifica-se com o gênero oposto e passa a agir de acordo com o papel por este desempenhado, emoldurando-se em um cenário em que sofre duplo preconceito: por não se identificar com seu sexo biológico e por desempenhar papel social de mulher, o que acaba por contribuir para sua marginalização na sociedade.

A pesquisa iniciou com a apresentação dos conceitos de sexo, gênero e orientação sexual, com observância de suas diferenças, além da apresentação da definição de violência de gênero, definida como aquela que ocorre em razão do gênero da mulher - aquela praticada contra a mulher, em razão de ser mulher, oriunda de uma sociedade culturalmente patriarcal que, desde seus primórdios, coloca a mulher em situação de vulnerabilidade em relação ao homem. Com base nesses conceitos e amparado na doutrina, buscou-se desmistificar a ideia de que a Lei Maria da Penha foi criada para suprir a inferioridade de força física da mulher em detrimento do homem.

Posteriormente, foi apresentada a possibilidade de a mulher transgênero figurar como vítima nos delitos praticados em âmbito doméstico, com base nos ensinamentos da doutrina sobre sexo e identidade de gênero, para possibilitar que a mulher transgênero busque amparo na Lei Maria da Penha. Ainda, verificou-se o posicionamento unanimemente favorável, de algumas das instituições que compõem o Poder Judiciário, tais como as Defensorias Públicas, o Ministério Público, a Ordem dos Advogados do Brasil e os juízes vinculados ao Poder Judiciário.

Doravante, foram analisados cinco acórdãos, acessados através de pesquisas nos sítios de seus tribunais de origem, que versam sobre a aplicação da Lei Maria da Penha às mulheres

transgênero em situação de violência doméstica, sendo que todos, utilizando-se de diferentes argumentos, decidiram, em conflitos de competência, pela aplicabilidade da Lei às mulheres transgênero, sendo ressaltados princípios de ordem constitucional, como o da dignidade da pessoa humana e da isonomia, ressaltando-se a prescindibilidade, para que a mulher transgênero esteja sob a égide da Lei, da realização de cirurgia de transgenitalização ou assentamento no registro civil.

Da análise da jurisprudência trazida no decorrer do estudo, verificou-se que, em segunda instância, os tribunais que vieram a enfrentar o tema concluíram pela aplicabilidade da Lei Maria da Penha às mulheres transgênero em situação de violência doméstica, inexistindo a necessidade de realização de cirurgia de transgenitalização ou assentamento no registro civil. Entretanto, é possível verificar que o assunto, ainda, chega à segunda instância de tribunais brasileiros, o que demonstra que, em primeira instância, não é unânime a possibilidade de aplicação da Lei n. 11.340/06 às mulheres transgênero, auxiliando na marginalização da mulher trans, que tem obstaculizado seu acesso à norma legal referida.

No decorrer da pesquisa, foi possível compreender o drama vivenciado pela mulher transgênero, que sofre duplo preconceito: por não se identificar com seu sexo biológico e por ter identidade de gênero feminina, culturalmente subjugada em nossa sociedade historicamente patriarcal.

Além disso, verificou-se que não há uma grande variedade de literatura sobre o tema, sendo a situação das mulheres transgênero pouco discutida em âmbito jurídico, sendo necessário que se socorra da literatura direcionada a outros ramos de conhecimento, como a Psicologia, Medicina e as Ciências Sociais.

Durante a elaboração desta pesquisa, uma grande dificuldade constatada foi a falta de literatura jurídica tratando, em específico, sobre a possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha às mulheres transgênero, tendo pouca visibilidade e alcance as poucas obras que versam sobre o tema. De igual maneira, o reduzido número de decisões abordando a temática, bem como a falta de posicionamento por parte dos Tribunais Superiores.

Por outro lado, a visão humanizada dos poucos estudiosos que enfrentam o tema e que possuem, majoritariamente, um entendimento compartilhado, de maneira unânime, por parte das instituições que compõem o Poder Judiciário, conferiu segurança para que fosse

apresentada percepções que convergem em diversos aspectos, defendendo a aplicação da Lei Maria da Penha às mulheres trans em situação de violência doméstica e familiar.

A análise realizada neste estudo foi motivada a partir de um desconforto ao observar a maneira como a temática ainda é enfrentada no meio jurídico, existindo, ainda, uma quantidade considerável de casos que são levados aos tribunais de segunda instância em razão, unicamente, de um entendimento arcaico e desumano por parte dos operadores do Direito no país, o que reflete a urgente necessidade de uma oxigenação em âmbito jurídico, indo ao encontro do que preconizava Belchior, em 1976, em sua ainda atual poesia, quando cantava sobre o envelhecimento do que, há pouco tempo, ainda era novo, ressaltando a necessidade de um rejuvenescimento geral, que acompanhasse as evoluções da sociedade. É chegada a hora de se despir de preconceitos e dar lugar ao novo, contribuindo para um tratamento mais humanizado e coerente no nosso ordenamento jurídico, sendo primordial que se conceda às mulheres transgênero a possibilidade de estarem contempladas pela Lei Maria da Penha e garantir sua dignidade.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS. *Boletim n. 05 de 2020*. Disponível em: <https://antrabrazil.org/assassinatos/>. Acesso em: 17 nov. 2020.

Associação Psiquiátrica Americana. *Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: DSM-5*. 5. ed. Porto Alegre: Artmed, 2014.

BARBOSA, Bruno Cesar. *Nomes e diferenças: uma etnografia dos usos das categorias travesti e transexual*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social do Departamento de Antropologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, para a obtenção do título de Mestre em Antropologia. São Paulo: 2010.

BARBOZA, Heloisa Helena. *Procedimentos para redesignação sexual: um processo bioeticamente inadequado*. Rio de Janeiro: s.n., 2010.

BARSTED, Leila Linhares. O Avanço Legislativo Contra a Violência de Gênero: a lei maria da penha. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 57, p. 90-110, jan./mar. 2012. Trimestral.

BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo: fatos e mitos*. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1960a.

BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo: a experiência vivida*. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1960b.

BIANCHINI, Alice. *Lei Maria da Penha: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. *Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm. Acesso em: 14 out. 2020.

_____. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 out. 2020.

_____. *Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 14 out. 2020.

_____. *Lei n. 13.984, de 3 de abril de 2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13984.htm. Acesso em: 14 out. 2020.

_____. *Lei n. 13.984, de 3 de abril de 2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13984.htm. Acesso em: 14 out. 2020.

_____. *Projeto de Lei do Senado n. 191/2017*. Disponível em: <https://www.25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129598>. Acesso em: 20 nov. 2020.

_____. *Resolução n. 11, de 18 de dezembro de 2014*. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_26579640_RESOLUCAO_N_11_DE_18_DE_DEZEMBRO_DE_2014.aspx. Acesso em: 22 nov. 2020.

BUTLER, Judith P. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2003.

CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo (intersexualidade, transexualidade, transplantes)*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CHILAND, Colette. *O transexualismo*. Tradução de Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2008.

Conselho Federal de Psicologia (CFP). *Resolução n. 01, de 29 de janeiro de 2018*. Disponível em: <https://bit.ly/3fybib9>. Acesso em: 20 nov. 2020.

Conselho Federal de Medicina. *Resolução n. 1.955, de 3 de setembro de 2010*. Disponível em: <https://bit.ly/3kZFQ6E>. Acesso em: 19 nov. 2020.

COUTO, Edvaldo Souza. *Transexualidade: o corpo em mutação*. Salvador: GGB, 1999.

CUNHA, Bárbara Madruga da. *Violência contra a Mulher, Direito e Patriarcado*. Anais da XVI Jornada de Iniciação Científica de Direito da UFPR, 2014. V. 1.

CUNHA, Juliaine Ribeiro. *A transexualidade à luz dos princípios e garantias constitucionais: implicações procedimentais para a alteração do assento registral*. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito. Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2016.

CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ELUF, Luiza Nagib. *A paixão no banco dos réus*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS E ROSENVALD. *Direito civil – Teoria geral*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. *Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade*. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. A pessoa transgênera e o reconhecimento do direito de ser mulher: promoção da dignidade humana e garantia do desenvolvimento pessoal. In: *Manual dos direitos da mulher*. FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (orgs.). São Paulo: Saraiva, 2013, p. 233.

GARCÍA, Elena Martínez. *La tutela judicial de la violencia de género*. Madrid: Iustedl, 2008.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. *Transexualidade e direitos humanos: o reconhecimento da identidade de gênero entre os direitos da personalidade*. Curitiba: Juruá, 2014.

INTERDONATO, Giann Lucca; QUEIROZ, Marisse Costa de. *Trans-identidade: a transexualidade e o ordenamento jurídico*. Curitiba: Appris, 2017

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

MELLO, Adriana Ramos de. *Feminicídio: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil*. Rio de Janeiro: GZ, 2016.

PETRY, Analídia Rodolpho; MEYER, Dagmar Elisabeth Estermann. Transexualidade e heteronormatividade: algumas questões para a pesquisa. *Textos & Contextos*, Porto Alegre, v. 10, n. 1, p. 193-198, jan/jul. 2011.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS). *Código Internacional de Doenças (CID-11)*. Disponível em: <https://icd.who.int/en>. Acesso em: 23 nov. 2020.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. *Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero*. Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 23 nov. 2020.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. *Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero*. Cadernos Pagu (UNICAMP), Campinas, v. 16, p. 115-136, 2001. P. 115.

_____. *Gênero, patriarcado, violência*. Fundação Perseu Abramo, (Coleção Urgente), 2004.

SALES, Nágila Maria. O direito e a violência de gênero. *Revista do Ministério Público do Estado da Bahia*, Salvador, v. 09, n. 07, p. 26-36, 1998.

SILVA, Sulzbach Marina. *Análise da possibilidade da aplicação da Lei Maria da Penha a travestis e mulheres transexuais*. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso – Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018.

TEIXEIRA, Cíntia Maria; MAGNABOSCO, Maria Madalena. *Gênero e Diversidade: formação de educadoras/es*. Ed. Autêntica. Ouro Preto, MG: UFOP, 2010.

WELTER, Belmiro Pedro. *A norma da Lei Maria da Penha*. Disponível em: http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1273602849.pdf. Acesso em: 14 out. 2020.

SANÇÕES TRIBUTÁRIAS: FUNDAMENTOS E APLICABILIDADE À LUZ DOS
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

*TAX SANCTIONS: FUNDAMENTALS AND APPLICABILITY IN LIGHT OF
CONSTITUTIONAL PRINCIPLES*

Nilson Roberto da Silva Gimenes¹

Resumo: Este artigo examina os fundamentos das sanções tributárias, cuja razão de existência tem relação necessária com a disciplina legal das obrigações tributárias, e também analisa os princípios constitucionais que auxiliam o intérprete do Direito (em especial o princípio da proporcionalidade), para, finalmente, através do estudo de casos práticos, evidenciar como se pode fazer uma correta aplicação das normas jurídicas nesse campo para que sejam evitados abusos contra os direitos fundamentais dos sujeitos passivos da relação jurídica tributária.

Palavras-chave: Sanções Tributárias. Fundamentos. Princípios. Aplicação.

Abstract: This article examines the fundamentals of tax penalties, whose rationale has a necessary relation to the legal discipline of tax obligations, and also examines the constitutional principles that assist the interpreter of law (in particular the principle of proportionality), and finally, through of the study of practical cases, to show how a correct application of the legal norms in this field can be done so that abuses against the fundamental rights of the taxable persons are avoided.

Keywords: Tax Sanctions. Fundamentals. Principles. Application.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata dos fundamentos e da aplicação das sanções tributárias conforme o ordenamento constitucional vigente. Inicialmente, brevíssimas palavras são dedicadas à temática das obrigações tributárias, com relevo para as obrigações acessórias, pelo fato de que o descumprimento das mesmas ocasiona muitos dos casos de aplicação de penalidades contra os sujeitos obrigados.

Após esta etapa, o artigo discorre sobre algumas classificações e as características

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Professor de Direito Internacional e Direito Tributário da Universidade do Estado da Bahia. Membro do Conselho Editorial da Universidade do Estado da Bahia.

das sanções tributárias, bem como os princípios constitucionais atinentes à disciplina das mesmas. Também analisará como o sujeito passivo pode tentar evitar ser penalizado (inclusive por examinar o instituto da denúncia espontânea), além de como o Poder Judiciário pode atuar na aplicação do princípio da proporcionalidade para afastar a aplicação de sanções abusivas.

O trabalho avançará na discussão de casos práticos, incluindo alguns julgados do Supremo Tribunal Federal (STF), em que se discutiu sobre a temáticas das sanções tributárias. O estudo de tais fontes primárias de pesquisa, junto com os comentários teóricos referentes a outros casos práticos, permitirá um estudo que apontará como diversas situações jurídicas de relevância atual têm sido trabalhadas e interpretadas.

O trabalho se serviu de fontes bibliográficas (livros e artigos de revistas especializadas), e de casos selecionados do STF. Assim, foi utilizado o método indutivo para a discussão de casos práticos de aplicação das sanções tributárias; porém, não se deixou de adotar uma abordagem sistemática na análise teórica do tema, que se faz necessária. Por fim, o trabalho se justifica pela importância prática da temática na sociedade brasileira, por se ter em vista que, quanto mais alto o índice de exigência legal de obrigações fiscais, a tendência é que se torne mais frequente a aplicação de penalidades tributárias.

2 BREVÍSSIMAS PALAVRAS SOBRE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA

Para que exista obrigação tributária, é necessário que aconteça o que se convencionou chamar de “fato gerador”, que é a ocorrência, no plano fático, da situação prevista em lei como “hipótese de incidência” tributária. E tal obrigação, conforme o artigo 113 do Código Tributário Nacional (CTN), pode ser Principal ou Acessória. A primeira envolve o pagamento de tributos como condição sem a qual não poderia se caracterizar como tal. Já a segunda engloba obrigações de fazer ou de não fazer por parte do sujeito passivo da relação jurídica tributária (deveres instrumentais), no interesse da Fazenda Pública (seja ela no âmbito federal, estadual ou municipal), sujeito ativo que, através da lei, requer o cumprimento delas.

O significado de “obrigação tributária” também pode ser derivado da definição que o artigo 3º do CTN dá ao tributo como “toda prestação pecuniária compulsória”, o que faz entender que tanto o tributo como a obrigação podem ser classificados como “prestação”. E vale ainda pontuar que, por causa das obrigações acessórias, não se pode dizer que toda

obrigação tributária é de caráter patrimonial, diferente do que ocorre no Direito Civil (BECHO, 2014, p. 150).

Se uma obrigação tributária acessória for violada, há previsão de penalidades, independente de se o sujeito passivo desta obrigação é ou não contribuinte na obrigação principal. Caso assim não o fosse, faltaria eficácia às normas que instituem deveres instrumentais perante à fiscalização. Portanto, até mesmo as entidades imunes ou isentas à tributação precisam apresentar ao Fisco as Declarações e outras obrigações exigidas, bem como não podem embaraçar o trabalho fiscal.

Não há contradição em se exigir multas de tais entes, pois, no Direito Tributário, a obrigação acessória tem existência independente da principal. Afinal, a exigência de obrigações acessórias, nesses casos, tem a finalidade de apurar o correto cumprimento das normas imunizantes ou de isenção, pois a Fazenda Pública precisa saber se as atividades praticadas por tais entes estão realmente protegidas pelas normas que retiram a incidência de tributo, bem como pelo fato de que tais entes se relacionam com terceiros que não usufruem desses mesmos direitos. Recomenda-se, porém, sistematização na coleta de informações para que não se exija do sujeito passivo coisas desarrazoadas e sem relação verdadeira com a obrigação principal, para que isso não gere protestos das pessoas obrigadas por conta do excesso de deveres instrumentais a cumprir (REIS, 2014).

É oportuno que, na Teoria Geral do Direito, existe proposta de se aplicar às situações em que alguém pode sofrer uma pena o termo *dever*. Isso por se achar que tal termo deve ficar livre de significados ambíguos, embora tal definição não seja compatível com o que se chama de uso ideológico do termo. Alimentado pela esperança de influenciar o uso linguístico, seria preciso restringir o emprego do termo aos casos em que a reação é experimentada como reprovação social, e a sentença seria um estímulo para o cumprimento do dever. A palavra *dever* pode ser substituída por *prescrição* ou por *proibição*, de acordo se há obrigação de realizar algo ou de não fazer algo (ROSS, 2003, p. 193, 194). Esta lição pode ajudar a compreender porque alguns preferem usar a expressão “deveres instrumentais” ao se referir às obrigações acessórias. Este artigo, contudo, utilizará ambas as expressões, encarando-as como semelhantes, apesar de existirem divergências doutrinárias a favor de um ou outro termo.

A obrigação acessória é convertida em principal através das penalidades pecuniárias, conforme o artigo 113, § 3º, do CTN. Essa transformação é semelhante ao que ocorre no

Direito Civil, onde ocorre a conversão das obrigações de fazer alguma coisa em obrigações de dar, isto é, o pagamento de multas como punição por não se fazer o que deveria ser feito (KFOURI JR, 2010, p. 159).

Se alguma obrigação acessória for descumprida, o sujeito passivo da relação tributária tem a oportunidade de se servir do instituto da *denúncia espontânea*, estabelecido no artigo 138 do CTN, pois tal denúncia pode ser feita mesmo que não exista obrigação principal (as duas obrigações são independentes e uma não segue a outra, conforme o artigo 113 do CTN), e, assim, o sujeito passivo pode se antecipar a qualquer procedimento de fiscalização e evitar o sofrimento de uma sanção tributária, qualquer que seja o tipo de multa (SALOMÃO, 2004, p. 305-306).

No tocante à autodenúncia, não cabe ao intérprete distinguir onde a lei não distingue ou reduzir o alcance da norma ou condicionar a aplicação da mesma a critérios que o legislador não condicionou. Não há sentido lógico ou finalístico em querer restringi-la para as obrigações acessórias (até porque, em geral, mais grave é descumprir a obrigação principal do que a acessória), e a redação do artigo 138, ao dizer que tal denúncia é “acompanhada, *se for o caso*, do pagamento de tributo”, deixa subjacente que a denúncia pode ser feita a respeito de algo que *não é* pagamento de tributo, o que abrange as obrigações acessórias (OLIVEIRA, 2004, p. 411-412).

A denúncia espontânea deve ser feita antes do início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização *relacionada com a infração em relação à qual se busca excluir a responsabilidade*. Não é qualquer procedimento de fiscalização que descaracterizará a autodenúncia, pois é preciso interpretar razoavelmente o artigo 138 do CTN. Além do mais, tal procedimento deve ser formalizado mediante a expedição de um documento escrito, um ato de ofício (mandado de procedimento fiscal ou termo de início de fiscalização), o que é um critério objetivo e não subjetivo, e o sujeito passivo deve ser notificado ou intimado por edital nos casos previstos em lei (MELLO, 2004, p. 146-148).

Além do mais, o sujeito passivo deve proceder ao pagamento do tributo ou ao seu depósito, de acordo com o artigo 138 do CTN, embora não pareça isso ser justo, porque o instituto deveria ter por finalidade estimular o contribuinte a informar a respeito de seus débitos, reconhecê-los em troca do perdão de uma possível infração. Também é importante registrar que não se admite a adoção do parcelamento de uma dívida tributária com o intuito de se obter o benefício legal da denúncia espontânea, apesar de se verificar o interesse do

contribuinte em quitar suas obrigações perante o Fisco, e ainda mais que, para obter o parcelamento, o sujeito passivo é obrigado a fazer a confissão da dívida (KFOURI JR, 2010, p. 199-200).

Também não deve ser considerado procedente o argumento a favor da aplicação da multa de mora para o contribuinte que realiza denúncia espontânea quando se encontra em atraso no pagamento de suas obrigações tributárias. Já existe a previsão legal dos juros de mora para o devido ressarcimento da Fazenda Pública pelo prejuízo provocado pelo atraso no pagamento. Não se deve presumir que o contribuinte inadimpliu de forma proposital o pagamento para depois fazer uso do instituto da autodenúncia para fins de imposição de multa moratória (CINTRA, 2004, p. 98).

A denúncia espontânea é considerada por alguns uma modalidade de sanção premial porque a norma do artigo 138 do CTN induz à prática voluntária de uma conduta que propicia um benefício, e é um dispositivo por si mesmo executável, não necessitando ter a sua aplicação disciplinada por lei ordinária, posto ser o CTN, que tem *status* de lei complementar, suficiente, e assim, caso alguma lei ordinária futura limite o alcance da norma do CTN, o sujeito passivo pode manejar o remédio constitucional do mandado de segurança (ABRÃO, 2004, p. 99, 105-106).

É importante observar que há setores da doutrina que negam o caráter de sanção ao prêmio, embora reconheça a importância deste (MACHADO SEGUNDO, 2004, p. 196-197), e há quem diga que tal sanção pode existir em outros ramos do Direito, mas não no Direito Tributário (ICHIHARA, 2004, p. 479). Vale lembrar também que o prêmio não integra a estrutura elementar da norma jurídica, mas reside em outra norma, na qual aparece como prestação. Assim, dado um fato temporal pretendido pelo Estado, deve ocorrer a prestação em forma de prêmio para a conduta estimulada pela lei (MACHADO, 2004, p. 161-162).

Para além dessa controvérsia doutrinária, é indiscutível a enorme importância do instituto da denúncia espontânea da infração para que se evite a imposição de sanções tributárias injustas, pois em diversas situações os sujeitos passivos erram de boa-fé no cumprimento dos seus deveres instrumentais por causa da alta complexidade das próprias normas jurídicas de natureza fiscal, e também da enorme quantidade de obrigações acessórias estabelecidas pelo legislador.

3 SOBRE AS SANÇÕES TRIBUTÁRIAS E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO TEMA

Em relação às normas tributárias, inclusive as procedimentais, é comum a utilização de conceitos indeterminados ou cláusulas gerais. O princípio da proporcionalidade determina a congruência da lei com os fins visados na situação concreta. Já o princípio da razoabilidade significa que se deve evitar o excesso de medida que vá inutilmente restringir direitos sem aumento da eficácia administrativa; o meio empregado deve ser o estritamente necessário para garantir o interesse público (NEDER; LÓPEZ, 2004, p. 64). Assim, será feita uma análise sobre as penalidades fiscais sem prescindir do diálogo com o princípio constitucional e tributário da proporcionalidade.

Para que seja aplicada uma sanção é necessário que ocorra uma *infração*, que é a conduta, comissiva ou omissiva, contrária ao direito, transgredindo uma prescrição legal ou contratual preexistente. Tanto a inadimplência em relação ao pagamento de tributos (obrigação principal) como deixar de cumprir as obrigações instrumentais levam à responsabilização do infrator, seja ele o contribuinte ou o sujeito passivo indireto (FURLAN; SAVARIS, 2004, p. 19).

As sanções administrativas tributárias se diferenciam das sanções penais tributárias. As primeiras não dependem de prévia manifestação judicial. A competência legislativa para a definição das mesmas é outorgada ao ente que possui a titularidade da exação tributária (que pode ser de caráter federal, estadual ou municipal). Tais sanções se submetem ao regime jurídico do Direito administrativo e tributário. A modalidade predominante é a das sanções pecuniárias, podendo atingir pessoas naturais e jurídicas. Não se exige a presença do elemento subjetivo (dolo) para a aplicação dessas sanções, salvo exceção que venha a existir expressamente em lei (CINTRA; COÊLHO, 2005, p. 157-158).

Já quanto às sanções penais tributárias, elas só podem ser aplicadas pelo Poder Judiciário, em respeito ao devido processo legal, e a competência legislativa, neste campo, só pode ser estabelecida pela União, pois somente esta, segundo a Constituição Federal, pode legislar sobre Direito Penal, área específica do ordenamento jurídico que regulará os princípios e regras aplicáveis a esses tipos de penalidades. Tais sanções estabelecem a previsão de restrição da liberdade pessoal de locomoção através de prisão, e, por isso, só são aplicáveis às pessoas naturais. O dolo é requisito essencial para a configuração do crime

tributário, e não apenas a culpa, por força da disciplina da Lei nº 8.137/1990 (CINTRA; COELHO, 2005, p. 158-159).

O legislador deve evitar a criação demasiada de ilícitos criminais tributários com suas acompanhantes sanções penais. Se é saudável combater a sonegação fiscal, por outro lado, os excessos punitivos podem levar várias pessoas a não repudiarem tanto assim o descumprimento das obrigações fiscais, mas a enxergar o Estado como arbitrário no uso da coerção pela via legislativa. Deve ser evitado o que é chamado de “terrorismo tributário”. O melhor a se fazer é aperfeiçoar cada vez mais o aparelhamento dos órgãos fiscalizadores dos tributos, o que necessariamente passa pela valorização dos servidores fazendários (CINTRA, 2004, p. 60).

Também há que se diferenciar entre multas indenizatórias e multas punitivas. As primeiras são de caráter civil e visam o ressarcimento de prejuízos sofridos pela Fazenda Pública. É o caso da multa de mora, devida quando o sujeito passivo não cumpre a obrigação tributária no prazo estipulado pela lei. Tal ato não é punível na esfera penal. Já com relação às multas de caráter punitivo, diz-se que elas podem ter caráter tanto administrativo como penal, e são decorrentes do descumprimento dos deveres instrumentais por parte do sujeito passivo da relação jurídica tributária que não colabora com a Administração Tributária. Neste caso, há o pressuposto de dolo, fraude ou simulação (HARET, 2014, p. 61).

Quanto às sanções, há que se considerar também a ideia do “risco permitido” como limite ao direito de punir. O legislador não deve eleger situações puníveis que não representem uma lesão razoável para configurar a necessidade de estabelecer punições; o perigo aqui justificador da previsão normativa sancionadora deve ser para a sociedade, não apenas para o Fisco. O risco também dependerá das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, que fornecerá os elementos para que se meça a aplicação da norma sancionadora. A presença do ilícito é condição indispensável para a aplicação da sanção; assim, não se deve desconsiderar a possibilidade de alguém ter agido de boa-fé (que é o contrário da conduta maliciosa) para os fins de tornar flexível o exercício do direito de punir, pois a realidade é que há uma complexidade tal da ordem jurídica tributária que pode acabar levando o contribuinte a equivocadamente agir em dissonância com a norma jurídica sem ter tido intenção de se beneficiar indevidamente desta ação (ANDRADE FILHO, 2003, p. 37- 38, 71).

Na área do Direito Tributário, as normas estabelecidas de sanções dão consistência ética ao princípio da legalidade e têm como função dar eficácia normativa aos princípios da

isonomia e da capacidade contributiva, além de cumprirem a tarefa de sustentar a integridade dos bens jurídicos tutelados e até mesmo dos infratores, pois a estes é dada a chance de previamente avaliar as consequências de seus atos, visto que as sanções necessitam estar previstas em lei, desfrutando assim da segurança jurídica (ANDRADE FILHO, 2003, p. 52).

Além disso, o legislador deve observar o princípio constitucional da vedação à utilização de tributo com efeito de confisco ao prever e impor sanções tributárias. A aplicação deste princípio, entretanto, só soluciona questões relativas às penalidades exageradas de caráter pecuniário, deixando de fora as sanções que limitam outros direitos fundamentais (PONTES, 2000, p. 133).

Para que se tenha um limite objetivo a fim de se verificar a observância do princípio do não confisco nos casos concretos das multas, há que se levar em consideração o critério do valor da obrigação tributária principal, teto ou valor máximo a ser admitido para a penalidade de natureza pecuniária. A multa leva em conta um percentual sobre o que já se definiu para o valor de um tributo, assim, a multa tem seu valor proporcional à capacidade contributiva do tributo anterior. Portanto, uma multa cujo valor ultrapasse o estipulado para o próprio tributo é de caráter abusivo (HARET, 2014, p. 67- 68).

A aplicação da proporcionalidade implica em bloqueio na imposição de sanções porque obriga à avaliação do grau de limites impostos às atividades do infrator e do próprio objetivo almejado com a aplicação da penalidade, que inclusive deve ser analisada partindo do ângulo de quem comete a infração. As condições peculiares do infrator da norma jurídica devem ser observadas, e a autoridade que representa a Fazenda deve impor a menor restrição possível à esfera do sujeito passivo da relação jurídica tributária (PONTES, 2000, p. 138).

Na aplicação da proporcionalidade na seara das sanções tributárias, no quesito *adequação*, é exigido que a sanção seja coerente com o fim buscado com a sua previsão e aplicação, ou seja, deve haver uma correta relação entre a medida e a finalidade, ou entre a sanção e o objetivo que a fundamenta. No requisito da *necessidade*, é preciso que se verifique o atendimento à regra da menor limitação possível ou do meio menos prejudicial em favor do sujeito passivo. É importante observar que grande parte das chamadas sanções políticas não atendem este requisito. Por fim, no aspecto da *conformidade (proporcionalidade em sentido estrito)*, o intérprete e aplicador devem analisar se o fim buscado pela regra que estabelece sanção supera o grau de limitação jurídica decorrente da imposição concreta da sanção, o que se descobre com a verificação sobre a violação ou não de outros direitos

individuais que devem ser igualmente assegurados pela ordem constitucional. Os princípios devem ser sopesados para a correta aplicação da sanção ou até para se definir pela não aplicação dela (PONTES, 2000, p. 140, 142,144).

Assim, no que toca à obrigação acessória fiscal exigida para a finalidade a que se destina, ainda que seja menos gravosa, é ainda preciso verificar se ela passa pelo critério da proporcionalidade em seu sentido estrito (ou conformidade), o que significa que a aplicação da penalidade pelo não cumprimento de uma obrigação acessória não deve chegar ao ponto de diminuir excessivamente a força de outros princípios constitucionais.

Por exemplo, as instituições beneficiadas pela imunidade também estão sujeitas à fiscalização e precisam cumprir as obrigações acessórias tributárias, ou então, podem ser sancionadas. As sanções administrativas tributárias se caracterizam por serem impostas através de ato administrativo independente de anterior manifestação judicial; a atividade administrativa referente à aplicação de tais sanções pertence ao ente competente em sentido fiscal; tal aplicação é condicionada pelo regime jurídico próprio Administrativo e Tributário; e quanto ao conteúdo, geralmente, as sanções alcançam o patrimônio do infrator (CINTRA, 2004, p. 68-69).

É que a obrigação acessória, no Direito Tributário, não segue necessariamente à obrigação principal (diferentemente do Direito Civil). E não só em casos de imunidades tributárias, mas em outras situações em que o contribuinte seja dispensado de cumprir a obrigação tributária principal, ainda poderá remanescer obrigações de caráter acessório. Por isso que parte da doutrina faz a crítica à expressão “obrigação acessória”, considerando melhor falar em “deveres instrumentais”, ainda que a primeira expressão seja a utilizada pelo legislador para aquelas obrigações que não constituem no dever de pagar tributos ou multas fiscais (KFOURI JR, 2010, p. 159-160).

As limitações ao poder de tributar são espécies do gênero limitações do Poder Público. As imunidades do artigo 150, VI, da Constituição, precisam ser interpretadas de acordo com os direitos fundamentais que lhe dão suporte valorativo. As regras negativas de competência se prestam a vincular e obrigar as pessoas políticas a adotar comportamentos omissivos que proíbem a tributação em relação a certas pessoas, bens ou situações protegidas. Inclusive vale observar que as imunidades das alíneas “a”, “b” e “d”, do dispositivo já mencionado, são incondicionadas, ou seja, não podem ser restringidas por norma infraconstitucional (NOVAES, 2011, p. 20, 28, 34, 38).

É importante ainda destacar que as sanções administrativas tributárias são informadas pelos princípios da legalidade (o que quer dizer que norma infralegal não pode estabelecer sanção tributária), do devido processo legal, do *in dubio pro reo*, da retroatividade benigna que leva à redução da pena (ROLIM; SOUTO, 2004, p. 231-232) e da proibição de sanção com efeito de confisco (MELO, 2004, p. 262).

Portanto, será adequada a sanção quando a finalidade buscada estiver coerente com o previsto na lei e aplicada concretamente. Será necessária apenas quando propugnar pela menor limitação possível, na medida estritamente necessária ao resguardo do interesse público. E será conforme à Constituição quando a sanção tributária não inviabilizar o exercício de outros direitos e garantias individuais protegidos pela mesma Constituição (PONTES, 2000, p. 140-142).

As normas constitucionais devem ser interpretadas levando em consideração o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, que implica na regra da menor restrição possível aos mesmos direitos, pois a restrição é excepcional. E quando houver a aplicação de uma sanção tributária, devem ser garantidos o devido processo legal e o contraditório, com ampla defesa, o que inclui o processo administrativo, que não foi diferenciado do judicial para os fins das garantias postas no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal (ANDRADE FILHO, 2003, p. 28, 31-32). Enfim, a interpretação jurídica não é das normas, mas por meio delas. A tarefa do hermeneuta é axiológica, logo, os princípios constitucionais não devem ser logicamente interpretados. É preciso ter uma compreensão empírico-dialética (NOGUEIRA, 2003, p. 132-133).

Ainda há que se considerar sobre as chamadas sanções indiretas ou políticas, que ocorrem nos casos em que o Estado usa meios oblíquos para forçar os contribuintes a pagar tributos, como a interdição de estabelecimento, a apreensão de mercadorias, a negativa para a impressão de notas fiscais, a cassação do cadastro de contribuintes, a exigência do pagamento de certos tributos para expedição de licenças ou alvarás, dentre outros exemplos. A nota comum é o uso de meios diversos que restrinjam direitos e dificultem as atividades do devedor do tributo para garantir o adimplemento fiscal. Assim, não é o caso de aplicação de sanção pelo descumprimento de deveres instrumentais. Tais sanções podem estar previstas na constituição, na lei ou em atos infralegais. Quando previstas constitucionalmente, não se falará em inconstitucionalidade (BIM, 2004, p. 67-69). Já quanto às previsões

infraconstitucionais, é preciso avaliar se algum princípio constitucional não é violado por uma norma legal que imponha uma sanção política.

Como o sistema jurídico brasileiro previu que o credor tributário deve manejar o processo administrativo ou judicial para a cobrança do tributo, o emprego de uma sanção política com o objetivo de evitar o caminho processual, ainda que sob o argumento da satisfação de um direito subjetivo, constitui violação do princípio do devido processo legal e representa um indevido instrumento de coação contra o sujeito passivo da relação jurídica tributária (CINTRA, 2004, p. 74).

Por fim, é possível ao poder judiciário reduzir multas que atentem contra os princípios constitucionais. O que lhe é vedado é fixar o valor com independência à sua prefixação pelo órgão administrativo. Com este critério, porém, ele pode reduzir o valor original de uma multa desarrazoada ou desproporcional (BORGES, 2004, p. 221).

4 ANÁLISE DE SITUAÇÕES PRÁTICAS

Uma penalidade só deve ser imposta para dar maior eficácia às obrigações tributárias (principais ou acessórias), e não para angariar recursos financeiros para o Fisco. A penalidade pecuniária também deve ser proporcional à gravidade da infração. Por exemplo, se o contribuinte vende mercadoria sem nota fiscal e a penalidade pela infração é o pagamento de multa no montante de 40% (quarenta por cento) do valor da operação, não haverá, em princípio, desproporcionalidade, pois quanto maior o valor da operação maior terá sido o prejuízo para o Fisco. Mas se for o caso de o contribuinte ter escriturado e pagado o imposto, ainda que tenha deixado de emitir a nota, aí a penalidade pecuniária com base em percentual sobre a operação já será desproporcional, pois punir uma infração meramente formal com penalidade calculada através de percentual, neste caso, terá natureza de um verdadeiro imposto. Viola-se, assim, o aspecto *necessidade* do princípio, pois a multa por valor fixo seria adequada e menos gravosa para o contribuinte que se mostra adimplente em relação à obrigação principal, apesar de ter descumprido com um dever instrumental. O mesmo raciocínio vale, e ainda mais, para infrações praticadas no âmbito de operações isentas, imunes, não tributadas ou já tributadas através de substituição tributária “para frente” (MACHADO SEGUNDO, 2004, p. 186-188).

Será desproporcional exigir do contribuinte do imposto predial e territorial urbano (IPTU), que apresente ao Município declaração de seus rendimentos, ou informe o valor de seus veículos, visto que tais exigências não têm relação com o pagamento do imposto e, portanto, não são adequadas. Não são poucos os municípios que, no caso dos contribuintes do imposto sobre serviços (ISS), exijam declarações até de pessoas que não são sujeitos passivos deste tributo. É inadequado também exigir que sociedades de profissionais liberais, que pagam o ISS em montante fixo, declarem ao município o valor de sua receita, visto que tal valor não tem relação com o valor que é pago do tributo. O que elas devem informar é o seu quadro societário, a quantidade de empregados e de profissionais legalmente habilitados (MACHADO SEGUNDO, 2004, p. 192-193).

Mas há exemplos em que, apesar da obrigação de caráter acessório exigida pelo Fisco ser apta para o fim a que se destina e ao mesmo tempo menos gravosa, a mesma pode não passar pelo critério do aspecto da proporcionalidade em seu sentido estrito, ou seja, quando diminuir excessivamente a força de outros princípios constitucionais fundamentais. Por exemplo, obrigações impostas por “regimes especiais de fiscalização” em que os Estados impõem a sujeitos passivos da obrigação do imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços (ICMS), que tolerem a intolerância fiscal de colocar fiscais diariamente dentro de seus estabelecimentos, realizando recolhimento diário (ao invés de mensal) deste tributo. Ou a sanção política de que o contribuinte apresente fiador para o caso de não pagamento de tributos estaduais para fins de obtenção de inscrição como tal na Secretaria da Fazenda, pois gravemente compromete a proteção do princípio constitucional da livre iniciativa (MACHADO SEGUNDO, 2004, p. 194).

Um exemplo de dever instrumental é o de que a nota fiscal aponte corretamente que o papel adquirido terá a finalidade de impressão de livros, jornais ou periódicos, já que existe papel não imune à tributação. O descumprimento desta obrigação não ensejará a perda da imunidade, mas haverá uma penalidade pecuniária por conta da potencialidade de dano no caso de eventual irregularidade do documento fiscal. Como, porém, tal potencial é baixo, a penalidade deve ter valor fixo e razoável, para não se violar o direito da entidade imune (SOUZA, 2004, p. 387).

Outro exemplo de multa por violação de obrigação acessória é aquela imposta com base no valor do tributo declarado e que pode se tornar abusiva, como a que ocorre quando uma empresa optante do Simples Nacional não apresenta Declaração Simplificada de Pessoa

Jurídica. Mesmo que tenha havido o correto recolhimento do tributo nos vencimentos, a não entrega do documento fiscal no prazo leva à multa de 2% ao mês-calendário incidente sobre o montante dos tributos e contribuições informados na Declaração, podendo chegar até 20% (!), conforme os artigos 25 e 38 da Lei Complementar nº 123/2006 (JANCZESKI, 2012, p. 35). Tal penalidade é nitidamente desproporcional.

A Receita Federal instrumentalizou o controle para utilização do papel imune, o “Registro Especial” para operar com o mesmo, instituído pela Lei nº 11.945/2009. O Estado de São Paulo instituiu o credenciamento no “RECOPI”, regulado pela Portaria CAT nº 14/2010 de sua Secretaria da Fazenda. Apesar da boa intenção de combate à evasão fiscal, tais requisitos acabam por restringir uma imunidade derivada de norma constitucional autoaplicável, e, portanto, são inconstitucionais (MORETI, 2012, p. 64-65).

Há, assim, vários casos em que as sanções políticas são consideradas inconstitucionais. Por exemplo, a apreensão de mercadorias como tática para forçar o sujeito passivo a pagar o tributo é uma medida inconstitucional porque viola o devido processo legal e a ampla defesa (que pode ser exercida na ação de execução fiscal). Não atende também à proporcionalidade quanto ao aspecto da adequação ou da idoneidade dos meios. O mesmo ocorre na exigência de adimplemento fiscal para a expedição de “habite-se” ou para registrar alteração societária na Junta Comercial. O meio empregado é desproporcional, pois não serve para promover segurança numa obra e nem a publicidade dos registros (MORETI, 2012, p. 80).

A Jurisprudência também fornece casos práticos para análise. O Supremo Tribunal Federal (STF), através do Recurso Extraordinário (RE) nº 565.048-RS, entendeu que o Estado do Rio Grande do Sul não poderia condicionar a expedição de notas fiscais à fiança, garantia real ou fidejussória, por parte do contribuinte. Tal forma de caução abusiva foi considerada sanção política caracterizada pela inconstitucionalidade, porque visava forçar o recolhimento do tributo, visto que a Fazenda Pública só autorizava a impressão do talonário de notas fiscais caso o sujeito passivo em mora prestasse a tal “caução”, o que na prática foi uma forma de inviabilizar sua atividade econômica caso assim não o fizesse².

Já no acórdão do RE nº 550.769-RJ, por maioria de votos, não se considerou como sanção política a cassação do Registro Especial de Funcionamento de indústria de cigarros para que os mesmos possam ser fabricados segundo certo código da Tabela de Incidência do

² BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 565.048/RS*. Relator: Min. Marco Aurélio de Melo. Julgamento: 29/05/2014. Publicado DJ 09/10/14. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6911989>. Acesso em: 29 jun. 2019.

Imposto sobre Produtos Industrializados (TIPI). A Secretaria da Receita Federal havia concedido o prazo de 10 dias para que a empresa procedesse à regularização fiscal, com o recolhimento de todos os débitos existentes, mesmo os que tinham exigibilidade suspensa. A legislação referente a essa exigência, o Decreto-lei nº 1.593/1977, foi considerado pela maioria como recepcionado pela Constituição de 1988, em vista das características peculiares da indústria de tabaco, que causa significativo impacto na saúde pública. O rigor da arrecadação tributária neste setor específico é justificado pelo enorme custo público com o tratamento de doenças, além de ter havido referência à alta sonegação fiscal que ocorre no setor, o que também foi utilizado como argumento para a decisão³.

Em outro caso, no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 838.302-MG, o STF confirmou o entendimento de que o valor da obrigação principal deve funcionar como limite para a norma que estabelece sanção, e, assim, uma multa que ultrapasse 100% do valor do tributo foi considerada abusiva. Só que a parte agravante havia sido multada em percentual de 50%, portanto, não logrou êxito em sua argumentação de que a sanção teria tido caráter confiscatório⁴.

Finalmente, no julgamento do Agravo Regimental ao RE nº 702.604-AM, foi confirmado o entendimento de que o tomador de serviços que deixa de exigir a apresentação de nota fiscal incorre em infração fiscal, ainda que ele usufrua da imunidade tributária, porque ele deve obedecer às obrigações acessórias (deveres instrumentais), que são estabelecidos por lei, e que, no caso concreto, foram considerados razoáveis e proporcionais⁵.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para que exista obrigação tributária, seja esta principal ou acessória, é necessária a ocorrência, no plano fático, da situação prevista em lei como hipótese de incidência tributária.

³ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 550.769/RJ*. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgamento: 22/05/2013. Publicado DJ 03/04/14. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5569814>. Acesso em: 09 jul. 2019.

⁴ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 838.302-MG/SP*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Julgamento: 25/02/14. Publicado DJ 31/03/14. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3688046>. Acesso em: 10 jul. 2019.

⁵ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 702.604/AM*. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgamento: 25/09/2012. Publicado DJ 25/10/2012. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3013966>. Acesso em: 11 jul. 2019.

Se uma obrigação acessória for violada, há previsão de penalidades, independente de se o sujeito passivo é ou não contribuinte na obrigação principal.

Se algum dever instrumental for descumprido, o sujeito passivo tem a oportunidade de usufruir do instituto da *denúncia espontânea*, que pode ser feita mesmo que não exista obrigação principal, já que os dois tipos de obrigações tributárias são independentes e uma não segue a outra. Portanto, o sujeito passivo pode se antecipar a qualquer procedimento de fiscalização e evitar o sofrimento de uma sanção tributária.

No que tange à aplicação das sanções tributárias, são importantíssimos os princípios hermenêuticos da proporcionalidade e da razoabilidade. O princípio da proporcionalidade determina, no quesito da adequação, que a sanção tenha coerência com a finalidade buscada pelo legislador (relação proporcional entre a medida e o fim), ou entre a sanção e o objetivo que a fundamenta; quanto ao aspecto da necessidade, que o atendimento à regra implique na menor limitação possível ao sujeito passivo; e quanto à conformidade, é preciso analisar se a finalidade buscada pela regra sancionadora supera o grau de limitação jurídica decorrente da imposição concreta da sanção, o que se verifica com o sopesamento dos princípios constitucionais. Já o princípio da razoabilidade significa que se deve evitar o excesso de medida que vá inutilmente restringir direitos sem aumento da eficácia administrativa.

As normas jurídicas sancionadoras dão eficácia normativa aos princípios da legalidade, da isonomia e da capacidade contributiva, além de sustentarem a integridade dos bens jurídicos tutelados e até mesmo dos infratores, pois estes recebem a chance de avaliar previamente as consequências de seus atos. Além disso, o legislador deve observar o princípio da vedação à utilização de tributo com efeito de confisco ao prever sanções tributárias, bem como o respeito ao devido processo legal e à ampla defesa.

Sobre as chamadas sanções indiretas ou políticas, é verificada a nota comum do uso de vários meios que restringem direitos e dificultam as atividades do devedor do tributo para garantir o adimplemento fiscal, ao invés de se aplicar uma sanção pelo descumprimento de deveres instrumentais. Tal constatação recomenda muita cautela do intérprete do Direito, e há diversos casos de sanções políticas contaminadas pelo vício da inconstitucionalidade, embora nem todas elas incorram nesta situação.

O poder judiciário pode realizar a redução de multas que atentem contra os princípios constitucionais, desde que o faça levando em consideração o valor originalmente fixado órgão administrativo, avaliando se tal valor foi desarrazoado ou desproporcional, e não

meramente se é um valor alto para o sujeito passivo pagar. A penalidade pecuniária deve ser proporcional à gravidade da infração. O valor da obrigação principal deve funcionar como limite para a norma que estabelece sanção, e, portanto, uma multa que venha a ultrapassar o percentual de 100% do valor do tributo é abusiva.

Também não se deve usar o valor da obrigação principal como critério para o cálculo de uma prestação pecuniária quando o sujeito passivo recolhe o tributo devido, mas comete infração fiscal por conta do descumprimento de alguma obrigação acessória. Neste caso, o valor da multa deve ser fixo, estipulado por lei, dentro do estritamente necessário para não configurar um verdadeiro adicional de tributo.

A Jurisprudência analisada neste artigo deixou evidente que não se deve usar sanções políticas com o mero intuito de forçar o recolhimento do tributo, como são os exemplos de tentar condicionar a expedição de notas fiscais à prestação de fiança, garantia real ou fidejussória, por parte do contribuinte, bem como a apreensão de mercadorias, sem que realmente tenha havido irregularidade com as mesmas (como seria no caso de entrarem no estabelecimento comercial sem nota fiscal), porque tal tipo de sanção cerceia o direito de defesa do contribuinte contra um procedimento fiscal, já que ele pode se ver obrigado a pagar o tributo por ter sua atividade arbitrariamente inviabilizada. Por outro lado, a jurisprudência do STF não considerou como sanção política a cassação de Registro Especial de Funcionamento quando há um legítimo exercício do poder de polícia ligado a questões como a de Saúde Pública, nem considerou inconstitucional que se exija do tomador de serviços a apresentação de nota fiscal sob pena de infração fiscal, ainda que ele usufrua de imunidade tributária, porque ele deve obediência às obrigações acessórias estabelecidas em lei.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique. Denúncia Espontânea da Infração. In Hugo de Brito Machado Coordenador. *Sanções administrativas tributárias*. São Paulo: Dialética, 2004.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Infrações e sanções tributárias*. São Paulo: Dialética, 2003.

BECHO, Renato Lopes. Considerações sobre a Obrigação Tributária Principal e Acessória. In Valdir de Oliveira Rocha Coordenador. *Revista Dialética de Direito Tributário nº 230*. São Paulo: Dialética, 2014.

BIM, Eduardo Fortunato. A inconstitucionalidade das sanções políticas tributárias no Estado de Direito: violação ao *substantive due process of law* (princípios da razoabilidade e da proporcionalidade). In Valdir de Oliveira Rocha Coordenador. *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. V. 8. São Paulo: Dialética, 2004.

BORGES, José Souto Maior. Relação entre tributos e direitos fundamentais. In Octavio Campos Fischer Coordenador. *Tributos e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Dialética, 2004.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 838.302-MG/SP*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Julgamento: 25/02/2014. Publicado DJ 31/03/2014. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3688046>. Acesso em: 10 jul. 2019.

_____. *Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 702.604/AM*. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgamento: 25/09/2012. Publicado DJ 25/10/2012. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3013966>. Acesso em: 11 jul. 2019.

_____. *Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 550.769/RJ*. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgamento: 22/05/2013. Publicado DJ 03/04/2014. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5569814>. Acesso em: 09 jul. 2019.

_____. *Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 565.048/RS*. Relator: Min. Marco Aurélio de Melo. Julgamento: 29/05/2014. Publicado DJ 09/10/2014. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6911989>. Acesso em: 29 jun. 2019.

CINTRA, Carlos César Sousa. Reflexões em torno das Sanções Administrativas Tributárias. In Hugo de Brito Machado Coordenador. *Sanções administrativas tributárias*. São Paulo: Dialética, 2004.

CINTRA, Carlos César Sousa; COÊLHO, Ivson. Ponderações sobre as Sanções Penais Tributárias. In Hugo de Brito Machado Coordenador. *Sanções penais tributárias*. São Paulo: Dialética; Fortaleza: ICET, 2005.

FURLAN, Anderson; SAVARIS, José Antonio. A Denúncia Espontânea da Infração no Direito Tributário Brasileiro. In Hugo de Brito Machado Coordenador. *Sanções administrativas tributárias*. São Paulo: Dialética, 2004.

HARET, Florence. Multa Tributária de Ofício, Isolada, Qualificada e Agravada – Considerações sobre Cumulação de Multas e sobre o Entendimento Jurisprudencial dos Princípios da Proporcionalidade e do Não Confisco Aplicados às Multas Tributárias. In

Valdir de Oliveira Rocha Coordenador. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 225. São Paulo: Dialética, 2014

ICHIHARA, Yoshiaki. Sanções Tributárias - Questões Sugeridas. In Hugo de Brito Machado Coordenador. *Sanções administrativas tributárias*. São Paulo: Dialética, 2004.

JANCZESKI, Célio Armando. Multas por Descumprimento de Obrigação Acessória e sua Interpretação e Aplicação segundo Princípios Constitucionais. In Valdir de Oliveira Rocha Coordenador. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 198. São Paulo: Dialética, 2012.

KFOURI JR, Anis. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. Teoria das Sanções Tributárias. In Hugo de Brito Machado Coordenador. *Sanções administrativas tributárias*. São Paulo: Dialética, 2004.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. O Razoável e o Proporcional em Matéria Tributária. In Valdir de Oliveira Rocha Coordenador. *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. V. 8. São Paulo: Dialética, 2004.

MELLO, Gustavo Miguez de. A Denúncia Espontânea da Infração. In Hugo de Brito Machado Coordenador. *Sanções administrativas tributárias*. São Paulo: Dialética, 2004.

MELO, José Eduardo Soares de. Sanções Tributárias. In Hugo de Brito Machado Coordenador. *Sanções administrativas tributárias*. São Paulo: Dialética, 2004.

MORETI, Daniel. A autoaplicabilidade da imunidade do papel destinado à impressão de livros, jornais e periódicos. In Elizabeth Nazar Carraza Coordenadora & Daniel Moreti Organizador. *Imunidades Tributárias*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

NEDER, Marcos Vinícius; LÓPEZ, Maria Teresa Martínez. *Processo administrativo fiscal federal comentado*. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2004.

NOGUEIRA, Johnson Barbosa. A imunidade tributária do livro eletrônico. In Hugo de Brito Machado Coordenador *Imunidade tributária do livro eletrônico*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NOVAES, Diogo Macedo de. *A imunidade recíproca e o fenômeno da repercussão tributária*. Brasília: Senado Federal, 2011.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Sanções Tributárias e Denúncia Espontânea. In Hugo de Brito Machado Coordenador. *Sanções administrativas tributárias*. São Paulo: Dialética, 2004.

PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade no direito tributário*. São Paulo: Dialética: 2000.

REIS, Hélcio Lafeté. A autonomia relativa da obrigação acessória em relação à obrigação tributária principal. In Valdir de Oliveira Rocha Coordenador. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 224. São Paulo: Dialética, 2014.

ROLIM, João Dácio; SOUTO, Daniela Silva de Guimarães. Sanções Administrativas Tributárias. In Hugo de Brito Machado Coordenador. *Sanções administrativas tributárias*. São Paulo: Dialética, 2004.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. [Trad. Edson Bini] Bauru, SP: EDIPRO, 2003.

SALOMÃO, Marcelo Viana. Denúncia Espontânea da Infração. In Hugo de Brito Machado Coordenador. *Sanções administrativas tributárias*. São Paulo: Dialética, 2004.

SOUZA, Ricardo Conceição. Sanções Administrativas Tributárias. In Hugo de Brito Machado Coordenador. *Sanções administrativas tributárias*. São Paulo: Dialética, 2004.

UM PANORAMA TEÓRICO SOBRE A RELAÇÃO ENTRE PRECARIZAÇÃO DO
TRABALHO E TRABALHO DECENTE, SOB O OLHAR CRÍTICO DA DIGNIDADE
HUMANA

*A THEORETICAL OVERVIEW OF LABOR PRECARIOUSNESS AND DECENT WORK,
UNDER THE CRITICAL ANALYSIS OF HUMAN DIGNITY*

Bruno dos Santos Andretta¹

Resumo: O presente artigo tem como objetivo apresentar um panorama do atual momento das relações de trabalho vividas no contexto global, sobretudo na realidade brasileira, e algumas leituras que indiquem caminhos a serem adotados como enfrentamento a esse cenário. Para tanto, o texto se desenvolve através de uma abordagem baseada no método dedutivo, com um panorama histórico da precarização das relações de trabalho, sendo essa uma realidade que coloca o sujeito que depende de seu labor em posição de cada vez maior hipossuficiência. A análise crítica é necessária, sobremaneira, pelo desprezo da dignidade humana, e, aqui, especificamente em relação ao trabalhador. Com isso, faz-se possível melhor compreender as necessárias diretrizes do Trabalho Decente e do conceito de sustentabilidade nas relações laborais contemporâneas. Quanto ao procedimento, foi utilizado o monográfico, por meio de pesquisa bibliográfica atinente à proposta do artigo.

Palavras-chave: Precarização do trabalho. Trabalho Decente. Sustentabilidade.

Abstract: This paper aims to present an overview of the current moment of labor relations lived in the global context, especially in Brazil, and some readings to confrontate this scenario. To this end, the paper develops through an approach based on the deductive method, with a historical overview of the precariousness of labor relations, which is a reality that places the subject who depends on his work in a position of increasing hypossufficiency. Critical analysis is necessary for the proper reading of the subject, marked by the contempt of human dignity. Thus, it is possible to understand the necessary guidelines of decent work and the sustainability in contemporary labor relations. Regarding the procedure, the monograph was used, through bibliographic research related to the proposal of the paper.

Keywords: Labor precariousness. Decent Work. Sustainability.

1 INTRODUÇÃO

¹ Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (PPGD-UFSM).

O atual estágio vivenciado pela humanidade é oriundo de um processo histórico que decorre de diversas mudanças na estrutura organizacional das sociedades e da economia, influenciando no modo como as relações interpessoais se desenvolvem ou, então, na maneira como os sujeitos fazem uso dos recursos naturais.

O trabalho é aspecto da vida humana que se inclui nesse processo. Seu desenvolvimento por meio da implementação das máquinas e da divisão do trabalho provocaram a perda da independência do obreiro, não mais despertando-lhe qualquer interesse na atividade laboral.

Hoje, o trabalhador pode ser considerado uma peça no funcionamento da engrenagem dos processos produtivos, através de uma nova dinâmica nas relações estabelecidas pelo capitalismo que passa a surgir com a produção em massa, a fim de otimizar custos e expandir o contingente de consumidores.

Muitas vezes, sua subsistência não se dá por meios suficientes a manter suas condições de vida, com o exercício da atividade laboral em condições que lhe permitam garantir sua subsistência, através de sua força de trabalho, de maneira digna. É fato da vida cada vez mais se faz presente no cotidiano das pessoas.

Nesse sentido, o presente artigo propõe uma reflexão crítica sobre o contexto da precarização das relações laborais, através de uma síntese acerca da evolução histórica do trabalho associada à concepção contemporânea de dignidade humana e trabalho decente – diretrizes, essas, amplamente difundidas pela Organização Internacional do Trabalho e que necessitam de efetiva aplicabilidade no atual contexto vivido globalmente.

Para tanto, o presente estudo utiliza o método de abordagem dedutivo, e dos métodos de procedimento histórico e monográfico, com análise eminentemente teórica sobre o tema.

2 O TRABALHO NO CONTEXTO DO SÉCULO XX

Alysson Leandro Mascaro (2013) expõe que o capitalismo traz, em seu âmago, uma série de singularidades que permitem enxergar o panorama de estabilidade parcial da reprodução social, enquanto meio que estrutura a "necessária" instabilidade que o capitalismo demanda para o seu funcionamento. Nesse sentido, o processo de precarização no mundo do trabalho tem sua compreensão perpassada pelos chamados modelos taylorista,

fordista e pós-fordista de produção, posto que ambos influenciaram diretamente o desenvolvimento das relações laborais e o desenvolvimento das sociedades como um todo.

Frederick Taylor foi o primeiro a implementar estratégias para o controle dos trabalhadores, por meio de estruturas organizacionais geridas burocraticamente por supervisores e gerentes – o que, proporcionou a passagem a um novo estágio na divisão do trabalho no capitalismo, garantindo a produção das mercadorias, com base no controle do tempo e do espaço dentro das fábricas, tudo por meio de mecanismos disciplinares. O sistema produtivo taylorista, afirma Mascaro, revelou-se caracterizado por uma ser demasiadamente racionalizado e indiferente nas relações de trabalho, além de estar desprovido de um modo de regulação que promovesse o estímulo a um circuito universal de consumo e ativação da produção a partir da massa de trabalhadores assalariados.

Prossegue o autor, sustentando que esse cenário se revela com bastante clareza a partir da crise de 1929, nos Estados Unidos, sendo que após esse período é que as políticas econômicas de massa emergem, através de práticas estatais intervencionistas que promovem uma economia baseada na produção em série (taylorista) de objetos de consumo massificados – o que acaba por ampliar o mercado de trabalho e consumo.

Henry Ford, por sua vez, aperfeiçoou as ideias de Taylor, porém com foco diverso: fragmentando as atividades dos trabalhadores, com a conexão entre essas atividades diferentes, exercida por trabalhadores diferentes, por meio de máquinas controladas pelos superiores que propiciam a continuidade do processo produtivo. A produção em massa, atendendo uma demanda de consumo, passa a também representar consumo em massa – com um novo sistema de reprodução da força de trabalho, novas práticas de gerência e controle da força de trabalho. Através do fordismo é que a produção padronizada de bens, em escala, se fez possível, posto que, conforme afirma Kumar (2006, p. 99), "[...] Henry Ford implantou de fato foi a flexibilidade da produção em massa, abrindo, dessa maneira, o caminho para o dinamismo tecnológico constante a adaptabilidade máxima dos métodos de produção".

Afirma, Mascaro (2013), que esse é um período que influenciou decisivamente grandes segmentos sociais, revelando-se num modelo técnico-econômico relevante no contexto global, com direta influência do taylorismo (e sua submissão da produção na fábrica à divisão de tarefas progressiva), de forma a implementar mecanismos universalizantes para um trabalho que cada vez mais não têm diferenciação. Prossegue afirmando que o fordismo

acaba, pois, se traduzindo em uma nova roupagem da própria vida em sociedade, na medida em que todos são inseridos no mercado de trabalho assalariado e de consumo e, dentro do plano ideológico, estabelece a crença de que o progresso é fruto a partir do próprio capitalismo.

A nova organização do trabalho, para Hirsch (2010), passa a reformular o mecanismo de produção da mais-valia, culminando não só no aumento da produtividade, mas, conforme referido anteriormente, também no aumento do consumo. O padrão de consumo oriundo dos assalariados acabou criando novos mercados consumidores, tornando essa circunstância ponto-chave para a valorização do capital: o modelo fordista, pois, traduz-se numa etapa decisiva da implementação histórica do capital, e, a partir disso, a sociedade se submete às relações de capital em todas as suas áreas.

Desse panorama, depreende-se que a mudança tecnológica, a automação, a busca de novos produtos e novos mercados, as fusões de empresas e a busca de novos locais onde a mão de obra era barata tornam-se medidas necessárias para as grandes corporações. Isso é o que pode se considerar como a reestruturação do capital, chamada "acumulação flexível", provocando grandes consequências para o mercado de trabalho. Isso porque, como consequência, verificou-se a desregulamentação das relações de trabalho, com aumento de desemprego e trabalho informal, e, por consequência, da precarização das condições de trabalho.

Contudo, afirma Mascaro (2013), a partir dos anos 1970 esse panorama sofre uma série de alterações significativas. Verificou-se uma tendência de diminuição da taxa de lucros nas atividades capitalistas, na medida em que o modelo fordista passava por uma crise em seu próprio funcionamento devido ao fato de que, por conta da forte presença estatal, acabava dependendo de mecanismos estruturais que visassem ao investimento, distribuição de renda e constituição de infraestrutura – o que exigia redução das taxas de lucro pelo capital.

Nesse aspecto, a relação entre capital e trabalho foi se degradando. Os Estados Unidos tiveram papel marcante nesse aspecto, com sua hegemonia surgindo em decorrência da crise do padrão monetário internacional. E, afirma Mascaro (2013), nessa mesma linha de raciocínio, que a ruptura do padrão ouro-dólar proposta pelos EUA é crucial na desestabilização do regime fordista, na medida em que representa uma nova fase na acumulação, fundamentada nas finanças, com uma nova dinâmica do dólar desestabilizando

o sistema financeiro, gerando especulação cambiária, dinâmica desenfreada do crédito monetário, inflação e estagnação da produção.

Na esteira desse raciocínio, Mascaro (2013) pondera que, aqui, o papel das empresas multinacionais acaba cada vez mais sendo expressivo na sujeição do processo produtivo à lógica da exploração do lucro, desconectando a produção e o investimento de padrões regulatórios que promovessem o crescimento econômico ou mantivessem as condições salariais e de consumo, provocando a fragilidade econômica das pessoas que, a partir de então, estavam sujeitas a condições de trabalho cada vez mais agravadas.

Sobretudo a partir dos anos 1980, o capitalismo é marcado pela ascensão do capital financeiro, fomentando a reprodução do capital em si, de forma a atingir as estruturas sociais e econômicas em suas minúcias, iniciando tal movimento a partir da produtividade do trabalho. Nesse momento se parte, então, nas palavras de Antunes (2002), para um outro cenário de reestruturação do modo de produção capitalista e, por consequência, para o mundo do trabalho: os anos 1980 presenciaram profundas transformações no mundo do trabalho (nos países de capitalismo avançado), sobretudo em relação à sua estrutura produtiva, representação sindical e política, com repercussões na subjetividade das pessoas.

O pós-fordismo (ou modelo toyotista), prossegue Antunes (2002), revela-se como uma forma de organização do trabalho que surge a partir da forma de organização do trabalho (oriunda da fábrica Toyota, no Japão), a qual teve grande expansão a partir da década de 80 por todo o globo, tanto nos países tidos como mais "avançados" bem como naqueles subordinados. É caracterizado pela produção atrelada à demanda, flexibilizada, conforme os interesses e necessidades do sujeito que adquire o produto, seguindo o chamado princípio *just in time*, com o melhor aproveitamento do tempo de produção (pelo sistema *kanban*, com placas de comando para reposição de peças e estoque – diminuindo o tempo necessário para tanto), horizontalizando o processo produtivo e transferindo a terceiros grande parte do que antes era produzido dentro da fábrica.

A transição ao modelo toyotista passa pelo aumento da produtividade do trabalho, sob a justificativa de aumento da competitividade (enquanto única saída para a sobrevivência no mercado), potencializando a ofensiva neoliberal. Mascaro (2013) desvela essa relação, pontuando que o neoliberalismo é a manifestação de um modo de regulação que, a partir dos anos 1980, passa a tomar forma de tal medida que acompanha um regime de acumulação de capitais financeiros internacionalizados, gerando um novo padrão de desenvolvimento

capitalista baseado não só na globalização (fenômeno inerente ao capitalismo), mas sim calcado em condições estruturais de acumulação e regulação nacionais/internacionais: aí está o pós-fordismo.

Nesse passo, o que se viu foi a saturação dos mercados de massa pela constante diferenciação dos produtos, já que o quesito "qualidade" passou a ser norteador do processo produtivo toyotista, por meio de turnos de trabalho mais curtos, unidades produtivas menores e mais flexíveis, através de novas tecnologias que permitem a produção flexível, conforme afirma Clarke (1991). O que se vê, como decorrência desse processo, é a alienação dos sujeitos – resultado da cada vez maior fragmentação do tecido social e do senso de coletividade da classe trabalhadora, o que permite o avanço de práticas empresariais que visem exclusivamente a maximização do lucro e, também, de políticas estatais substitutivas às garantias do chamado *Welfare State*.

Diante de todos esses aspectos, pode-se afirmar que o Estado nada mais é do que um *locus* de mediação da realidade prática da vida cotidiana (conflito capital x trabalho). O capital acaba por se reproduzir a partir de fluxos maiores do que aqueles meramente ligados à produção e ao consumo.

Dito isso, vê-se que a reestruturação do mercado de trabalho tem origem na transição das estruturas produtivas do fordismo para o pós-fordismo, bem como do intenso processo de internacionalização do capital financeiro a partir da década de 1980, provocado pela volatilidade trazida pelas transformações do chamado "mercado", que decorrem do aumento da competição, da diminuição das margens de lucro e da cada vez maior relação de subordinação dos países chamados "em desenvolvimento" em relação ao "primeiro mundo".

3 O TRABALHO NA CONTEMPORANEIDADE: PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES LABORAIS E O FALACIOSO "DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO" DECORRENTE DESSE PROCESSO

Tratando-se de fatos mais recentes, no tocante às instabilidades oriundas da economia que reverberam no campo do trabalho, não há como deixar de se mencionar a notória crise internacional de 2008, iniciada a partir da quebra do banco estadunidense Lehman Brothers, decorrente da queda da taxa de juros, de financiamentos e concessões de crédito que não

foram quitados e hipotecas de elevado risco, que gerou quedas nas bolsas de valores ao redor do mundo (inclusive no Brasil com a Bovespa).²

O que se verificou de lá para cá, segundo Baiher, Hilgemberg e Consolmagno (2014), foi uma perda do dinamismo do setor industrial, gerando desemprego tanto em setores tecnológicos quanto naqueles em que o valor agregado aos produtos é menor. Nesse mesmo sentido, sobre a crise de 2008, afirmam Silva e Neto (2014) que seus efeitos foram severos, sobretudo no que se refere à demanda por mão de obra, com destruição líquida de postos de trabalho.

O atual momento que vivemos demonstra, infelizmente, que a acumulação de capital é fato cada vez mais presente no desenrolar das relações sociais e econômicas em todo o planeta – sobretudo, na perspectiva do trabalho, quando se verifica o nível de "desenvolvimento" atingido em relação às técnicas de aumento de produtividade e eficiência, através das chamadas novas tecnologias, inclusive (vide, por exemplo, o teletrabalho). Há uma clara mudança de paradigma, na medida em que a relação de trabalho, antes simples, passa a tomar múltiplas formas em decorrência da ampla competitividade resultante do aumento da oferta de produtos e serviços no mercado, resultando, como consequência, em precarização do trabalho refletido em seus mais variados sintomas.

Todo esse processo permite vislumbrar uma trajetória, de primeiro, construção de um modelo social baseado na produção sistematizada e padronizada, mas com o suporte de um Estado garantidor de direitos sociais, para, num segundo momento, transcender a outro patamar: torna-se flagrante o total desprezo pelo trabalho e pelo emprego, em contraponto à pujança do capital financeiro que cada vez mais dita as regras do jogo. É a consumação do modelo neoliberal, que sob a perspectiva do trabalho representa, conforme afirma Jorge Luiz Souto Maior (2008, p. 437), "a linha teórica que fundamenta a globalização econômica para o fim de destruir os direitos trabalhistas e a organização da classe trabalhadora".

² Trata-se de marco da crise financeira internacional no Século XXI. Os créditos de alto risco concedidos ao comércio de imóveis, em larga escala, provocaram o surgimento de uma bolha imobiliária que "explodiu" não só na referida instituição financeira (reconhecidamente tradicional no mercado dos EUA), mas também em várias outras. Os juros para compra de imóveis nos EUA eram baixos, e não haviam muitas restrições para a concessão do crédito, provocando alta no preço dos imóveis ao mesmo tempo em que circulavam, no mercado financeiro, títulos que se lastreavam nessas hipotecas. Na medida em que os juros subiram, quem havia comprado imóveis a baixas taxas passou a enfrentar dificuldades para pagar seus financiamentos, sendo que os bancos passaram a não receber os valores ao mesmo tempo que o valor dos imóveis se depreciava: mesmo retomando os imóveis, as instituições financeiras não conseguiam cobrir o prejuízo. Os bancos centrais dos EUA (Federal Reserve) e da Europa (BCE) injetaram centenas de bilhões de dólares e euros no sistema financeiro, para cobrir tal rombo. Os reflexos se alastraram por todo o planeta, aumentando a desconfiança na economia como um todo.

A figura do Estado, conforme refere Benevides (2013), torna-se novamente ao Estado Mínimo, limitando-se à gestão da economia para tão somente criar condições favoráveis ao investimento do capital, na medida em que a atuação do neoliberalismo por meio do *laissez-faire* elimina as limitações ao lucro que decorrem do *Welfare State*.

Justamente por esse aspecto, Vólia Bomfim Cassar (2016) afirma, em obra anterior à vigência da Lei nº. 13.467/2017 inclusive, que o Brasil não é um modelo de estado com a consumação do chamado *Welfare State*, na medida em que ainda temos trabalho escravo (ou em condição análoga), exploração de trabalho infantil, condições de trabalho sub-humanas e desrespeito à legislação trabalhista, e por esse motivo o Estado deve se fazer presente, não sendo possível a privatização de direitos trabalhistas.

O contexto brasileiro é claramente identificável nesses fatores, que se traduzem em uma série de fatos hoje, infelizmente, tão palpáveis na vida cotidiana: flexibilização nos contratos laborais, surgimento do trabalhador temporário, trabalhador intermitente, trabalhador terceirizado, trabalhador subcontratado – o que provoca verdadeira precarização do trabalho, diminuição dos salários, e cada vez maior enfraquecimento dos sindicatos. Essa chamada "metamorfose" do trabalho nada mais é do que sua total degradação, que, ao fim e ao cabo, conduzirá à derrocada de todo o sistema capitalista: com a diminuição das proteções ao trabalhador e ao emprego, o impacto no sistema de geração de renda e circulação monetária é inevitável.

Dito isso, temos que a problemática atual que envolve a precarização no mundo do trabalho emerge com premente necessidade de discussão e reflexões, na medida em que bilhões de pessoas dependem exclusivamente da sua força de trabalho para sobreviver, encontrando contextos laborais de total instabilidade ou, ainda, vivendo a completa miséria na condição de desempregados ou, pior, desalentados. Bem pondera Souza (2016), ao afirmar que esse mundo é conduzido pelas ideias dominantes, disseminadas no cotidiano, formando a realidade social tal qual ela é.

Como se viu, ao longo do processo de globalização, é inevitável a constatação de que, pelo menos em alguma medida, ocorreu a diminuição das garantias, direitos e proteções, em prol de uma dita "modernização" da legislação trabalhista, sob a justificativa de otimização de lucros por parte dos empregadores visando viabilizar a operação das organizações, num contexto de crise. Trata-se de algo já absorvido pelo "sistema": como afirmam Costa e Tambellini, após três décadas de reformas estruturais de racionalização do capitalismo, pode-

se afirmar que desenvolvimento econômico não mais é sinônimo de desenvolvimento social; o trabalho precarizado não resulta da ausência de crescimento econômico, mas, sim, é algo inerente ao próprio modelo de crescimento que se impôs.

Ricardo Antunes (2018) esclarece que o planeta se encaminha para uma precarização estrutural do trabalho. Numa digressão histórica, afirma que durante os anos 1980 havia a ideia de que a expansão massiva do capital acabaria com o trabalho, sendo o homem substituído pela máquina e pelas tecnologias de informação, sendo que a já referida grave crise de 2008, em sua essência, é a crise estrutural do capital³, com diversos desdobramentos e que, ao fim, atinge a toda humanidade. Por mais que o proletariado industrial pareça estar em extinção, por força dos modelos taylorista e fordista de produção, sustenta que há movimentos contrários, sobretudo na China, Taiwan e Japão, através de operários do setor de tecnologia, incentivando movimentos grevistas e conseguindo, em alguma medida, pequenas melhorias salariais e de melhores condições de trabalho, num cenário de financeirização global, com uma nova divisão internacional do trabalho.

O mesmo pode se aplicar ao contexto brasileiro. Necessário pontuar, contudo, que as mudanças na legislação trabalhista brasileira não transcorreram sem atos de resistência. Muito embora a organização sindical esteja, hoje, em um contexto jurídico de enfraquecimento (que também se dá diante da fragmentação das relações sociais e da organização do trabalho em tempos onde a informação e comunicação fundamentam-se primordialmente no meio digital), existe também organizações no sentido de se superar as adversidades que estão postas à classe trabalhadora.

Ressalta-se a existência, hoje, de treze ações diretas de inconstitucionalidade (ainda pendentes de julgamento) questionando, perante o Supremo Tribunal Federal, o não alinhamento à CF/88 de dispositivos da Lei nº. 13.467/2017, com questões atinentes ao dano

³ Não se pretendendo esgotar a exposição e discussão teórica sobre o conceito, traz-se a exposição do autor Giovanni Alves em outro texto, à título de complementação para melhor compreensão: "[...] podemos caracterizar a crise estrutural do capital como sendo, por um lado, no plano da objetividade social, pela (1) crise de formação (produção/realização) de valor, onde a crise capitalista aparece, cada vez mais, como sendo crise de abundância exacerbada de riqueza abstrata. Entretanto, temos salientado que o caráter radical da crise estrutural do capital, diz respeito a (2) crise de (de)formação do sujeito histórico de classe instaurado pelo estado de barbárie social. A crise de (de)formação do sujeito de classe é uma determinação tendencial do processo de precarização estrutural do trabalho que, nesse caso, aparece como precarização do homem-que-trabalha.". Disponível em: <https://www.vermelho.org.br/noticia/162986-1>. Acesso em 30 jun. 2019.

moral⁴, trabalho intermitente⁵, depósitos recursais e reajuste pela poupança para créditos trabalhistas⁶, especificação no valor pedido na reclamatória⁷, jornada 12 x 36⁸, honorários sucumbenciais⁹ e não obrigatoriedade da participação do sindicato nas situações de dispensa imotivada¹⁰.

Nesse contexto, de enfraquecimento e ataque à sua razão de ser, que o sindicato deve buscar exercer papel não meramente arrecadatário, mas de efetiva conscientização de seus filiados, dos trabalhadores como um todo, no sentido de se construir a compreensão do atual momento vivido globalmente, atuando de maneira expressiva pelo equilíbrio nas negociações coletivas, preocupados com o meio ambiente do trabalho.

Prossegue, Ricardo Antunes (2018), afirmando que dentro de um novo cenário, de "escravidão digital" (na medida em que se vê trabalhos em alguma medida intermitentes, em alguma medida constantes – tudo potencializado pelas tecnologias de informação e comunicação), tem-se o aumento exponencial do proletariado de serviços. Isso, bem verdade, é a intensificação dos níveis de precarização, na medida em que o capital difunde amplamente seus mecanismos de atuação de tal forma a permitir a incorporação de novas formas de gerar excedente produtivo (sobretudo no trabalho terceirizado ou, ainda, informal).

Constata-se que a precarização do trabalho, com base no que afirma Alves (2014), demanda a necessidade de desvalorização da força de trabalho como mercadoria, no sentido de se tornar necessária à sobrevivência do sistema, baseada em dois aspectos fundamentais, quais sejam, a constituição da maquinofatura e o desenvolvimento da crise estrutural do

⁴ Sobre o tema "dano moral", julgamentos pendentes em 14 jun. 2019, conforme andamento processual das seguintes ações: ADI 5870 <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5335465>, ADI 6050 <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5612680>, ADI 6069 <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5626228>, ADI 6082 <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5640983>.

⁵ Sobre o tema "trabalho intermitente", julgamentos pendentes em 14 jun. 2019, conforme andamento processual das seguintes ações: ADI 5806 <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5303585>, ADI 5826 <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5317595>, ADI 5829 <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5319438>, ADI 5950 <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5468049>.

⁶ Sobre o tema "depósitos recursais", julgamento pendente em 14 jun. 2019, conforme andamento processual da ADI 5867 <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5335099>.

⁷ Sobre o tema "especificação do valor pedido na reclamatória", julgamento pendente em 14 jun. 2019, conforme andamento processual da ADI 6002 <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5537399>.

⁸ Sobre o tema "jornada 12 x 36", julgamento pendente em 14 jun. 2019, conforme andamento processual da ADI 5994 <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5530775>.

⁹ Sobre o tema "honorários sucumbenciais", julgamento pendente em 14 jun. 2019, conforme andamento processual da ADI 5766 <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>.

¹⁰ Sobre o tema "não obrigatoriedade da participação do sindicato nas situações de dispensa imotivada", julgamento pendente em 14 jun. 2019, conforme andamento processual da ADI 6142 <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5701599>.

capital.

A maquinofatura, afirma Alves (2014), enquanto nova forma de produção do capital, ocorre a partir do desenvolvimento da força de trabalho (manufatura) simultaneamente à técnica (grande indústria), ou seja, através da relação "homem-técnica" – notadamente a partir da revolução informática e informacional, o que culminou em uma nova forma de relação entre homem e natureza. Toda forma de produção do capital (manufatura, grande indústria ou maquinofatura) irá determinar numa forma organizacional do trabalho (o que ocorre em qualquer uma das três), alterando-se a relação tempo de vida/tempo de trabalho.

É uma reestruturação e organização da produção que, ao ser adotada pelas empresas, prima basicamente pelo aumento do lucro, através do aumento da produtividade por meio da mão de obra disponível, com a diminuição de direitos. A organização da produção através da tecnologia de produção do capital, ou necessidade de gestão conforme afirma Giovanni Alves (2014), é que atua como meio para a captura da subjetividade do trabalho vivo, disseminadas pelo toyotismo na reprodução social (onde ocorre o processo de subjetivação).

Alves (2014) também sustenta que a crise estrutural do capital (oriunda da década de 1970) inicia um marco histórico do desenvolvimento civilizatório, por meio de fenômenos sociais que compõem o capitalismo global a partir de então. A reestruturação da produção impulsionou o surgimento de inovações organizacionais e tecnológicas (na esteira do que promoveu o toyotismo), bem como a constituição do Estado neoliberal, liberalização comercial e desregulamentação financeira enquanto produto da derrota das forças políticas ligadas ao trabalho na década de 1970, consolidando-se em um período em que impera a precarização do trabalho e, ao fim, se tem a precarização existencial do homem.

Além desses aspectos, Alves (2018) sustenta que a precarização do trabalho no Século XXI é constituída pela nova precariedade salarial através do trabalho flexível, destacando que a flexibilidade da mercadoria "força de trabalho" (em outras palavras, a flexibilidade relativa à legislação e regulamentação social e sindical da mercadoria "força de trabalho" visando, portanto, diminuir o "capital variável") é o elemento estratégico desse processo. A luta social e política da classe trabalhadora ao longo desse período, continua Alves (2018), expandiu-se para o mundo do trabalho organizado, com a conquista de direitos econômicos e sociais trabalhistas, o que não se colocava em choque com o padrão de acumulação de riquezas impresso pelo capital.

O período pós-Segunda Guerra Mundial consolidou um modelo de Bem-estar Social,

o que permitiu o aumento da produtividade e da luta organizada dos trabalhadores na conquista por redução da jornada de trabalho e melhores salários, sendo que tal modelo sucumbiu a partir das últimas décadas do Século XX, com o Brasil passando por uma série de degradações em seu contexto social.

Afirma Antunes (2018) que a acumulação flexível de capital é produto da dinâmica da precarização estrutural do trabalho, culminando na depreciação de atividades laborais através de "inovações". Atividades que até então contavam com relativo "status" passam a atuar dessa forma: profissões que eram dotadas de reconhecimento social, como médicos, advogados, professores, engenheiros, entre outras, hoje se desenvolvem através do fenômeno da "pejotização"¹¹, por exemplo – tornando esses trabalhadores em "*freelancers* fixos", com total burla de direitos. Isso, naturalmente, se estende à outras atividades laborais também, como profissionais ligados ao cuidado (técnicos de enfermagem, por exemplo), além de eletricitistas, prestadores de serviço em geral. O autor também refere a situação do *home office*, que se utiliza de espaços fora da empresa.

O exemplo do *zero hour contract* é pertinente: modalidade de trabalho vigente no Reino Unido, no qual os contratos laborais não mais têm o número de horas determinado, com o trabalhador ficando à disposição do empregador no aguardo de uma chamada, recebendo somente por aquilo que produzir. Outro exemplo bastante palpável do nosso cotidiano é o fenômeno da "uberização" do trabalho, na qual pessoas dispõem de seu automóvel (ou, no caso do Brasil, com carros alugados) – gerando-lhes custo com locação do carro, imposto do veículo, seguridade social, alimentação, limpeza, etc., ficando a empresa com parcela significativa do valor pago pelo cliente do serviço.

Aqui, viu-se que a flexibilização da legislação trabalhista ocorrida durante os governos Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), decorrente desse cenário, traz em seu âmago as raízes do escravismo, em postura dotada de viés claramente autoritário e que infelizmente ainda está bastante presente em nosso meio, nos dias atuais (inclusive contando com relativo apelo em camadas da população, por mais estapafúrdio que isso possa parecer). Na década de 1990, afirma Casulo (2018), o referido governo se aproveitou da "histórica tradição" brasileira de baixos salários, combinados com ritmos de produção acelerados através de jornadas de trabalho exaustivas, o que decorre de todo um contexto oriundo do período de

¹¹ Contratação de funcionário (pessoa física) através da constituição de uma pessoa jurídica para prestação de serviços. Corriqueira prática na atualidade, visando burlar a configuração de relação de emprego para afastar o compromisso de pagamento de encargos trabalhistas e demais verbas.

ditadura militar no qual o movimento operário, por longo tempo, esteve bastante desorganizado. Já o período seguinte, sobretudo entre 2003 e 2010, foi marcado por relativa estabilidade no campo dos direitos sociais, muito por conta, também, do próspero momento econômico vivido pelo país, em que se verificou o aumento do poder de compra e, com isso, com a ascensão de camadas populares.

Mais recentemente, contudo, o que se visualiza no contexto brasileiro é a retomada das discussões que colocam o trabalhador em condição de mais agravada vulnerabilidade, bem ilustrado no que se pode chamar de "trabalhador multitarefa".¹² Um bom exemplo é o que vem ocorrendo no jornalismo, com a crise dos grandes grupos de comunicação, os quais cada vez mais demitem profissionais e sobrecarregam aqueles que lá continuam com atuações profissionais muitas vezes simultâneas em diferentes veículos, como internet, rádio e TV, impactando na qualidade da informação prestada, sobretudo no atual estágio em que vive a humanidade, em tempos onde a vida é baseada na informação e no conhecimento.¹³

Em suma, no mundo do trabalho precarizado o que se tem em profusão são os "uberizados", "pejotizados", "intermitentes" (vide Reforma Trabalhista), "flexibilizados" (através do teletrabalho) – todos eles, muitas vezes, desprovidos de qualquer consideração à sua condição humana, de um mínimo civilizatório a fim de permitir a vida com respeito à dignidade. A destruição do trabalho formal é o resultado desse processo.

Vê-se que as mutações no âmbito do trabalho estão aí demonstrando que sua estrutura está se adaptando às demandas dos tempos atuais. A postura claramente predatória na expansão da economia se reflete, além de outros campos (ambiental, financeira, alimentar), também no trabalho, gerando um efeito cascata devastador na medida em que, quanto menos postos de trabalho disponíveis, mais trabalhadores estarão dispostos a aceitar contratações sob condições degradantes.

¹² Clara influência do toyotismo, que emprega maior intensificação do trabalho sobremaneira àquele que está sem o amparo de sua entidade sindical.

¹³ Como bem afirma Jeferson Bertolini, a precarização do trabalho atinge trabalhadores de todos os segmentos econômicos, inclusive os jornalistas: jornadas de trabalho exaustivas, baixos rendimentos, instabilidade na forma de contratação do profissional multitarefa – num mercado de trabalho onde lhe é exigido a tríade polivalência (tecnológica – base do profissional multimídia, temática – aprofundando o generalismo em detrimento da especializada, e midiática – profissional que trabalha por vários meios ao mesmo tempo). Para maior aprofundamento: BERTOLINI, Jeferson. *Jornalista multimídia e multitarefa: o perfil contemporâneo do trabalho precário no jornalismo*. *Revista Interamericana de Comunicação Midiática*. v. 36, n. 31. Santa Maria: UFSM, 2016. Disponível em <https://periodicos.ufsm.br/animus/article/download/16897/pdf>. Acesso em 26 jun. 2019.

4 PELO TRABALHO DECENTE: A IMPORTÂNCIA DA DIGNIDADE HUMANA EM BUSCA DA SUSTENTABILIDADE NAS RELAÇÕES LABORAIS

Diante do que o quadro anteriormente apresenta, pode-se constatar que a hegemonia do neoliberalismo é fato presente na vida da classe trabalhadora ao redor do mundo, e não diferentemente no Brasil.

Corroborando com o exposto, Delgado (2015) expõe que tal panorama se consuma como uma hegemonia ultraliberal de destruição do emprego, com o sistema capitalista dando origem, ao longo dos anos de 1970 e 1980, a acontecimentos que fizeram despertar uma irremediável crise estrutural do trabalho e do emprego. Trata-se, continua o autor, de processo que se baseia na reestruturação empresarial (decorrente da descentralização do empreendimento capitalista e das mudanças nos sistemas de gestão empresariais e da força de trabalho), e pela concorrência advinda do capitalismo, o que gera desemprego estrutural e caos social como o que se vivencia hoje.

O atual momento de crise econômica mundial demanda que o direito do trabalho se imponha como mecanismo que possibilite conciliar minimamente as relações entre capital e trabalho dentro da realidade social: isso é o que, conforme afirma Roesler (2014), permitirá a percepção de um salário digno, com condições adequadas de trabalho em contraponto à busca por competitividade produtiva.

Não há como se falar em vida digna sem a devida tutela do trabalho e respeito ao seu valor social, tal qual preconizado na Constituição Federal de 1988 em seus Artigos 5º XIII, 6º, 7º, 8º (e demais constantes do Título VIII), e não há como se dissociar dos objetivos do Estado, sendo que, dentre esses, está o direito de viver e trabalhar dignamente.

O trabalho, como se vê, enquanto valor social, é princípio que norteia a *Carta Magna*, na medida em que deveria ser elemento fundante da ordem econômica (o que, bem sabemos, não se reflete no cotidiano da maioria dos cidadãos brasileiros). Falar em dignidade da pessoa humana significa falar em respeito, igualdade e liberdade, na medida que se tratam de elementos inerentes à nossa essência, os quais não necessitam a formalidade da lei para ter sua aplicabilidade e eficácia devidamente aferidas.

O estado moderno teve suas bases implementadas através de uma democracia representativa, com a ideia de que o homem possui direitos cuja perspectiva influenciou uma série de outras constituições vindouras: a legalidade passa a ser tomada como princípio, de

forma a balizar as ações do Estado com base em valores sociais que são inerentes à toda a população. Em tese, tem-se o Direito como regulador dos interesses dos mais necessitados, primando pela dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, José Afonso da Silva (2006) leciona que a dignidade da pessoa humana é um valor que congrega o conteúdo dos direitos fundamentais do homem, a partir do direito à vida, em seu sentido normativo-constitucional. E isso confronta justamente a "coisificação" dos sujeitos, na medida em que tal fenômeno é um dos grandes males que assolam a humanidade nos dias atuais.

A integridade do ser humano é diretamente ligada à concepção de dignidade, que por sua vez se vincula, dentro do Direito do Trabalho, à proteção do trabalhador nas relações laborais – o que depende do papel do Estado – sobretudo em tempos onde se extrai o máximo do trabalhador ao custo do seu tempo de vida. E, não há como se desvincular a concepção de construção, proteção e luta pelos direitos das classes mais desfavorecidas: dos pobres, dos socialmente vulneráveis em seus mais diferentes espectros (trabalho, saúde, condição econômica). Esses sujeitos são, sobremaneira, a grande massa que compõe a força de trabalho empregada pela classe trabalhadora – o que se vê tanto no plano interno brasileiro quanto no contexto global (e daí o cabimento da conceituação no âmbito dos direitos humanos).

Essa batalha diuturna pela proteção de direitos sociais se traduz como a grande dificuldade na efetivação dos direitos humanos em sua exequibilidade. Dentro desse panorama, impõe-se como necessário abordar a dignidade humana como base das discussões sobre o papel do trabalho, enquanto elemento intrínseco à constituição dos sujeitos.

Convivemos com inúmeras maneiras de superexploração do trabalho, muitas vezes em condições análogas à escravidão: a exclusão social dos vulneráveis, o trabalho de crianças e adolescentes, os baixos salários e as condições adversas de saúde no trabalho são questões infelizmente corriqueiras no dia a dia da classe trabalhadora brasileira. Para Druck (2011), a realidade de degradação das relações de trabalho é cada vez maior, com a emergência de um mercado laboral marcado por uma vulnerabilidade estrutural que desemboca em elevadas taxas de desemprego.

Contudo, bem se sabe que a luta pela efetivação dos direitos humanos – e consequentemente em busca da dignidade humana – vai além da filosofia e do Direito. A realidade socioeconômica que massacra a sociedade mundial em extrema desigualdade não

permite a consolidação dos direitos humanos, demandando análise mais crítica sobre a temática.

A falta de efetividade em sua aplicabilidade faz com que uma série de tratados internacionais – e até mesmo legislações internas, inclusive no âmbito do Direito Constitucional (no que diz respeito aos direitos fundamentais) – não sejam eficazes enquanto agentes supridores de reivindicações sociais, contra a maciça atuação do capital. É necessário, nesse sentido, uma reflexão crítica sobre a efetividade dos direitos humanos.

Nesse sentido, a visão de Karl Marx não se limitava à mera crítica pela crítica. A perspectiva marxista, segundo Mascaro (2016), desvincula os direitos humanos de uma tradição que se baseie meramente em conceitos e ideais, promovendo a evolução desse debate a uma outra esfera do pensamento e análise da sociedade, enquanto *praxis*: o homem abstrato é, agora, o homem concreto, longe do mero idealismo que até então era a força do pensamento filosófico alemão, e se fixa na transformação das pessoas e da sociedade.

Avançando nessa questão, Escobar (2008) sustenta que a crítica de Marx aos direitos humanos se desenvolve sob o prisma de que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão versava sobre um "modelo" do "sujeito de direitos", o "homem abstrato", e por essa razão chamado "universal", mas que se trata de um sujeito singular, o burguês, visto como egoísta. Tais reflexões se revelam como provocações, na medida em que Marx tecia uma crítica à concepção de direitos humanos enquanto resultado do contexto histórico da Revolução Francesa – como se houvesse um "padrão" de ser humano, sem disparidades entre um e outro, e que esse modelo de direitos humanos abarcaria a todos, sendo difícil imputar ao Direito um caráter de universalidade.

Logo, refletir sobre essa luta contra as tradições que historicamente se fazem cada vez mais presentes na vida das pessoas é sobremaneira necessário, na medida em que os direitos humanos eram ideologicamente preponderantes ao longo da Revolução: esses direitos pertenceriam ao homem, abstrato e universal – mas, na realidade, promoveriam sim a emergência do indivíduo egoísta do capitalismo, na reflexão de Douzinas (2009).

Essa crítica leva à ideia de que o sujeito dos direitos humanos não tem uma identidade concreta, justamente pelo fato de se encontrar em uma posição de sujeito abstrato, sem analisar suas nuances subjetivas, construídas com base em sua história e em seu contexto socioeconômico e político.

Ainda segundo Douzinas (2009), a emancipação do homem irreal (ou seja, a figura do homem abstrato) acaba por sujeitar as "pessoas reais", em sua "vida cotidiana", aos direitos da sociedade burguesa, do homem dissociado do senso comunitário. E, na sequência, o mesmo autor complementa o raciocínio, afirmando que "[...] a revolução proletária irá concretizar as aspirações dos direitos humanos ao negar não apenas sua forma moralista, mas também seu conteúdo idealista, exemplificados pelo homem abstrato e isolado" (DOUZINAS, 2009, p. 173).

A história não é uma mera sucessão linear de acontecimentos, afirma Mascaro (2016), complementando que, para Marx, a evolução da história se dá através do materialismo dialético. É justamente o estudo da vida cotidiana, da chamada *praxis*, que permite a reflexão sobre a condição dos sujeitos e a efetivação de direitos, sobretudo no contexto de supremacia do capital.

A teoria marxista não é fechada, e sugere a necessidade de articulação complexa da luta política e do seu pensamento, e isso é o mínimo necessário, para Escobar (2008), diante da leitura do pensamento de Marx: é preciso trazer a vanguarda de seu pensamento político, posto ser fundamental para a luta das massas em face do capital e das agruras advindas da globalização, tornando possível ampliar a eficácia dos direitos sociais.

Delgado (2013) expõe, com propriedade, que o universo social, econômico e cultural que permeia os Direitos Humanos passa pelo Direito do Trabalho, na medida em que tal ramo das ciências jurídicas regula a principal forma de inserção das pessoas ao sistema socioeconômico do capitalismo, imprimindo a responsabilidade de assegurar um patamar civilizado de direitos e garantias jurídicas que, caso fossem aplicadas de maneira isolada, não conseguiriam alcançar. E prossegue o autor, na esteira dessa reflexão, sustentando que a afirmação da dignidade humana envolve a conquista e afirmação da individualidade do trabalhador no meio econômico e social, considerando a diversidade das pessoas, mediante o trabalho (e o emprego), balizado juridicamente pelo Direito do Trabalho.

Em complemento a esse raciocínio, o trabalho deve se fundamentar no referencial axiológico da dignidade humana, conforme afirma Gabriela Delgado (2006), posto que é direito universal fundamental, na medida em que é a base de qualquer trabalho humano e necessita ser minimamente assegurado, à luz do que assevera a Constituição Federal de 1988. Necessário também destacar que a concepção de igualdade é que forma a adequada leitura

do Direito do Trabalho, enquanto marca da percepção de dignidade humana que deve ser intrínseca ao trabalhador, visando, com esse olhar humanístico, proteger a pessoa.

Todos esses aspectos conferem ao trabalho a inarredável característica de ser instrumento de concretização da dignidade humana, prevista na Constituição Federal de 1988 em seu Artigo 6º, posto que, pontua Roesler (2014), ao trabalhador deve ser assegurada proteção contra necessidades de ordem material, no intuito de lhe garantir uma existência digna.

Dentro desse debate, impossível não tecer algumas considerações sobre o conceito de "Trabalho Decente".¹⁴ Tal propugnação é oriunda da OIT através da Declaração sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, e tal conceito busca reafirmar direitos já previstos em outros diplomas normativos – tais como a própria Carta das Nações Unidas, Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como verificada essa preocupação, também, no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos e Culturais, com aspectos relacionados à remuneração que garanta equidade a todos os trabalhadores, existência decente para si e familiares, segurança e higiene no trabalho, descanso e lazer, direito à sindicalização e previdência social.

Nesses diplomas, verifica-se a preocupação em caracterizar o trabalho como fator da vida cotidiana que merece respaldo normativo a fim de garantir a proteção do trabalhador, no que diz respeito à justa remuneração, condições de trabalho que permitam desempenhar suas atividades sem expor sua saúde a riscos, de forma a satisfazer suas necessidades sem dispor de seu tempo de vida. Trata-se de enaltecer o progresso da sociedade, com seu desenvolvimento de maneira equânime – o que se contrapõe com as modificações legislativas recentemente implementadas.

Nas palavras de Rosenfield e Pauli (2012), o trabalho decente é aquele que tem o condão de proporcionar uma vida digna ao sujeito, através da incidência da dignidade no contrato de trabalho e nas relações de trabalho seguras e equânimes. Promover o trabalho decente é medida necessária, afirma Mattos (2015), para a efetivação do paradigma de sustentabilidade. As crises econômica, social, ambiental e política são acompanhadas por

¹⁴ A expressão "trabalho decente", nas palavras da OIT, "sintetiza a sua missão histórica de promover oportunidades para que homens e mulheres obtenham um trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humanas, sendo considerado condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável." Disponível em <https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-decente/lang-pt/index.htm>. Acesso em 29 nov. 2018.

processos que refletem a falta de dignidade humana e expõem a face adoecida do trabalho, com pessoas no desemprego, desempenhando atividades precarizadas, alheias aos direitos fundamentais e sujeitas a condições degradantes.

A concepção de trabalho decente, abarcada por esses fatores e contemplada pelos dispositivos normativos acima trazidos, traz, portanto, a ideia de dignidade enquanto necessidade, na medida em que compreende a ocupação produtiva da força de trabalho por meio de remuneração justa, aderindo-se à compreensão de direitos humanos.

O trabalho deve ser exercido em condições de liberdade e equidade, o que se reflete na criação de postos de trabalho que tenham condições no mínimo aceitáveis, com remuneração digna, com o trabalhador exercendo sua atividade de tal forma a sustentar sua autonomia e valor diante do contexto social, sendo reconhecido como protagonista, a ser meramente tutelado pelo Direito, sendo que, para Barzotto (2007), o que a OIT afirma não é só expressão útil e mercantilista, mas sim a expressão subjetiva do trabalho, sob a égide da busca pela justiça social.

É, o trabalho decente, o oposto do trabalho precarizado, debatido ao longo da presente pesquisa. Ou, novamente sob o pensamento de Rosenfield e Pauli (2012), podemos sustentar que o trabalho decente se revela como o contraponto à falta de proteção social aos trabalhadores, sendo necessário, para tanto, efetivar esse conceito: isso se dá a partir de elementos que façam do trabalho decente algo visível, juntamente com a concepção de dignidade humana (que torna o trabalho, além de apropriado e adequado, algo que dignifica a pessoa - ampliando o conceito à uma dimensão também moral do trabalhador).

Todos esses aspectos permitem concluir que a concepção de trabalho decente (intimamente ligada à dignidade humana) é elemento fundamental para a sustentabilidade¹⁵ nas relações laborais, porquanto integrante da valorização social do trabalho. Entende-se, aqui, que a sustentabilidade no campo das relações de trabalho diz respeito à sua multidimensionalidade social, econômica e jurídica-política,¹⁶ sendo, esses, aspectos que

¹⁵ O termo "sustentabilidade" é oriundo da Comissão Mundial para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, a qual estipula que "o desenvolvimento sustentável procura atender às necessidades e aspirações do presente sem comprometer a possibilidade de atendê-las no futuro. Tal exposição se dá através do relatório "Nosso Futuro Comum" (ou "Relatório Brundtland", em referência ao Secretário-Geral da ONU na época, Gro Harlem Brundtland). ONU. ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Relatório da Comissão Mundial de Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Disponível em <https://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>. Acesso em 04 jul. 2019.

¹⁶ Pontuando Juarez Freitas, em breve síntese: a dimensão social diz respeito à equidade intra e intergeracional, além de não se permitir a exclusão e subserviência dos sujeitos, devendo abranger a concepção de trabalho decente nos termos da OIT; a dimensão econômica diz respeito à emancipação econômica diante da

importam primordialmente ao desenvolvimento com a garantia de proteção aos direitos dos trabalhadores, distribuição equitativa de renda, visando reduzir as desigualdades e elemento que torna possível o desenvolvimento sustentável.

Em outras palavras: a sustentabilidade está para o desenvolvimento sustentável como o meio está para o fim,¹⁷ sendo que o meio ambiente do trabalho sustentável demanda a compreensão entrelaçada dessas dimensões. Isso é o que garantirá condições de trabalho equilibradas, sem o comprometimento da condição física e mental do obreiro, independentemente da atividade realizada, não podendo ser considerado como mero componente da cadeia de produção de capital, mero gerador de mais-valia, mas, sim, como parte do desenvolvimento social como um todo.

Necessário também referir, nesse contexto, a recente edição do Decreto 9.571/2018, que versa sobre as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos, estabelecendo obrigações do Estado no tocante à proteção dos direitos humanos dentro da atividade empresarial com o estabelecimento de mecanismos de implementação, monitoramento, avaliação e reparação à proteção da dignidade humana dentro das relações de trabalho, claramente buscando a efetivação do que se considera como sustentabilidade nas relações laborais através da criação de postos de trabalho com condições qualificadas para o trabalhador desempenhar suas atividades, de maneira produtiva mas, principalmente, primando pelo bem-estar de todos.

As questões envolvendo a concepção de dignidade humana e trabalho decente, pois, perpassam a sustentabilidade, na medida em que a exigência e compromisso por condições

reformulação de categorias e comportamentos pelas pessoas, visando a ampliação da renda através de concepções sobre produção e consumo que atendam meramente às necessidades humanas, sem culto excessivo ao dinheiro; a dimensão jurídica-política diz respeito à proteção da liberdade de cada cidadão, a fim de se evitar qualquer condição degradante e cruel à sua existência, através do papel do Estado na prevenção e precaução de danos intra e intergeracionais, primando (entre outros aspectos) pelo trabalho decente, longevidade digna e democracia. Para aprofundamento: FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: Direito ao Futuro*. 4. ed. Belo Horizonte: Forum, 2019, p. 61-81.

¹⁷ Conforme sustentam Munck e Souza: "Percebe-se que a disseminada similaridade entre sustentabilidade e desenvolvimento sustentável não se confirma pela disparidade de suas fundamentações conceituais. Mediante esse reconhecimento, os conceitos diferem. Enquanto a sustentabilidade refere-se à capacidade de manter algo em um estado contínuo, o desenvolvimento sustentável envolve processos integrativos que buscam manter o balanço dinâmico de um sistema complexo a longo prazo." MUNCK, Luciano. SOUZA, Rafael Borim. Responsabilidade social empresarial e sustentabilidade organizacional: a hierarquização de caminhos estratégicos para o desenvolvimento sustentável. *REBRAE. Revista Brasileira de Estratégia*, v. 2., n. 2. Curitiba: PUCPR, maio/agosto 2009, p. 193. Disponível em <https://periodicos.pucpr.br/index.php/REBRAE/article/download/13457/12875>. Acesso em 04 jul. 2019.

de responsabilidade social é fundamental na busca pelo meio ambiente do trabalho saudável e comprometido com a vida.

5 CONCLUSÃO

Essa caminhada, conjugando dignidade humana ao trabalho decente e sustentabilidade, talvez possa trazer novos ventos para a transformação do contexto que vivemos, através da efetiva tutela dos sujeitos, com o estabelecimento e observância de padrões éticos e cumprimento efetivo das disposições legais e normativas de proteção do trabalhador. O que vai transformar a sua qualidade de vida é a mudança de concepção sobre a vida, sobre o próximo, sobretudo no momento atual com as recentes alterações legislativas no âmbito trabalhista, que sobrecarregam o obreiro.¹⁸

O trabalho (que na acepção da palavra traz imbuída a relevância do ser humano) é elemento fundamental para o desenvolvimento da economia, de tal forma que a proteção do trabalhador é necessária até mesmo ao próprio desempenho das atividades dentro do sistema capitalista, tal qual ocorreu no modelo de Bem-estar Social. A preocupação se fundamenta no fato de que o respeito aos direitos fundamentais estampados na Constituição Federal de 1988, incluindo-se a dignidade humana, é tão relevante quanto igualmente ignorado no atual contexto vivido no Brasil.

Na medida em que o trabalho é elemento que compõe o ser humano em sua subjetividade, se justifica a reflexão crítica sobre o que representa a dignidade humana em tempos de fragante flexibilização de balizas jurídicas trabalhistas (que, em sua essência, devem ser protetivas ao trabalhador) e, em suma, precarização das relações de trabalho.

¹⁸ E, como bem se vê, não é o que ocorre no atual momento. Em recente artigo de opinião publicado no periódico *El País Brasil*, Eliane Brum discorre sobre o fenômeno do adoecimento mental das pessoas nos tempos atuais, diante do contexto brasileiro. Através de diversos relatos dados por profissionais da saúde, sobretudo ligados à saúde mental, restou claro para a autora que o momento vivido pelo cidadão brasileiro é extremamente grave e delicado, sob essa perspectiva: pessoas que perdem seu emprego, ou que veem colegas de trabalho sendo demitidos, e com isso passam a acumular funções de maneira desmedida, mentalmente sobrecarregadas e com claros sintomas de esgotamento e depressão, hoje são a regra nos consultórios de psicologia e psiquiatria. Segundo a escritora, num cenário de total retrocesso de direitos, na iminência de aprovação de uma reforma previdenciária que impedirá as pessoas de se aposentar de maneira digna, o povo está paralisado diante dessa sucessão de transformações sociais. Para melhor compreensão, vale a leitura: BRUM, Eliane. *Doente de Brasil*. *El País Brasil*, Madrid, 02 de agosto de 2019. Disponível em https://brasil.elpais.com/brasil/2019/08/01/opinion/1564661044_448590.html?fbclid=IwAR10P91c69u1GGH1qK57dF9ahJ29Kladr5KV2KsBXR61Lvzxo_KpKSz4EGc. Acesso em 12 ago. 2019.

São concepções, dignidade humana e valor social do trabalho, intimamente conectadas à sustentabilidade, na medida em que o trabalho é o vetor da produção de riqueza no capitalismo, sobretudo nos tempos atuais em que o sistema tem como norte a maximização produtiva visando o lucro. E nesse cenário, é possível afirmar que o Direito do Trabalho tem sua importância não somente quanto à proteção do obreiro, mas enquanto um direito social que vise a continuidade de um sistema capitalista através de um mínimo civilizatório. Sem trabalho (ou com trabalho precarizado), inexistente produção de riqueza, inexistente circulação de renda.

O ordenamento jurídico em sua completude deve, portanto, garantir um mínimo de condições que impeçam a insustentabilidade da produção, mas principalmente, da vida. Somente com a garantia do labor em situações dignas, com respeito ao ser humano, é que se mostra possível a realização do trabalho para, além da satisfação de suas necessidades pessoais, também se realizar enquanto ser social; o Estado, dentro de seu ordenamento jurídico bem como respeitando normas internacionais, deve primar pela proteção e efetivação desses primados, visando a valorização do trabalho e respeito aos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALVES, Giovanni. *Trabalho e Neodesenvolvimentismo: choque de capitalismo e nova degradação do trabalho no Brasil*. Bauru: Canal 6, 2014.

_____. A Nova Precariedade Salarial e o Sociometabolismo do Trabalho no Século XXI. In: CASULO, Ana Celeste; ALVES, Giovanni. *Precarização do Trabalho e Saúde Mental: O Brasil da Era Neoliberal*. Bauru: Canal 6, 2018.

ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao Trabalho?* 8ª ed. São Paulo: Cortez; UNICAMP, 2002.

_____. *O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital*. São Paulo: Boitempo, 2018.

BAIHER, Augusta Pelinski; HILGEMBERG, Cleise Maria de Almeida Tupich; CONSOLMAGNO, Bruna Maria Rodrigues. Efeito da Crise Mundial de 2008 no Mercado de Trabalho Industrial dos Estados Brasileiros. In: *Revista Economia e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 13, n. 2, p. 291-303, 2014. Disponível em www.periodicos.ufpb.br/index.php/economia/article/download/26555/14231. Acesso em 21 nov. 2018.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Direitos Humanos e trabalhadores: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os Limites do Direito Internacional do Trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BENEVIDES, Sara Costa. *Nascimento e Renascimento do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2013.

BERTOLINI, Jeferson. Jornalista multimídia e multitarefa: o perfil contemporâneo do trabalho precário no jornalismo. *Revista Interamericana de Comunicação Midiática*. v. 36, n. 31. Santa Maria: UFSM, 2016. Disponível em <https://periodicos.ufsm.br/animus/article/download/16897/pdf>. Acesso em 26 jun. 2019.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 12^a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

CLARKE, Simon. Crise do fordismo ou crise da social-democracia? *In: Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 24, p. 117-150, 1991. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451991000200007. Acesso em 12 nov. 2018.

CASULO, Ana Celeste. O Brasil e a Nova Ordem Neoliberal: impactos na saúde mental da classe trabalhadora. *In: CASULO, Ana Celeste; ALVES, Giovanni. Precarização do Trabalho e Saúde Mental: O Brasil da Era Neoliberal*. Bauru: Canal 6, 2018.

COSTA, Daniel de Oliveira. TAMBELLINI, Anamaria Testa. A visibilidade dos escondidos. *In: Physis: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 4, p. 953-968, 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/physis/v19n4/v19n4a03.pdf>. Acesso em 29 jun. 2019.

DELGADO, Gabriela. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. São Paulo: LTr, 2006, p. 206.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.

_____. *Capitalismo, Trabalho e Emprego – Entre o Paradigma da Destruição e os Caminhos da Reconstrução*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DOUZINAS, Costas. *O Fim dos Direitos Humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DRUCK, Graça. Trabalho, Precarização e Resistências. *In: Caderno CRH*, Salvador, v. 24, n. spe 01, 2011, p. 37-57. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ccrh/v24nspe1/a04v24nspe1>. Acesso em 19 mar. 2018.

ESCOBAR, Carlos. Direitos Humanos com Marx. *In: Psic. Clin.*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 2, p. 47-59, 2008. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/pc/v20n2/a04v20n2.pdf>. Acesso em 19 mar. 2018.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: Direito ao Futuro*. 4. ed. Belo Horizonte: Forum, 2019.

HIRSCH, Joachim. *Teoria materialista do Estado: processos de transformação do sistema capitalista de Estado*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

KUMAR, Krishan. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de Direito do Trabalho*. Volume II. São Paulo: LTr, 2008.

MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e Forma Política*. São Paulo: Boitempo, 2013.

_____. *Filosofia do Direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MATTOS, Michele Beutinger de. Conquistas sociais a partir da promoção do trabalho decente. *In: Revista Direitos, Trabalho e Política Social*, Cuiabá, v. 1, n. 1, jul./dez. 2015, p. 252-275, 2015. Disponível em http://www.acaointegrada.org/wp-content/uploads/2015/07/erevista-direitos-trabalho-e-politica-social_n1.pdf. Acesso em 04 jul. 2019.

MUNCK, Luciano. SOUZA, Rafael Borim. Responsabilidade social empresarial e sustentabilidade organizacional: a hierarquização de caminhos estratégicos para o desenvolvimento sustentável. *REBRAE. Revista Brasileira de Estratégia*, v. 2., n. 2. Curitiba: PUCPR, maio/agosto 2009, p. 193. Disponível em <https://periodicos.pucpr.br/index.php/REBRAE/article/download/13457/12875>. Acesso em 04 jul. 2019.

RÁO, Eduardo. O processo de modernização capitalista e suas implicações para o trabalho. *In: Anais do III Simpósio Lutas Sociais na América Latina - Trabalhadore(a)s em Movimento: constituição de um novo proletariado?* Londrina: UEL, 2008. Disponível em http://www.uel.br/grupo-pesquisa/gepal/terceirosimposio/eduardo_martins.pdf. Acesso em 12 nov. 2018.

ROELSER, Átila da Rold. *Crise Econômica, Flexibilização e Valor Social do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2014

ROSENFELD, Cinara. PAULI, Jandir. Para além da dicotomia entre trabalho decente e trabalho digno: reconhecimento e direitos humanos. *In: Caderno CRH*, Salvador, v. 25, n. 64, p. 319-329, 2012. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ccrh/v25n65/v25n65a09.pdf>. Acesso em 04 jul. 2019.

SILVA, Fábio José Ferreira; NETO, Fernando de Aquino Fonseca. Efeitos da crise financeira de 2008 sobre o desemprego nas relações metropolitanas brasileiras. *In: Nova econ.*, Belo Horizonte, v. 24, n. 2, p. 265-277, 2014. Disponível em <https://revistas.face.ufmg.br/index.php/novaeconomia/article/view/1355/1424>. Acesso em 21 nov. 2018.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2006

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 6ª ed. São Paulo: Cortez, 1999

SOUZA, Jessé. *A Torção da Inteligência Brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite*. São Paulo: Leya, 2016

1984 E O DIREITO À PRIVACIDADE: RUMO À DISTOPIA?

*1984 AND THE RIGHT TO PRIVACY: TOWARDS DYSTOPIA?*Clara Cardoso Machado Jaborandy¹;Carolina Silva Porto².

Resumo: O direito à privacidade, previsto na Constituição Federal de 1988, representa um grande avanço no período de redemocratização da República Federativa do Brasil após as mazelas provocadas pela ditadura militar. Apesar disso, o crescente avanço tecnológico impulsionado pela internet trouxe para a sociedade contemporânea, no âmbito do direito à privacidade e de suas espécies, desafios e mudanças que o ordenamento jurídico possui dificuldade em acompanhar. Assim, o objetivo do presente trabalho, a partir da perspectiva do direito e literatura, é analisar o direito à privacidade sob a ótica da obra “1984”, escrita por George Orwell e, com isso, traçar um paralelo entre a sociedade real e a sociedade distópica exposta no livro. Para tanto, será discutido o tratamento dado à privacidade pelo ordenamento jurídico e, posteriormente, explorado o conceito de sociedade de informação e os perigos que as novas tecnologias podem causar quando utilizadas sem limitação e respeito aos direitos fundamentais. Para atingir os objetivos firmados, utiliza-se de pesquisa qualitativa, com foco no método dedutivo, que é demonstrado na revisão bibliográfica de obras jurídicas, para traçar uma análise do conceito de privacidade; e indutivo, apresentado na análise do livro “1984” e na correlação traçada entre seu conteúdo e a sociedade contemporânea.

Palavras-chave: George Orwell. Internet. Literatura. Privacidade. Sociedade de Informação.

Abstract: The right to privacy, provided for in the Federal Constitution of 1988, represents a major advance in the period of redemocratization of the Federative Republic of Brazil after the ills caused by the military dictatorship. Despite this, the growing technological advancement driven by the internet has brought to contemporary society, in the context of the right to privacy and its species, challenges and changes that the legal system has difficulty in keeping up with. Thus, the objective of this work, from the perspective of law and literature, is to analyze the right to privacy from the perspective of the work “1984”, written by George Orwell and, with this, to draw a parallel between real society and dystopian society exposed in the book. Therefore, the treatment given to privacy by the legal system will be

¹ Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Público pela Uniderp. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Professora do Mestrado em Direitos Humanos da UNIT e de cursos de pós-graduação da UNIT e EJUPE. Coordenadora do grupo de pesquisa Direitos Fundamentais, Novos Direitos e Evolução Social, presente no diretório do CNPq. Advogada militante em Direito Público e Empresarial. Vice-presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/SE.

² Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes - UNIT/SE. Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes - UNIT/SE.

Artigo recebido em 04/03/2020 e aprovado para publicação em 07/12/2021.

discussed and, later, the concept of information society and the dangers that new technologies can cause when used without limitation and respect for fundamental rights will be explored. To achieve the stated objectives, qualitative research is used, with a focus on the deductive method, which is demonstrated in the literature review of legal works, to outline an analysis of the concept of privacy; and inductive, presented in the analysis of the book “1984” and in the correlation drawn between its content and contemporary society.

Keywords: George Orwell. Information society. Internet. Literature. Privacy.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, promulgada no período pós-ditatorial, reflete-se em uma nova ordem constitucional voltada ao desenvolvimento da personalidade humana e às liberdades dos indivíduos. Com esse escopo, traz em seu texto uma humanidade latente, que pode ser exemplificada com a expressa previsão da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, em seu artigo 1º, bem como em seu extenso rol de direitos e garantias fundamentais, expostos no título II.

Dentre estes direitos fundamentais, tem-se a previsão da manutenção da vida privada, no artigo 5º, X, funcionando como uma premissa para o exercício das demais garantias, ou seja, sem a privacidade constitucionalmente prevista, poderia se tornar impossível dispor de outros direitos individuais.

Com a globalização e o conseqüente crescimento da complexidade dos eixos sociais, principalmente com o avanço tecnológico e com a descoberta de suas inúmeras ameaças à vida privada – todas inovadoras para o ordenamento jurídico instaurado no final dos anos oitenta –, o conceito de privacidade trazido pela Carta Magna necessita ser ampliado, ou, até mesmo, redefinido, para que se adapte à nova realidade global e, assim, possa alcançar a máxima eficácia.

Nesse sentido, há a necessidade de estabelecer um diálogo entre o direito e outras fontes hermenêuticas, com o intuito não só de desvencilhar a noção atual de privacidade daquela trazida pelo positivismo clássico e dogmático, como também de aproximar o direito da dinâmica social vigente, evitando, assim, as armadilhas que as inovações trazidas pela evolução global possam causar, sendo esta, uma das contribuições do presente artigo à comunidade jurídica.

Isso porque, a literatura e seu movimento de renovação contínuo apresentam-se como uma abordagem que permite a reflexão crítica dos fatos jurídicos. Nessa perspectiva, o presente trabalho tem como objetivo analisar as relações existentes entre direito e literatura, no que concerne, mais especificamente, ao direito à privacidade previsto na Constituição Federal de 1988 e à realidade exposta na distopia “1984” de George Orwell.

A escolha da referida obra deve-se ao fato de o autor, no ano de 1949, ter previsto e exposto uma sociedade distópica, em que a privacidade não existe da forma que o ordenamento jurídico preconiza e os limites entre o público e o privado são mínimos, uma vez que o Estado, representado pelo “*Big Brother*”, tem olhos em todos os lugares e consegue controlar, por meio da tecnologia, até mesmo os pensamentos de seus cidadãos.

Ademais, pretende-se explorar o conceito de privacidade e da sociedade de informação dentro da atual conjuntura global e expor os perigos que as novas tecnologias podem causar, principalmente quando utilizadas por estados autoritários, como no caso da obra escolhida.

Para a concretização destes objetivos, utilizar-se-á de pesquisa qualitativa, com aplicação, não só do método dedutivo – com a revisão bibliográfica de obras jurídicas que ajudarão a traçar um conceito atualizado de privacidade –, como também do método indutivo – a partir da formatação de uma análise da obra “1984”, correlacionando os fatos narrados em seu texto, com os acontecimentos da sociedade contemporânea.

2 DIREITO E LITERATURA COMO ABORDAGEM METODOLÓGICA

O Direito, enquanto disciplina, nasceu a partir de um fundamento positivista, baseado no pensamento dogmático, que, de forma racional e inflexível, afirma que o conhecimento deve ser embasado puramente em evidências obtidas por meios cientificamente comprovados. Essa conduta findou, não só no engessamento da disciplina, mas também no distanciamento entre o Direito e o desenvolvimento natural da sociedade, tornando a disciplina inflexível e, em consequência disso, rígida e isolada de outras ciências.

A evolução social trouxe, além de inovações tecnológicas, a necessidade de romper tal inflexibilidade, uma vez que esta não é benéfica para aqueles que têm suas vidas regidas

por um ordenamento jurídico. Isto é, toda a rigidez normativa vai de encontro às mudanças, cada vez mais rápidas, que uma sociedade tecnológica é capaz de ditar.

Com isso, as Constituições e demais legislações tornam-se facilmente ultrapassadas e passam a estar em desacordo com os valores sociais dos cidadãos, afastando-se do sentido de constituição sociológica de Ferdinand Lassale, que entende uma Constituição como a soma dos fatores reais de poder da sociedade (2002, p. 17). Ao tomar por base a referida corrente, o texto constitucional deve ser um projeto em eterna construção, capazes de amoldarem-se ao tempo e às mudanças da realidade, para que, assim, se estabilizem como verdadeiros pilares das condutas sociais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 124).

Corroborando com isso a ideia de que a modificação e ampliação do rol de direitos fundamentais é constante e deriva das mudanças históricas e temporais. Direitos anteriormente considerados absolutos – como a propriedade inviolável –, com o constitucionalismo contemporâneo, são limitados, enquanto direitos que anteriormente sequer existiam, hoje ganham lugar de destaque no ordenamento jurídico (BOBBIO, 2004, p. 13).

Para quebrar o paradigma anteriormente apresentado, é necessário repensar o Direito, pondo em prática novos meios de interpretação, uma vez que não há praticidade em modificar todo o ordenamento jurídico de um Estado todas as vezes que ocorrerem mudanças significativas da coletividade. Estes recursos, devem aproximar o Direito da conjuntura social atual para que, com isso, sejam desfeitas as fronteiras clássicas e antiquadas que ainda se perpetuam (SANTOS, 2012, p. 24).

Dentro deste cenário, a literatura mostra-se como uma alternativa metodológica válida a diversificar a hermenêutica jurídica, dado o olhar disruptivo e crítico das obras, que tornam possível a abertura das barreiras convencionais de interpretação e a aproximação entre o direito positivado e a realidade vigente.

Para além dos benefícios que a interdisciplinaridade trás – visto que, ao interligar o direito e a literatura, é possível traçar questionamentos que desafiem suas conjecturas, suas noções elementares, seus parâmetros e critérios –, a afinidade entre Direito e Literatura é benéfica ao primeiro no que concerne à capacidade criadora, crítica e inovadora da segunda, que permite a quebra do sentido comum teórico em que as bases do Direito foram construídas (TRINDADE; GUBERT, 2008, p. 12).

De mais a mais, a ligação entre as produções artísticas e o Direito se faz importante em razão do afastamento de perspectivas que apenas a arte é capaz de causar. Nas palavras de Trindade e Gubert:

A obra de arte produz, mediante a imaginação, um deslocamento no olhar, cuja maior virtude está na ampliação e fusão de horizontes, de modo que tudo se passa como se, através dela, o real possibilitasse o surgimento de mundo e situações até então não pensados. (TRINDADE; GUBERT, 2008, p. 13)

Além disso, partindo do pressuposto de que não existem direitos fundamentais por natureza e tomando por base os avanços tecnológicos e a rapidez que a mudança de panorama social assume, não se torna difícil imaginar o surgimento de novas pretensões e realidades que, atualmente, seriam inconcebíveis (BOBBIO, 2004, p. 13).

Neste toar, utilizar-se da literatura como fonte de pesquisa é pôr a prova todo o sistema jurídico vigente, já que, a partir das obras literárias, conseguem-se identificar episódios que já ocorreram e ainda ocorrem no âmbito social em que se vive, bem como prever situações que ainda ocorrerão. Desafia-se, assim, a ordem imposta, propiciando uma adaptação do texto positivado a fatos que, na época de sua instituição, não poderiam ter sido, sequer, imaginados.

3 DIREITO À PRIVACIDADE: DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À DISTOPIA DE ORWELL

Os direitos humanos, apesar da proximidade semântica, diferem-se dos direitos fundamentais no que concerne à visão universalista do primeiro, que outorga direitos aos indivíduos, unicamente pela condição humana. Tais direitos, são variáveis de acordo com as condições históricas e podem ser exigíveis para além das fronteiras geográficas internacionais (BOBBIO, 2004, p. 14). Quanto aos direitos fundamentais, estes estariam inseridos dentro dos direitos humanos, porém positivados no ordenamento jurídico nacional, por meio das constituições (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 309).

Como dito anteriormente, o título II da Constituição Federal de 1988 traz em seu corpo um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, inerentes a todos os indivíduos. Dentre eles, o inciso X do artigo 5º da Carta Magna pode ser facilmente desmembrado em

duas vertentes de um mesmo direito: vida privada e direito à intimidade, alvos de estudo do presente trabalho.

A proteção empregada pela Constituição Federal de 1988 é fundamentada no regime ditatorial anterior à sua promulgação, numa clara tentativa de impedir o retrocesso de direitos e a repetição do contexto político e social da época. A ditadura militar brasileira teve como grande marco os intensos atentados às liberdades individuais, à privacidade e à intimidade, pois, até mesmo as ideologias e convicções mais íntimas do indivíduo eram perseguidas pelo Estado (GARCIA, 2018, p. 11), revelando-se numa realidade muito semelhante à exposta em distopias como “1984”.

Positivados não só na Constituição, como também na Declaração dos Direitos Humanos de 1948, sabe-se que os direitos supracitados possuem conceitos semelhantes, muitas vezes encarados como sinônimos, numa confusão natural. A dúvida em torno da definição deles é intrínseca à discussão, por conta da própria terminologia empregada pela Constituição Federal (GARCIA, 2018, p. 3), que, ao dar destaque em seu texto para a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, trazendo estas como manifestações diferentes, resguardou a privacidade como um bem maior.

3.1 DIREITO À PRIVACIDADE: CONCEITO, LIMITES E POSSIBILIDADES

Profundamente conectada às noções de individualismo, o direito à privacidade, como conhecido atualmente, surgiu em ordenamentos jurídicos tão somente ao final do século XIX, com a publicação do artigo de Samuel Warren e Louis Brandeis (1890), *The Right To Privacy*. O conceito inicial, além de romper a ideia que ligava privacidade e propriedade, envolvia essencialmente a ideia de ser deixado só, sendo traduzido, *a priori*, como o isolamento voluntário entre um indivíduo e a sociedade (DONEDA, 2006, p. 91).

A falta de complexidade em tal conceito fez com que o mesmo não mais se aplicasse às sociedades que evoluíram junto com a globalização e, portanto, nasceu a necessidade de aprofundá-lo, fazendo com que se refletisse não só no direito de permanecer sozinho, como também no pré-requisito para o exercício de todas as outras garantias e liberdades individuais (DONEDA, 2006, p. 92).

Tal aprofundamento, incidu em diversos textos constitucionais, inclusive na Constituição Federal de 1988 – a primeira no Brasil a prever a privacidade como direito (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 487) –, que, como dito anteriormente, trouxe em seu corpo não só a previsão da privacidade, expressa no texto como “vida privada”, mas também a proteção à intimidade, evidenciando a diferença entre os significados.

Embora a jurisprudência e a doutrina não tenham posicionamentos definidos sobre tais diferenças, a intimidade estaria inserida na privacidade, como uma espécie de um gênero (MENDES; BRANCO, 2016, p. 255). Esse pensamento encontra respaldo na teoria das esferas concêntricas, desenvolvida pela doutrina alemã, que representa, ilustrativamente, os diferentes âmbitos do direito à privacidade. Primeiro, no centro das esferas, estaria a intimidade, como a menor e mais reclusa; a sua volta, a esfera da vida privada, ou da privacidade propriamente dita e, em torno destas, a vida pública, ou esfera social (DONEDA, 2006, p. 91).

Dentro desse contexto, a privacidade seria o âmbito da vida em que a personalidade do indivíduo se desenvolveria e teria como objeto os relacionamentos pessoais e profissionais que o indivíduo não deseja levar à público. Além disso, a vida privada teria como particularidade básica a vontade de se manter alheio à observação de terceiros e do Estado (MENDES; BRANCO, 2016, p. 255).

No que diz respeito à intimidade, a definição a ser aplicada aprofunda-se ainda mais no direito de ser deixado só, previamente demonstrado. Trata-se, portanto, da esfera onde ocorrem os eventos pessoais (DONEDA, 2006, p. 91), relacionada ao modo de ser de cada pessoa, no campo psicológico, emocional e sexual. A intimidade, alia-se à identidade própria e a sentimentos como autoestima, confiança e segurança, sendo restrita e possuindo íntima relação com o indivíduo consigo mesmo, nos seus momentos de maior solidão e reflexão pessoal (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 490).

Trata-se, por óbvio, de um direito extremamente subjetivo e sensível, inerente à pessoa física e, em muitos casos, aplicável também à pessoa jurídica. Frente à tanta vulnerabilidade, não são poucas as formas pelas quais a privacidade pode ser violada, conforme explicam Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco:

Em estudo clássico, William Prosser⁷², nos Estados Unidos, sustentou que haveria quatro meios básicos de afrontar a privacidade: 1) intromissão na reclusão ou na

solidão do indivíduo, 2) exposição pública de fatos privados, 3) exposição do indivíduo a uma falsa percepção do público (false light), que ocorre quando a pessoa é retratada de modo inexato ou censurável, 4) apropriação do nome e da imagem da pessoa, sobretudo para fins comerciais. (MENDES; BRANCO, 2016, p. 256-257)

O constituinte então, consciente da importância que a privacidade e a intimidade representam, principalmente com relação à manutenção da democracia, não trouxe, expressamente, reservas legais a estes direitos, sendo certo que a restrição a um deles encontra amparo somente quando há a necessidade de assegurar a proteção de outros direitos ou bens fundamentais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 492).

Como todos os direitos fundamentais, a privacidade não é passível de renúncia irrestrita, mas pode ser autolimitada pelo próprio indivíduo, titular do direito, se assim lhe convir, desde que não esbarre ou limite sua dignidade (MENDES; BRANCO, 2016, p. 259). É o caso, por exemplo, dos *reality shows*, cada vez mais populares, em que pessoas, deliberadamente, escolhem por compartilhar sua vida privada em frente às câmeras.

Há também, na doutrina, a discussão acerca do consentimento tácito na invasão da privacidade e na divulgação das informações ou imagens obtidas de um indivíduo, como no caso de câmeras de segurança em locais públicos, ou outros tipos de captação de imagens em ambiente comunitário (MENDES; BRANCO, 2016, p. 258). Neste caso, verifica-se a necessidade da aplicação de proporcionalidade e análise do caso concreto, para balanceamento dos direitos potencialmente envolvidos.

Quanto ao Estado, entende-se que suas ingerências dentro do círculo privado devem ser motivadas pela supremacia do interesse público. Este interesse, primeiramente, deve ser fundamentado no que realmente é relevante para a manutenção da segurança e da saúde da sociedade. Somente a partir da constatação desta relevância, há aptidão para a violação da vida privada de um indivíduo (MENDES; BRANCO, 2016, p. 259).

A adoção de critérios tão rígidos para permissão da interferência estatal no âmbito da vida privada deve-se, como exposto anteriormente, ao histórico violento e autoritário da ditadura militar no Brasil, em que grande parte das informações obtidas pelo Estado sobrevinham de mácula à privacidade e às liberdades pessoais dos indivíduos, a partir de invasão dos domicílios, grampeamento de ligações, torturas físicas e psicológicas e tantas outras diversas formas de investigação pessoal.

Atualmente, em tempos menos sombrios, prevendo situações em que a privacidade e a intimidade seriam desrespeitadas, a Constituição, como forma de efetivar o Estado Democrático de Direito, trouxe a garantia à indenização pelo dano material e moral decorrente da violação destes direitos.

3.2 A PRIVACIDADE EM ORWELL: OS PERIGOS EXPOSTOS

Nascido na Índia, onde seu pai trabalhava para o exército britânico, Eric Arthur Blair se mudou para a Inglaterra aos oito anos de idade. Quando adulto, morou na Birmânia, atual Myanmar, em Paris – onde escreveu seu livro *Na pior em Paris e Londres*, datado de 1933 –, e, em 1937, lutou na Guerra Civil Espanhola. Além disso, passou grande parte da vida trabalhando como jornalista correspondente em diversos jornais britânicos (SOUZA, 2018, p. 26).

No ano de 1948, Eric Blair, sob o pseudônimo de George Orwell, publicou a obra que, anos depois, seria uma das distopias mais conhecidas e difundidas no mundo. Em seu texto, de forma crítica e analítica, o autor expõe relações sociais marcadas e controladas por um estado ditatorial, criando uma realidade em que todos são vigiados por um ser onisciente, onipresente e incontrolável (VIAL, 2008, p. 179).

A demonstração do posicionamento político e as denúncias às mazelas sociais e políticas são traços marcantes e comuns a todas as obras de George Orwell, que costumam misturar características das crônicas, com as de narrativas românticas. O autor, também ganhou notoriedade como escritor por *Revolução dos Bichos*, ou, no original *Animals Farm*, lançado em agosto de 1945 (SOUZA, 2018, p. 27).

Publicada no período pós-Segunda Guerra, em que o mundo polarizado traçava uma árdua batalha de ideologias, “1984” nasceu durante a queda dos regimes totalitários, como um reflexo da interpretação do autor com relação às estratégias utilizadas pelo nazismo e pelo socialismo stalinista. Trata-se de uma crítica aos estados ditatoriais, apresentada não como forma de lembrete dos tempos que passaram, mas sim como um presságio do que o mundo poderia se tornar caso a humanidade voltasse a trilhar tais caminhos (BASTOS, 2015, p. 39).

Através desta narrativa objetiva e inovadora, em “1984”, Orwell, sob o olhar de Winston, um morador de Oceania, apresenta ao expectador um estado totalitário, governado pelo Partido e liderado pela figura metafísica, ubíqua e obscura do Grande Irmão. Nesta realidade criada por Orwell, a vigilância sob a vida dos indivíduos é tanta que, em todos os lugares existem cartazes que promovem o Grande Irmão, de maneira que os personagens desconfiam, inclusive, que esses cartazes sejam capazes de vigiar a população, conforme se extrai do trecho a seguir:

Em todos os patamares, diante da porta do elevador, o pôster com o rosto enorme fitava-o da parede. Era uma dessas pinturas realizadas de modo a que os olhos o acompanhem sempre que você se move. O GRANDE IRMÃO ESTÁ DE OLHO EM VOCÊ, dizia o letreiro, embaixo. (...) Não havia lugar de destaque que não ostentasse aquele rosto de bigode negro a olhar para baixo. Na fachada da casa logo do outro lado da rua, via-se um deles. O GRANDE IRMÃO ESTÁ DE OLHO EM VOCÊ, dizia o letreiro, enquanto os olhos escuros pareciam perfurar os de Winston. (ORWELL, 2009, p. 12)

Além disso, o governo exercido pelo Partido, inspirado livremente nas diversas ditaduras que ocorreram ao longo da história, possuía como slogan “GUERRA É PAZ. LIBERDADE É ESCRAVIDÃO. IGNORÂNCIA É FORÇA” e dividia-se em quatro grandes grupos organizacionais, denominados pelo autor de ministérios: O Ministério do Amor – responsável por manter a lei e a ordem; o Ministério da Fartura – responsável pela economia; o Ministério da Paz – ironicamente responsável pelos tempos de guerra; e, por fim, o Ministério da Verdade – órgão que exercia controle sobre as notícias, educação e cultura em geral (ORWELL, 2009, p. 14).

Sabe-se que as ditaduras são definidas pela redução das liberdades individuais, por meio de vigilância constante e opressão. Desse modo, em “1984”, o Partido utilizava-se de estratégias para propagar o controle social, mantendo a sociedade sob o domínio do Grande Irmão e eliminando completamente a privacidade, a intimidade e as escolhas pessoais dos cidadãos, uma vez que não há forma de controle mais efetiva do que extrair do indivíduo todo resquício de personalidade e individualidade.

Um dos artifícios utilizados era as teletelas, aparelhos que consistem em grandes telas, semelhantes a televisões, ligadas sem interrupção nas residências, que, enquanto divulgavam estatísticas governamentais, conseguiam captar imagens e sons daqueles que residiam no ambiente (ORWELL, 2009, p. 12).

Com a utilização das teletelas, então, o Estado interferia diretamente nas residências dos indivíduos, maculando suas casas e definindo a forma como o dinheiro de cada um deveria ser gasto (ORWELL, 2009, p. 73). As correspondências eram cifradas por meio de cartões com frases prontas, e o ato sexual, bem como todas as emoções e sentimentos – inclusive os laços familiares –, era reprimido e não recomendado pelo governo, que realizava inseminações artificiais voltadas ao nascimento de crianças. Nas palavras do próprio George Orwell:

A intenção do Partido não era apenas impedir que homens e mulheres desenvolvessem laços de lealdade que eventualmente pudessem escapar de seu controle. O objetivo verdadeiro e não declarado era eliminar todo prazer do ato sexual. (...) Todos os casamentos entre membros do Partido tinham de ser aprovados por uma comissão especialmente nomeada para esse fim, e — conquanto o princípio jamais fosse exposto com clareza — a permissão era sempre recusada quando havia sinais de atração física entre o homem e a mulher em questão. O único propósito reconhecido do casamento era gerar filhos para servir ao Partido. A relação sexual devia ser encarada como uma operaçãozinha ligeiramente repulsiva, uma espécie de lavagem intestinal. Isso tampouco era dito com todas as letras, sendo antes inculcado sub-repticiamente na cabeça dos membros do Partido desde a mais tenra infância. Havia inclusive organizações que defendiam o celibato absoluto para ambos os sexos. Todas as crianças seriam geradas por inseminação artificial (semart, em Novafala) e criadas por instituições públicas. (ORWELL, 2009, p. 83-84)

A manipulação estatal incidia também na mídia, na imprensa e, até mesmo, nos fatos anteriores ao Grande Irmão. Todas as informações a que os indivíduos tinham acesso, incluindo dados oficiais de produtividade, eram distorcidas e alteradas para enaltecer o Partido, sua política e ideologia, conforme se observa no trecho a seguir.

Esse processo de alteração contínua valia não apenas para jornais como também para livros, periódicos, panfletos, cartazes, folhetos, filmes, trilhas sonoras, desenhos animados, fotos — enfim, para todo tipo de literatura ou documentação que pudesse vir a ter algum significado político ou ideológico. Dia a dia e quase minuto a minuto o passado era atualizado. Desse modo era possível comprovar com evidências documentais que todas as previsões feitas pelo Partido haviam sido acertadas; sendo que, simultaneamente, todo vestígio de notícia ou manifestação de opinião conflitante com as necessidades do momento eram eliminados. (ORWELL, 2009, p. 54)

Até mesmo os pensamentos, demonstração mais essencial de intimidade, eram controlados, por meio da chamada “Polícia das Ideias”, dedicada a substituir o inglês pela “novafala”. O dialeto, com vocabulário reduzido, tinha como principal intenção arruinar,

pouco a pouco, a capacidade de formação de pensamento racional e, até mesmo, subconsciente, já que os sonhos e a expressão corporal dos indivíduos também eram controlados. Sobre a “novafala”, expõe Orwell:

Você não vê que a verdadeira finalidade da Novafala é estreitar o âmbito do pensamento? No fim teremos tornado o pensamento-crime literalmente impossível, já que não haverá palavras para expressá-lo. Todo conceito de que pudermos necessitar será expresso por apenas uma palavra, com significado rigidamente definido, e todos os seus significados subsidiários serão eliminados e esquecidos. (...) Era terrivelmente perigoso deixar os pensamentos à solta num lugar público qualquer ou na esfera de visão de uma teletela. Qualquer coisinha podia ser sua perdição. Um tique nervoso, um olhar inconsciente de ansiedade, o hábito de falar sozinho — tudo que pudesse produzir uma impressão de anormalidade, de que tinha alguma coisa a esconder. Fosse como fosse, ostentar uma expressão inadequada no rosto (parecer incrédulo no momento em que uma vitória era anunciada, por exemplo) era em si uma infração passível de castigo. Havia inclusive uma palavra para isso em Novafala: rostocrime. (ORWELL, 2009, p. 69)

Para manter a sociedade sob controle, além da utilização das teletelas e do controle sobre a linguagem dos indivíduos, todas as memórias anteriores à grande revolução eram, de alguma forma, induzidas ao esquecimento, revelando para o leitor uma forma impensada de mácula à privacidade, em que nem mesmo as memórias dos indivíduos escapavam do acesso e da manipulação estatal. É o que demonstra o trecho que segue:

O passado, refletiu ele, não fora simplesmente alterado; na verdade fora destruído. Pois como fazer para verificar o mais óbvio dos fatos, quando o único registro de sua veracidade estava em sua memória? Tentou se lembrar do ano em que ouvira a primeira menção ao Grande Irmão. Achava que devia ter sido em algum momento dos anos 1960, mas era impossível ter certeza. Nas histórias do Partido, é evidente que o Grande Irmão aparecia como o líder e o guardião da Revolução desde seus primeiríssimos dias. (...) Às vezes, de fato, era possível apontar uma mentira específica. Não era verdade, por exemplo, que, como afirmavam os livros de história do Partido, o Partido tivesse inventado o avião. Winston se lembrava de que na sua mais tenra infância já existiam aviões. Só que era impossível provar o que quer que fosse. Nunca havia a menor prova de nada. (ORWELL, 2009, p. 48-49)

Aqueles que tentavam ir de encontro ao sistema, enfrentando o Grande Irmão, eram capturados pelo Partido e, sem qualquer julgamento ou registro, torturados e, então, “vaporizados”. Os registros de suas vidas eram apagados, tanto das documentações governamentais, quanto das lembranças dos outros indivíduos (ORWELL, 2009, p. 30).

São inúmeras as formas de mácula à privacidade, intimidade e liberdades individuais expostas no texto de George Orwell. Muitas delas, semelhantes às já praticadas por governos

autoritários reais, servem de aviso para que o passado não seja repetido. Outras, como a teletela e a constante vigilância do Grande Irmão, por exemplo, fantasiam com o avanço tecnológico e com a sociedade de informação, expondo riscos possíveis num futuro próximo, não previstos pelo conceito atual de privacidade.

4 O DIREITO À PRIVACIDADE NA ERA DIGITAL: ENTRE 1984 E O QUE ESTÁ POR VIR

Não é possível pensar em uma nova formação para o conceito de privacidade sem levar em conta as mudanças que a globalização trouxe para a sociedade, já que, imbuída da incessante transformação tecnológica e midiática, amplifica e distende ideias, culturas e modelos sociais a um nível global. Neste meio, surge o conceito de sociedade de informação, responsável por personificar um modelo de sistema global fundado na tecnologia, nos progressos científicos e na modernização (MOREIRA; RIBEIRO, 2013, p. 54).

Mais do que nos momentos históricos anteriores, surge também um maior domínio e ampliação da informação e dos meios de comunicação. A globalização, portanto, difunde e expande os métodos de sistematização da mídia informativa, de modo que a informação veiculada influencie cada vez mais no cotidiano do indivíduo, tornando-se parte essencial (DONEDA, 2006, p. 153).

Traçando um paralelo com 1984, tem-se, atualmente, uma sociedade constantemente vigiada e observada, assim como a descrita na distopia em questão. Na obra de Orwell, como exposto anteriormente, as teletelas e demais instrumentos do governo para invadir a intimidade e retirar a privacidade dos indivíduos eram impostas pela formação ditatorial que o Estado assumia e, a todo momento, os cidadãos eram lembrados da onipresença do grande irmão, com a frase “*Big Brother is watching you*”, o que tornava a privacidade uma ambição inalcançável (SCHREIBER, 2014, p. 135).

Em contrapartida, o que se vê na sociedade de informação atual diz respeito muito mais ao livre exercício da autolimitação do direito à privacidade por parte dos indivíduos, do que uma efetiva imposição estatal. O “*Big Brother*” de 1984, originou um *reality show* homônimo, em que os indivíduos, por livre e espontânea vontade, abrem mão momentaneamente de sua privacidade e vivem em uma casa monitorada enquanto outros assistem, para mero entretenimento. Além deste, centenas de atrações do gênero foram

criadas com o mesmo princípio: fornecer lazer para uma parcela da população em detrimento da autolimitação da privacidade de outros (SCHREIBER, 2014, p. 136).

Além dos *reality shows*, tem-se, como parte intrínseca da privacidade na era da sociedade de informação, as redes sociais e a exposição deliberada da própria rotina e, por conseguinte, de aspectos da vida privada e da intimidade. Tal exposição, disfarçada de compartilhamento, tem como principal objetivo atrair cada vez mais seguidores que, aqui, cumprem o papel dos expectadores.

Ademais, para além da autolimitação deliberada, a tecnologia criou formas de manter o indivíduo sob constante vigilância sem que este sequer se lembre de que está sendo observado ou, até mesmo, ache legítimo e opte pela dispensa da privacidade em prol da segurança particular, como nos casos das câmeras de segurança em edifícios públicos e privados, os monitoramentos eletrônicos e os aparelhos de localização geográfica (SCHREIBER, 2014, p. 136).

Dentro dessa perspectiva, é fácil perceber a dissonância da realidade atual para aquela em que os conceitos de privacidade anteriormente expostos foram pautados. Como prova, tem-se a impossibilidade da limitação voluntária dos direitos da personalidade e, por conseguinte, do direito à privacidade, prevista no artigo 11 do Código Civil de 2002.

Tal previsão, mesmo exposta em uma legislação considerada como atual, já foi superada pela doutrina, visto que não há qualquer impedimento com relação ao consentimento para exposição da própria imagem, desde que não sejam causadas máculas à dignidade da pessoa humana (MENDES; BRANCO, 2016, p. 259). Esse cuidado, deve-se ao fato de que a exposição excessiva tem o condão de reduzir seres humanos a simples objetos do interesse e da intromissão alheia (SCHREIBER, 2014, p. 187).

Empregado o devido zelo, a vontade do indivíduo titular do direito à privacidade não pode ser ignorada, ou a proteção empregada de forma forçosa será ilusória e criará a imposição da mesma concepção de privacidade a todos os indivíduos, transformando o direito à vida privada, em dever de privacidade (SCHREIBER, 2014, p. 186).

Ainda no Código Civil de 2002, pode-se citar, no artigo 21, a inviolabilidade da vida privada da pessoa natural. Ao tratar o assunto desta maneira, sem traçar qualquer distinção entre a vida privada e a intimidade, a exemplo do que faz a Constituição, a legislação civilista

limita sua norma e, conseqüentemente, sua efetividade (SCHREIBER, 2014, p. 186). Para Anderson Schreiber, trata-se de uma grande falha na composição do Código Civil:

Falhou, portanto, o art. 21 do Código Civil ao declarar a tão solene quanto irreal inviolabilidade da vida privada. Melhor figura faria se ocupando das múltiplas manifestações da privacidade, dos fatores relevantes para sua ponderação com outros interesses dignos de proteção, ou ainda dos instrumentos específicos a serem empregados na prevenção e solução dos conflitos mais frequentes nesse campo. (SCHREIBER, 2014, p. 145)

A partir disso, comprova-se o descompasso entre os problemas trazidos pela sociedade de informação e os conceitos jurídicos clássicos, de modo que criar normas que limitem a ação dos artefatos tecnológicos e de terceiros não é o bastante. Torna-se imprescindível a análise das potencialidades de cada uma das novas técnicas de modernização, para conectá-las ao ordenamento político-jurídico, sendo inviável manter a noção de vida privada delimitada à dicotomia de recolhimento e exposição da própria vida (RODOTÀ, 2008, p. 25).

Ou seja, não é suficiente garantir a proteção da privacidade e o sigilo de dados, históricos e informações pessoais. A discussão evolui junto com a sociedade e deixa de ter como principal foco a necessidade de preservação do segredo em torno de informações privadas e a vontade do indivíduo de ser deixado só, passando a se fixar em um pilar que se encaixa melhor na contemporaneidade: o controle que o próprio indivíduo deve exercer sobre essas informações (RODOTÀ, 2008, p. 36).

Não há forma hábil pela qual qualquer ordenamento jurídico possa prever e individualizar quais informações o cidadão está disposto a manter em segredo e quais está disposto a abrir mão. Na sociedade de informação, o indivíduo não ocupa o lugar de um mero fornecedor de dados sobre si mesmo, até porque, mesmo as informações mais inofensivas, quando somadas à outras, podem levar a sérios danos ao indivíduo, principalmente se utilizadas para interferência na intimidade (RODOTÀ, 2008, p. 36).

Neste novo panorama social, o cidadão assume o lugar de comando, tendo força para tomar decisões que vão muito além do ato de ser deixado só. Cabe ao direito, no papel de ordenamento, legitimar o controle de tais práticas de forma que o direito à privacidade seja assegurado e protegido em todas as seus níveis e espécies. Não se trata de proteger a vida privada e a intimidade do indivíduo, uma vez que este controle deve ser feito pelo próprio

titular do direito, mas defender a essência do direito à privacidade, sem permitir que este se dissolva.

A história retratada em 1984 não está tão longe da realidade atual, em que telas não só transmitem mensagens, como também podem captar nossas informações. A sensação, causada por tantas telas, de constante vigilância e de que tudo é visto e ouvido, também é compartilhada com a perspectiva distópica. A grande diferença reside, contudo, no exercício da livre vontade do indivíduo, hoje assistido por escolha própria e, quanto a isso, o livro avisa que nem sempre o Grande Irmão esteve no comando.

George Orwell não conheceu a internet como utilizamos hoje, mas, em seu texto, menciona, como responsável pela perpetuação do discurso totalitário, um sistema semelhante, capaz de manipular massivamente a opinião pública:

A invenção da imprensa, contudo, facilitara a tarefa de manipular a opinião pública, e o cinema e o rádio aprofundaram o processo. Com o desenvolvimento da televisão e o avanço técnico que possibilitou a recepção e transmissão simultâneas por intermédio do mesmo aparelho, a vida privada chegou ao fim. (ORWELL, 2009, p. 242)

A partir disso e respeitadas as diferenças, principalmente as de organização político-estatal, “1984” e George Orwell trouxeram avisos importantes ao demonstrarem os perigos do uso desequilibrado dos meios tecnológicos, inclusive daqueles responsáveis por fazer a informação circular. O texto, a partir de suas advertências, lembra constantemente ao leitor sobre o cuidado e a importância que devem ser empregados com relação aos dados pessoais e a intimidade.

Em tempos de invasão de privacidade por meio das agências governamentais e companhias de *marketing*, que colhem, analisam e registram dados e comportamento (MOREIRA; RIBEIRO, 2013, p. 20), as distopias, de modo geral, têm o papel de provocar a reflexão, expondo o que aconteceria com as liberdades, a privacidade (em todas as suas facetas) e a dignidade da pessoa humana, se os avanços tecnológicos fossem utilizados para, de fato, propagar o controle social.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, após anos de regime político autoritário e repressivo, a Constituição Federal de 1988 surgiu, trazendo como fundamentos de seu texto os ideais de igualdade e de prevalência da dignidade da pessoa humana. Além disso, criou meios de proteção aos direitos da personalidade, resguardando, desta maneira, não só a integridade física do indivíduo.

Nesse toar, o presente trabalho analisou o direito à privacidade – direito da personalidade com proteção garantida na Carta Magna, uma vez que está inserido nos direitos e garantias fundamentais –, tomando como ponto de partida a bipartição trazida pelo texto constitucional, que divide um mesmo direito em duas espécies: vida privada e intimidade.

Inicialmente, adotava-se como justo conceito de direito à privacidade, o direito de ser deixado só, a partir da doutrina desenvolvida pelos estadunidenses Samuel Warren e Louis Brandei e, embora a doutrina contemporânea ainda encontre dificuldade em definir as diferenças entre vida privada e intimidade, a teoria das esferas concêntricas, desenvolvida pela doutrina alemã, mostrava-se como uma perspectiva satisfatória para sanar a dúvida.

Entretanto, a problemática aparece quando o ordenamento jurídico enfrenta os avanços tecnológicos e a recente dinâmica criada pela sociedade de informação. O conceito de privacidade, limitado à perspectiva de estar sozinho, ou de ser protegido contra agressões de terceiros, não acompanha o ritmo social e, com isso, torna este direito da personalidade extremamente vulnerável. A vulnerabilidade do direito à privacidade, por sua vez, apresenta riscos inegáveis ao desenvolvimento da personalidade do indivíduo, à convivência em sociedade e, por fim, à manutenção das bases democráticas.

Surge, então, a necessidade de encarar o direito e suas estruturas a partir de uma abordagem criativa, capaz de prever – ou lembrar – realidades que o constituinte e a doutrina não foram capazes de imaginar. Com isso, adotando como método de pesquisa a obra “1984”, de George Orwell, a literatura se mostra como uma ferramenta benéfica ao intérprete, já que, a partir da interpretação crítica de obras literárias, é possível levantar importantes discussões sobre a sociedade e suas mazelas.

No livro, Orwell cria um estado ditatorial, muito parecido com o anterior à promulgação da Constituição Cidadã, diferindo deste apenas no que concerne ao uso exacerbado de tecnologia para exercer controle sobre a vida dos cidadãos. Trata-se, como já

dito, de um aviso, mas também de um lembrete. É preciso que não apenas o leitor do livro “1984”, mas também que o aplicador do direito, integrante do ordenamento jurídico, observe o quão delicada é a privacidade e quão importante para a manutenção do Estado Democrático de Direito é a sua preservação.

Em tempos em que os *reality shows* e a exposição em redes sociais são comuns, a exposição da vida privada – e, muitas vezes, da intimidade – torna-se pressuposto para existência e para a validação do indivíduo em sociedade. O ser humano formado na sociedade de informação é, a todo tempo, vigiado e vigilante, pelos mais diversos motivos, indo em total contrapartida aos perigos que George Orwell alertava em seu texto e ao que preconizou o constituinte quando previu o direito à vida privada em seu artigo 5º.

O direito à privacidade hoje já não se encaixa no conceito propagado pela doutrina e sofre uma limitação por parte do próprio titular, o que, *a priori*, não se revela como um problema em tempos democráticos. Ainda assim, “1984” traz um alerta quando o autor demonstra que aquela sociedade, ostensivamente manipulada pelo Partido, assim como a sociedade atual, já esteve em posse de suas liberdades, e que, em pleno exercício do controle de sua vida privada, escolheu perpetuar o discurso ditatorial.

Trata-se de uma realidade não tão distante da que a sociedade de informação vivencia hoje, principalmente com relação ao governo que ameaça a estabilidade da democracia. Por isso, é necessário amplificar ainda mais o alerta feito por Orwell e dar maior urgência à discussão. Mais do que nunca, se faz necessário valorizar a privacidade, em todas as suas espécies, e promover mudanças na interpretação dos artigos legais e adaptações legislativas, que promovam, principalmente, a regulamentação e restrição do controle estatal sobre a privacidade dos indivíduos. Não se pode esquecer que o *Big Brother is watching you*.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Athena de Oliveira Nogueira. *O direito à verdade sob a óptica da obra “1984” de George Orwell*. 2015. 69 fl. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004

BRASIL. *Código Civil. Lei 10.406 de 2002*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 20 out. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 12 out. 2019.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GARCIA, Rafael de Deus. *Os direitos à privacidade e à intimidade: Origem, distinção e dimensões*. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 34, n. 1, p. 1-26, jan./jun. 2018. Disponível em: https://www.fdsm.edu.br/mestrado/revista_artigo.php?artigo=288&volume=34.1 Acesso em: 1 out. 2019.

LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MOREIRA, Rodrigo Pereira; RIBEIRO, Rodrigo dos Santos. *A construção da privacidade na literatura: Dois clássicos naturalistas e a ficção pós-moderna de George Orwell*. In: XXII Encontro Nacional do CONPEDI, n. 22, 2013. São Paulo. *Anais...* Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 40-62.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 12 out. 2019.

ORWELL, George. *1984*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

RODOTÀ, Stefano. *A Vida na Sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANTOS, Silvana Maria Pantoja dos. *Direito e literatura: perspectiva transdisciplinar na abordagem de temas sociais e jurídicos*. Interfaces Científica – Direito. n.01, vol. 1, p. 27-34. Aracaju, out. 2012. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/index.php/direito>. Acesso em: 26 ago. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas: 2014.

SOUZA, Sáskia dos Passos de. *Distopia em 1984 de Orwell: Mecanismos sociojurídicos de controle social*. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Sergipe. São Cristóvão, 2018.

TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães, et al. (Org.). *Direito & Literatura: reflexões teóricas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VIAL, Sandra Regina Martini Vial. Direito e Literatura: uma análise a partir do texto 1984 – George Orwell. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães, et al. (Org.). *Direito & Literatura: reflexões teóricas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 179-192.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. *The Right To Privacy*. Harvard Law Review, v. 4, n. 5, dez. 1890, p. 193-220. Disponível em <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>. Acesso em 13 out. 2021.