

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1108

(Ano XIV)

(13/08/2022)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado. Delegado de Polícia PCDF/Ap.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

CAMILA ALENCAR COIMBRA: Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

QR code do Volume 1108



Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1108, (ano XIV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2022. 479 f.

Revista eletrônica Interdisciplinar com predominância na área do Direito. Obra coletiva.

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

1. Portal de conteúdo Jurídico. 2. Interdisciplinar. Direito. 3. Filosofia. Educação. 4. Outros.

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



Bem jurídico dos crimes contra a honra sob o enfoque da teoria dos atos de fala

Eduardo Luiz Santos Cabette, 09.

ARTIGOS

Proteção dos direitos das mulheres no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: sob a perspectiva de violência contra mulheres em uma visão decolonial

Maria Fumiko Sampaio Kumagai, 13.

Harmonização da Legislação Ambiental no Âmbito do Mercosul

Ana Carolina Rocha de França e Gustavo Lima do Nascimento, 28.

Sistema asiático de proteção aos direitos humanos: um estudo crítico sobre as suas principais características

Rônison Aparecido dos Santos, et all., 47.

Sistema africano de proteção aos direitos humanos

Lucas Fernandes de Moraes Vidovix, et all., 81.

A corrupção política no Brasil: os reflexos na efetivação da garantia dos direitos fundamentais e sociais

Josilaine Alexandre Polvere, 105.

A pandemia da covid-19 e os direitos dos refugiados

Paulo Robson Marta da Silva, et. All, 122.

Apontamentos acerca do Contrato Social

Leo Benjamin Fischer e Felipe Sammarco Milena, 130.

A justiça restaurativa como instrumento de resolução de conflitos sociais: um estudo sobre os seus aspectos conceituais, históricos e principiológicos

Rônison Aparecido dos Santos, et all, 151.

O Direito como subsistema funcional da sociedade moderna

Caroline Lima dos Santos, 162.

Aportes acerca da lei antimanicomial e o tratamento penal da loucura

João Guilherme Tome Prado, 171.

O princípio da vedação ao confisco com foco em concursos públicos

Jorge Henrique Sousa Frota, 183.

O efeito da lei de migração sobre o estatuto do estrangeiro: a humanização da condição jurídica do estrangeiro

Katia Gomes da Silva, et all, 212

Direito sistêmico e seus desdobramentos sob a perspectiva das constelações familiares

Rônison Aparecido dos Santos, at all, 226.

Direito de associação

Cindy Caldas Lima Silva, 239.

Adoção internacional e a nacionalidade das crianças estrangeiras adotadas no Brasil

Emellyn Luiza Fernandes Herculano e Giovanna Carvalho Nunes, 242.

A responsabilização individual perante o Tribunal Penal Internacional

Darlan Garcia de Lima, 255.

Violência obstétrica: influência na pandemia

Marina Dantas Rodrigues dos Santos, 271.

Direito sistêmico: justiça restaurativa e sua aplicação em âmbito nacional e regional

Lucas Fernandes de Moraes Vidovix, at all., 294.

A aplicação do garantismo no direito administrativo sancionador: novas perspectivas trazidas pela reforma da lei de improbidade administrativa.

Vitor Souza da Silva, 303.

Condições da ação, elementos e intervenção de terceiros.

Ney Costa Alcantara de Oliveira Filho, 321.

Do descumprimento do dever objetivo de cuidado nas relações familiares

Ana Cristina Oliveira de Mello e Isolda de Pontes Prado, 331.

A reserva do possível: o Estado pode usar como justificativa a falta de recursos financeiros para a não efetivação da implementação dos direitos fundamentais e sociais?

Ana Ligia Sulato Brancalhone, 352.

A família contemporânea: homoafetividade e poliamor

Leiziane Christina da Costa Silva, 266.

A crise econômica no Brasil e a concretização das políticas públicas constitucionais

Karine Maldonado Castrequini, 379.

Por uma epistemologia feminista decolonial

Jennifer Aline Ernesto de Oliveira, 398.

O estupro bilateral entre adolescentes menores de 14 anos e maiores de 12, considera-se fato típico?

Raiani Vitória da Silva, 411.

A retroatividade da interpretação mais gravosa e o princípio da legalidade penal

Marcos Antonio Maciel Saraiva, 420.

A (in) constitucionalidade da imposição do regime da separação de bens às pessoas com idade superior a setenta anos

Tauane Bronzelli Teixeira, 439.

Violência obstétrica: uma análise acerca da legislação que assegura os direitos das parturientes

Kalyandra Alves de Andrade, 456.

A Responsabilidade Empresarial na garantia de Direitos Humanos na Indústria Fast-Fashion

Fernanda Viana Regis e Rodrigo Alceu Guedes Ferrari, 468.

BEM JURÍDICO DOS CRIMES CONTRA A HONRA SOB O ENFOQUE DA TEORIA DOS ATOS DE FALA

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

Delegado de Polícia Aposentado, Mestre em Direito Social, Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia e Professor de Direito Penal, Processo Penal, Medicina Legal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós-graduação do Unisal.

Os crimes contra a honra (calúnia, difamação e injúria) tutelam o “conjunto de atributos morais, intelectuais e físicos de uma pessoa, que lhe conferem consideração social e estima própria”.¹

A doutrina costuma indicar uma distinção entre a honra subjetiva (relativa ao sentimento pessoal ferido com a ofensa) e a honra objetiva (relativa à imagem e a reputação social do indivíduo perante terceiros). No caso da injúria, a tutela se dirige à honra subjetiva, enquanto que na calúnia e na difamação à honra objetiva.

Não obstante essa distinção doutrinária corrente, se o estudioso parar um segundo para pensar na realidade dos fatos, independentemente da teorização abstrata, perceberá que honra subjetiva e objetiva se interligam de forma inextricável. Quando uma pessoa é injuriada, sente internamente a ofensa (honra subjetiva), mas é claro que se terceiros presenciam a cena ou ficam sabendo do fato, sua imagem fica também manchada (honra objetiva). Nos casos em que uma pessoa é caluniada ou difamada, sua honra objetiva perante terceiros é certamente atingida, mas isso não exclui o fato de que o caluniado ou difamado guarde em si um sentimento de ofensa pessoal (honra subjetiva). Pode-se afirmar, então, que, na verdade, a distinção diz respeito a uma questão de maior destaque dado à honra subjetiva ou objetiva de acordo com cada tipo penal e não a uma situação em que apenas uma das honras é atingida em cada um dos crimes. Vale lembrar que essa ênfase dada à honra subjetiva ou objetiva em cada tipo penal tem a consequência de que a Calúnia e a Difamação somente se consumam quando chegam ao conhecimento de terceiros, enquanto que a Injúria se consuma quando o ofendido toma conhecimento da

¹ ISHIDA, Válter Kenji. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 256.

ofensa. 2 A discriminação tem, portanto, uma relevância prática, mas, como bem aduzem Gueiros e Japiassú:

“Muito embora seja feita a distinção pela doutrina, ela não pode ser concebida de modo estanque e compartimentada, uma vez que os conceitos se interligam. No entanto, cada tipo penal se presta à proteção de um bem jurídico precipuamente”. 3

Estudando, ainda que brevemente, a “Teoria dos Atos de Fala” e correlacionando alguns conceitos básicos com os crimes contra a honra perpetrados oralmente ou por escrito, parece ser possível encontrar um caminho mais adequado para uma diferenciação objetiva entre as três condutas.

O ato de fala pode ser locucionário (ato de dizer uma frase), ilocucionário (ato executado na fala diretamente) e perlocucionário (provocação de um efeito posterior com o ato de fala).

Conforme esclarece Silva:

“Temos assim o ato locucionário de dizer algo, o ato ilocucionário que realiza uma ação ao ser dito e o perlocucionário quando há a intenção de provocar nos ouvintes certos efeitos”. 4

É evidente que em todos os casos de condutas contra a honra haverá atos locucionários verbais ou escritos. Não obstante, será possível observar que variarão as qualidades do ato de fala (ilocucionário ou perlocucionário) de acordo com a conduta de injúria ou calúnia e difamação.

Butler, ao abordar o tema do chamado “Discurso de Ódio”, apresenta uma pista interessante:

“O ato de fala ilocucionário é, ele próprio, o feito que dele deriva; o perlocucionário somente leva a certos efeitos que não são a mesma coisa que o ato de fala em si”. 5

2 SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. *Curso Completo de Direito Penal*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 174 – 178.

3 GUEIROS, Artur, JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. *Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 602.

4 SILVA, Josué Cândido da. *Filosofia da Linguagem (6) – Austin e Searle e os Atos de Fala*. Disponível em <https://educacao.uol.com.br/disciplinas/filosofia/filosofia-da-linguagem-6-austin-e-searle-e-os-atos-de-fala.htm> , acesso em 23.06.2022.

5 BUTLER, Judith. *Discurso de Ódio - Uma Política do Performativo*. Roberta Fabbri Viscardi. São Paulo: Unesp, 2021, p. 14.

Essa diferenciação entre os atos de fala remonta a John L. Austin, segundo o qual no “ato ilocucionário” o “dizer” é já “fazer alguma coisa”. Já nos “atos perlocucionários” os enunciados proferidos produzem, em sucessão ao ato de fala, consequências correlatas. “Dizer alguma coisa produzirá certas consequências”, mas entre o que foi dito e as consequências há uma variação temporal, de forma que as consequências não equivalem ao ato de fala, mas são seu produto ulterior.⁶

Observe-se que com esse material teórico é possível notar que no caso da injúria (ofensa ou xingamento genérico direto), estamos diante de um “ato ilocucionário”. A injúria é, em si, o ato de ofensa à honra e não precisa de mais nada para que se aperfeiçoe. Por isso se consuma com o conhecimento do ofendido, dispensando ulteriores consequências ou ciência por parte de terceiros. Já nos casos da calúnia e da difamação, a consumação criminal necessita do conhecimento por terceiros, o que significa que o ato de fala que as compõe é de natureza “perlocucionária”. Medeia entre o proferir da calúnia ou difamação uma variação temporal que se refere às consequências do ato de fala no que tange à imagem ou reputação do ofendido a ser ainda atingida. O ato de fala da calúnia ou da difamação não é, em si e por si somente, já perfeito, diversamente da injúria.

Assim sendo, conclui-se que a “Teoria dos Atos de Fala” pode apresentar um contributo razoável para a melhor compreensão da dinâmica dos crimes contra a honra e de sua relação não estanque com a tutela das honras subjetiva e objetiva. Percebendo que a injúria é ato “ilocucionário” enquanto que a calúnia e a difamação são atos “perlocucionários” resta mais clara a compreensão da tutela dos bens jurídicos e da questão da consumação dos crimes enfocados.

REFERÊNCIAS

AUSTIN, John Langshaw. *How to Do Things with Words*. Cambridge: Harvard University Press, 1962.

BUTLER, Judith. *Discurso de Ódio - Uma Política do Performativo*. Roberta Fabbri Viscardi. São Paulo: Unesp, 2021.

GUEIROS, Artur, JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. *Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2018.

ISHIDA, Válder Kenji. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2009.

⁶ AUSTIN, John Langshaw. *How to Do Things with Words*. Cambridge: Harvard University Press, 1962, p. 109.

SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. *Curso Completo de Direito Penal*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

SILVA, Josué Cândido da. Filosofia da Linguagem (6) – Austin e Searle e os Atos de Fala. Disponível em <https://educacao.uol.com.br/disciplinas/filosofia/filosofia-da-linguagem-6-austin-e-searle-e-os-atos-de-fala.htm> , acesso em 23.06.2022.

PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS MULHERES NO AMBITO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: SOB A PERSPECTIVA DE VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES EM UMA VISÃO DECOLONIAL.

MARIA FUMIKO SAMPAIO KUMAGAI:

Bacharel em Direito (2017), formada pela Fundação Armando Alvares Penteado especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e mestranda em Direito Penal pela PUC-SP.

RESUMO: Este artigo pretende examinar como a Sistema Interamericano de Direitos Humanos funciona para construir nos países membros, direitos das mulheres que pensem em todas elas, ou seja, que abranja mulheres trans e principalmente as mulheres latino americanas. Busca-se uma interseccionalidade entre mulheres, mulheres latinas, mulheres negras, indígenas e diferentes diferenças, que o olhar colonizador e patriarcal acaba ceifando os direitos. Bem como busca-se entender quais tipos de condenações fazem a real diferença na sociedade e no Estado-membro.

Palavras-chave: Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Mulheres. Direitos. Decolonialidade. Feminismo.

ABSTRACT: This article aims to examine how the Inter-American System of Human Rights builds in its member countries women's rights that reach trans and latin american women. From this analysis, we search for an intersectionality between women, latin american women, black women, indigenous women and other variations from which the patriarchy stole rights, as well as understand what kinds of convictions make a real difference in society.

Keywords: Inter-American System of Human Rights. Women. Rights. Decoloniality. Feminism.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Feminismo da Diferença e Decolonialidade. 1.1 Princípio da Igualdade. 2 Interseccionalidade decolonial. 3 Reduccionismo penal e condenações estatais. 3.1. Mudanças reais para as mulheres. 4 Caráter transformador do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Conclusão. Referências.

Introdução

Os direitos das mulheres sempre foram postas em segundo lugar dentro de uma perspectiva global. Sendo assim, a busca por direitos não se iniciou com feminismo mas se

fortaleceu com ele, o mesmo ocorre com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que a cada dia, auxilia no fortalecimento e na busca da defesa pelos direitos de gênero.

O feminismo da diferença e o feminismo decolonial auxiliam na desconstrução do que esse movimento se trata, buscando englobar o máximo possível mulheres com diferentes diferenças. O feminismo da diferença pretende dar voz a mulheres que foram silenciadas por não se enquadrarem no padrão biológico, bem como o decolonial que dá voz para mulheres radicalizadas e que foram colonizadas.

A interseccionalidade é ponto chave para entender e unir esses dois movimentos feminista, principalmente se tratando da decolonialidade, pois quando falamos em América Latina, é impossível não falar de colonização, e como ela foi prejudicial para os povos originários. Ainda hoje há resquícios colonizadores no tratamento de diferentes povos dentro da América Latina.

Diante da falta de atitudes de estados membros com sua população, por consequência do colonialismo, é necessário que medidas sejam tomadas para equilibrar o que foi feito ao longo de tantos anos. Assim sendo, a melhor forma não é por meio do direito penal, e sim por meio de um direito restaurativo que busca implementar nos Estados direitos que foram cerceados por estes.

Por fim, o caráter transformador do Sistema Interamericano Direitos Humanos é o que traduz a busca pelos direitos que foram violados pelos estados membros, pois se busca um efeito a longo prazo para aquela comunidade. A educação torna-se a base para que se conseguir modificar aquilo que hoje está posto.

1. Feminismo da Diferença e Decolonialidade

Ao tratar da proteção dos direitos das mulheres, é essencial tratar de feminismo, movimento que busca defender e dar direitos as mulheres, sem que haja uma discriminação de gênero. Não necessariamente se busca uma igualdade, pois dentro da classificação binária, homens e mulheres jamais serão iguais, apesar de tentar igualar direitos econômicos, políticos e sociais.

Por ser um movimento, o feminismo engloba inúmeras vertentes que foram sendo construídas ao longo dos anos, desde que foi criado como movimento de mulheres. No entanto, hoje muito se fala do feminismo da diferença e do feminismo decolonial, ambos serão utilizados no trabalho, pois são os que melhor interseccionam com a multiplicidade do continente Americano.

O feminismo da diferença amplifica o significado de mulher, não se limitando ao binarismo e criticando o igualitarismo (teoria que defende a igualdade entre homens e mulheres). Luce Irigaray e Teresa de Lauretis são expoentes dessa corrente. Para a primeira, e homens e mulheres são diferentes, não podendo ser igualados, podendo gerar, como consequência, a extinção da espécie, pois biologicamente são distintos (IRIGARAY, 1992, pp. 9-11 e 13). Já para a segunda, o sexo é uma construção social. Assim sendo, o reconhecimento do que é, e quem é mulher, deve partir de outra mulher, pois só uma pode “validar” a outra (LAURETIS, 2000, pp. 111 e 112).

Já o feminismo decolonial, ele “...investe em contraepistemologias situadas para enfrentar o império cognitivo europeu e norte-americano.” (HOLLANDA, 2020, p. 14). Visa dar voz às mulheres “periféricas”, no caso em questão, latinas, bem como defender quais são os direitos que lhes são essenciais, diferente das mulheres brancas, que não tem as mesmas vivências e utilizam de suas vozes para silenciar e usar de objeto de estudo tais mulheres. Chandra Mohanty explicita bem em seu texto (2020, pp. 15 e 16):

Entretanto, quero chamar atenção aqui tanto para o potencial explanatório de estratégias analíticas particulares de tais estudos quanto para seu efeito político no contexto da hegemonia da produção acadêmica ocidental. Enquanto a escrita feminista nos Estados Unidos ainda é marginalizada (exceto da perspectiva das mulheres de cor, que apontam o privilégio das feministas brancas), a escrita feminista ocidental sobre mulheres do Terceiro Mundo deve ser considerada no contexto da hegemonia global da produção acadêmica ocidental – isto é, produção, publicação, distribuição e consumo de informação e ideias.

Tais correntes se interseccionam, visto que é na América Latina, que países adotam o Sistema Interamericano e se submetem à Corte. Dessa maneira, se defende um feminismo decolonial e que proteja amplamente todos os tipos de mulheres.

Visto que o feminismo como movimento, apresenta quatro ondas, como momentos marcantes para sua história, a terceira onda, e uma das mais recentes, trás a interseccionalidade, ou seja, uma mulher muitas vezes apresenta mais de uma opressão, como por exemplo, ser mulher e negra, assim, ela sofre por ser mulher e por ser negra. Desse modo, a interseccionalidade representa melhor essas mulheres, englobando suas

diferentes diferenças. Audre Lorde como mulher negra e lésbica defende que não há opressão que se sobrepõe (2019, p. 235):

Por estar em todos esses grupos, aprendi que a opressão e a intolerância com o diferente existem em diversas formas, tamanhos, cores e sexualidades; e que, dentre aqueles de nós que têm o mesmo objetivo de libertação e de um futuro possível para as nossas crianças, não pode existir uma hierarquia de opressão.

Ao tratar do Sistema Interamericano, a visão euro-americana oprime não apenas mulheres negras, mas também latino-americanas. No entanto a colonialidade não é tão simples, ela tem como um dos seus eixos, o poder, posto por María Lugones (2020, p. 64):

Desse modo, “colonialidade” não se refere apenas à classificação racial. Ela é um fenômeno mais amplo, um dos eixos do sistema de poder e, como tal, atravessa o controle do acesso ao sexo, a autoridade coletiva, o trabalho e a subjetividade/intersubjetividade, e atravessa também a produção de conhecimento a partir do próprio interior dessas relações intersubjetivas. Ou seja, toda forma de controle do sexo, da subjetividade, da autoridade e do trabalho existe em conexão com a colonialidade.

Como tratado como explicitado por Maria Lugones a colonialidade está relacionado com o controle. Estruturalmente esse controle gere o racismo, o machismo, a misoginia, e a classe social. O que se pretende com um feminismo da diferença e decolonial é quebrar esses antigos paradigmas se apenas segregam e ceifam direitos.

1.1 princípio da igualdade

Enquanto as correntes feministas buscam elucidar as diferentes diferenças dos gêneros e tentam englobar ao máximo todos os tipos possíveis de mulheres, a lei, por sua vez, busca igualar os direitos dos gêneros. Isso ocorre, porque no quesito formal, a base deve ser igual para todos aqueles possuidores de direito.

Havendo uma base equânime, pode-se partir para a questão material, e assim ajustando as diferenças necessárias para que haja um real equilíbrio. É baseado no princípio da igualdade (ou equidade) que vai se iniciar esse pressuposto, e esta se faz presente na Constituição Federal (BRASIL, 1988):

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

I - **homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações**, nos termos desta Constituição;

(grifo nosso)

E na Convenção Interamericana (MAZZUOLI, 2019, p. 226):

Artigo 24

Igualdade Perante a Lei

Todas as pessoas são iguais perante a lei. (1) Por conseguinte, **têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.** (2)

(grifo nosso)

Baseado no que foi dito anteriormente, Valerio de Oliveira Mazzuoli deixa claro (2019, p. 227):

Quando se diz que “todas as pessoas são iguais perante a lei” – afirmação também presente em quase todas as Constituições democráticas do mundo – se está querendo dizer ao menos duas coisas: *a)* primeiro, que as leis devem ser executadas sem fazer acepção às pessoas, ou seja, que devem ser aplicadas igualmente a todos; e *b)* segundo, que o próprio legislador não pode criar leis desiguais (estando vinculado à criação de um direito igual para todos), a menos que a implantação dessa desigualdade seja necessária à efetividade da igualdade material, tratando os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual[...]

Assim sendo, ao buscar igualdade formal, o legislador, procurou criar uma base igual para todos e todas aquelas pessoas que são detentoras de direitos e deveres, sem que pudessem ser de qualquer modo discriminado por seu gênero. Ao tornar amplo o

texto constitucional, muito provavelmente não se pressentia englobar tantas diferenças em um só corpo textual.

De acordo com Flávia Piovesan, os Direitos Humanos evoluiu gradualmente, e sim foi passando por fases, e foi percebido que não era possível manter um direito igual para todos, como posto posteriormente também por Valério, por isso a necessidade de um texto legislativo específico para ajustar as igualdades matérias.

O direito à igualdade material, o direito à diferença e o direito ao reconhecimento de identidades integram a essência dos direitos humanos, em sua dupla vocação em prol da afirmação da dignidade humana e da prevenção do sofrimento humano. A garantia da igualdade, da diferença e do reconhecimento de identidades é condição e pressuposto para o direito à autodeterminação, bem como para o direito ao pleno desenvolvimento das potencialidades humanas, transitando-se da igualdade abstrata e geral para um conceito plural de dignidades concretas (PIOVESAN, 2018, p. 399).

Desse modo, é possível perceber que a interseccionalidade se faz presente, visto que há tantas diferenças a serem englobadas por uma só pessoa. Só após reconhecer essas diferenças e respeitá-las, é possível falar em igualdade e direitos humanos.

2. Interseccionalidade decolonial

O sistema Interamericano de Direitos humanos é adotado por 35 (trinta e cinco) os Estados-membros, como Argentina, Barbados, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, República Dominicana, Equador, El Salvador, Grenada, Haiti, Honduras, México, Panamá, Paraguai, Suriname, Trindade e Tobago, e Uruguai. No entanto, países como como Bolívia, Canadá, Estados Unidos, Guatemala, Perú, Nicarágua e Venezuela (CIDH), apresentam reservas sobre o texto original assinado e ratificado.

Baseado nos países-membros, pode-se perceber que todos foram colonizados e sofreram e sofrem com a neocolonização, ou seja, hoje são dominados, seja através de poderes financeiros, seja por meio do saber poder. Boa parte desses países ainda sofrem essas interferências. Um grande exemplo é Barbados que apenas em Novembro de 2021 (FRANCE PRESSE, 2021) passou a ser uma República, não tendo mais o parlamento inglês (Reino Unido) como tomador de decisões sobre seu território.

A neocolonização não ocorre apenas de um país para o outro, mas ele pode estar impregnado no próprio país. Como tratado anteriormente por Maria Lugones, colonialidade é um fenômeno amplo, e é possível visualizar esse fenômeno também em países que não sofrem interferência direta e nem é condenado, como é o caso dos Estados Unidos e Canadá. Ambos os países escravizaram, seja os povos originários, seja a população negra traficada até lá, e essas escravizações geram consequências até hoje.

No Canadá foi recentemente descoberto que crianças indígenas eram sequestradas para serem catequizadas e muitas vezes morriam por falta de cuidados básicos ou eram mortas ao tentar fugir das localidades em que eram mantidas presas. Assim sendo, elas eram obrigadas a abrir mão de sua origem e de seus costumes (ANSA, 2021).

Os Estados Unidos é um grande exemplo de colonizador e neocolonialista. A história deixa clara a dizimação que ocorreu no país com os povos originários e bem como ainda ocorre hoje, principalmente com a população negra, embasada na política penal adotada.

Angela Davis em seu livro "Mulher, Raça e Classe" trata de como a população negra que era escravizada, principalmente no sul do país, com a Guerra Civil, passou a ser linchada, como forma de limpeza étnica.

Como aponta Frederick Douglass, durante a escravidão, os homens negros não eram rotulados como estupradores de forma indiscriminada. Ao longo de toda a Guerra Civil, Na verdade, nem um único homem negro foi acusado publicamente de estuprar uma mulher branca. Se os homens negros possuísse um impulso animalesco de estuprar, argumentava Douglass, esse suposto instinto estuprador certamente teria sido ativado quando as mulheres brancas foram deixadas desse protegidas por seus companheiros que estava em combate no Exército Confederado.[...]

Naquela época, a função política dos assassinatos cometidos por gangues era evidente. O linchamento era uma contrainsurgência sem disfarces, **uma garantia de que o povo negro não conseguiria alcançar seus objetivos de cidadania igualdade econômica** (DAVIS, 2016, pp. 188 e 189).

(grifo nosso)

A política de segregação racial, que durou anos, após a Guerra Civil e a política de extermínio da população não deixaram de existir. A segregação fica clara ao tratar dos bairros, tanto para negros, como para latinos. Já o extermínio é gritante, e se tornou tão alto que o caso George Floyd se tornou marco nos Estados Unidos. Em março de 2020, um homem negro, periférico, pobre, chamado George Floyd foi detido após tentar comprar um cigarro com uma nota falsa de 20 dólares. Floyd foi rendido e enforcado por mais de nove minutos, sendo morto por um policial branco, treinado para usar essa tática de enforcamento para paralisar indivíduos. Dentro do próprio país, o policial que estrangulou e matou Floyd foi condenado (BBC, 2021).

Tal decisão se tornou um marco, pois com a pressão popular local e mundial, tornou possível a condenação de policiais pela morte de homens negros, que mesmo tendo cometido crimes não poderiam ser mortos visto que para população branca outras táticas são usadas, outras táticas não homicidas são usadas.

Fica claro que apesar de não estarem como membros que podem ser condenados, os dois países da América do Norte, Canadá e Estado Unidos, ou seja, os únicos que não se enquadram na América Latina. Tais países ao quebrar de direitos humanos e não serem penalizados por isso, demonstra como o neocolonialismo, ainda é algo comumente utilizado.

Ao falar de colonialismo, é impossível não falar de como sociedades e Estados se aproveitam para continuar segregando. E baseando na questão financeira usa-se como moeda de troca investimentos financeiros ao invés de ser condenado por seus crimes e práticas desumanas.

3. Reduccionismo penal e condenações estatais

De acordo com o reduccionismo penal, não é apenas a pena que modifica a sociedade, pelo contrário ela apenas induz ou auxilia na segregação racial e na estigmatização da população menos favorecida, auxiliando numa seletividade penal.

As condenações Estatais diante da Corte Interamericana de Direitos Humanos ao levar para a ceara do direito penal, para se punir os direitos violados cometidos pelos Estados-membros, acabam por segregar ainda mais esses países, pois a pena ele não beneficia ninguém. Apesar de se ter uma visão de justiça, ela pode muitas vezes se tornar

uma vingança e não mais justiça. Quando se pensa em justiça, se esta for tardia, não será mais justiça.

Além de gerar uma vingança, geram também uma reação em cadeia, pois os direitos adotados, será não apenas aquela ou aquelas pessoas, mas sim todos, porém, sabe-se que, a escolha de quem vai ser penalizado é seletivo. A seletividade penal é estrutural e nítida, sendo uma pequena minoria fora da estrutura aqueles que são condenados e punidos.

Desse modo são os Estados quem deveriam ser condenados, para que haja uma melhor e maior eficácia do sistema, modificando a estrutura com base na educação e atitudes sociais. Visto que, apenas modificando a sociedade, é possível que seja modificado a estrutura de desigualdade de gênero e também racial. Os casos da comissão trás ambas as penalizações, ou seja, a condenação por parte do individuo que cometeu, bem como a condenação do Estado.

A violência de gênero em países latino-americanos se tornam maior para mulheres racializadas, do que para mulheres brancas, visto que a racialização torna a desigualdade ainda maior.

Pode-se avaliar dois casos que demonstram a diferença de classe, são eles: Artavia Murillo y outros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica; e González e outras (“Campo Algodonero”) vs. México. No caso da fecundação *in vitro* (FIV) a Costa Rica não permitia a FIV, esse caso englobava mulheres com boas condições econômicas. No entanto, entre essas mulheres, haviam aquelas que se deslocavam para outros países para realizar o procedimento e exigia o ressarcimento do Estado, enquanto boa parte não tinha como pagar para viajar, mas mesmo assim podia pagar cos os custos da FIV. Já no caso Campo Algodoeiro, as meninas que foram violentadas e mortas, apresentando claros traços de feminicídio, por ódio ao gênero feminino, eram garotas de classe média baixa.

Em ambos os casos, o Estado foi o único condenado, pois não havia mais quem condenar, uma vez que no caso do campo algodoeiro nunca encontraram o culpado, por falta de mobilidade estatal em buscar o feminicida das vitimas. Vítimas essas, que eram jovens “não importantes” para a sociedade, que trabalhavam e tinham uma condição simples de vida.

O que mudou para as mulheres que buscavam a fecundação *in vitro*? E para as famílias das vítimas do campo algodoeiro? Quais as consequências que restaram para as mulheres dessas sociedades? É o que vamos tentar responder no próximo subtópico.

3.1 mudanças reais para as mulheres

No Brasil o caso Maria da Penha se tornou um marco contra violência de gênero. Após anos de luta para ser julgada, as respostas passaram a surgir quando o país foi condenado pelo Corte Interamericana, não só para a vítima, que no caso é a Maria da Penha, como para inúmeras mulheres que puderam utilizar a Lei 11.340/06, também conhecida como Lei Maria da Penha, em seus casos de violência doméstica.

Ocorre que, com a criação da lei, que é um modelo mundial sobre proteção à mulher contra a violência doméstica, ainda sim ela é falha, isso porque vivemos em uma sociedade patriarcal, da qual o gênero feminino, em toda sua abrangência não biológica, é reduzida a mero instrumento, objetificada. No caso apresentado, segundo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em seu estudo de impacto de casos, o Brasil cumpriu boa parte das recomendações feitas pela Corte, ao punir o agressor de Maria, adotara civilmente ações contra o agente perpetrador da violência, bem como tomar medida para melhorar e aprofundar processos que quebrem com a tolerância estatal sobre casos de violência doméstica contra mulher (OEA, 2019, pp. 22 e 23).

Diante das recomendações, o Estado fez o que deveria ter sido feito, porém há inúmeras ações que podem ser tomadas que são transformadoras e que ainda não foram postas em prática, como reeducação desses agressores, apesar de haver um programa do Ministério Público para isso. Mas a questão aqui a ser levantada é que internacionalmente, não há mais o que ser feito no caso da Maria da Penha, segundo o estudo de impacto publicada em 2019 pela CIDH. No entanto há muito o que se fazer dentro do país, como posto, a reeducação desses agressores não é algo comumente realizado, bem como a sociedade brasileira é patriarcal e misógina. Em 2021, após todos os trâmites legais nacionais e internacionais do caso, o ex-marido foi acusado e preso, porém não ficou detido por muito tempo e sem medidas restaurativas, hoje ele defende ter sido a vítima (PIOVESAN, 2018, p. 397), mesmo tendo tentado matar, sua esposa, na época, com um tiro nas costas e em seguida eletrocutando-a.

É esclarecedor que a violência de gênero ultrapassa a violência doméstica, ela está relacionada com direitos reprodutivos, com dignidade sexual, entre outros inúmeros direitos que devem ser proporcionados pelo estado sem necessidade de haver uma condenação na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Outro caso que mostra as reais mudanças ou não é a do Campo Algodoeiro, que ocorreu em Cidade Juarez no México, local conhecido pelas empresas maquiadoras e por ser muito violento. Foram cerca de 400 mortes de mulheres, no período de 1993 e 2003, sendo que o Estado mexicano foi condenado em 2001. Em 2013 o México foi novamente condenado por um caso semelhante, Paloma Angélica Escobar Ledezma y otros vs. México (OEA, 2019, pp. 27-29), porém nesse caso, a CIDH em seu relatório de 2018 constatou que o país realizou apenas duas recomendações de 9 (nove). Internacionalmente não há muito o que ser feito, porém enquanto o Estado membro não realizar medidas modificadoras, as realidades dessas mulheres, adolescentes e crianças não mudaram, e mais vítimas surgirão.

Como medida, já supracitado, ações afirmativas são necessárias para que haja uma real transformação. De acordo com Flávia Piovesan (2018, p. 401):

Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo. **Isto é, para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva.** São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais. Com efeito, a igualdade e a discriminação pairam sob o binômio inclusão-exclusão. Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica a violenta exclusão e intolerância à diferença e à diversidade. **O que se percebe é que a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão.** Logo, não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um consistente padrão de violência e discriminação.

As ações afirmativas devem ser compreendidas não somente pelo prisma retrospectivo – no sentido de aliviar a carga de um passado discriminatório –, mas também prospectivo – **no sentido de fomentar a transformação social, criando uma nova realidade.**

(grifo nosso)

A autora nessa passagem trata da discriminação racial, mas o mesmo pensamento pode ser empregado para outras discriminações, como a de gênero. Portanto, fica claro que as atitudes tomadas pelas autoridades estatais e internacionais, tem que visar ultrapassar a questão legal, e pensar também no social.

Durante a pandemia de covid-19 no Brasil, os casos de feminicídio aumentou cerca de 6,1% (CERQUEIRA, 2021, Infográfico), segundo o Fórum Nacional de Segurança Pública no Atlas da Violência de 2021, devido as famílias terem que ficar todos juntos e sem poder sair de casa, sem pode pedir ajuda contra seu algoz. Porém a violência contra a mulher, ela é mais latente quando a a vítima é não branca, de acordo com o relatório de Atlas (CERQUEIRA, 2021, p. 38):

Em 2019, 66% das mulheres assassinadas no Brasil eram negras¹⁸. Em termos relativos, enquanto a taxa de homicídios de mulheres não negras foi de 2,5, a mesma taxa para as mulheres negras foi de 4,1. Isso quer dizer que o risco relativo¹⁹ de uma mulher negra ser vítima de homicídio é 1,7 vezes maior do que o de uma mulher não negra, ou seja, para cada mulher não negra morta, morrem 1,7 mulheres negras.[...]

Se considerarmos a diferença entre as duas taxas verificamos que, **em 2009, a taxa de mortalidade de mulheres negras era 48,5% superior à de mulheres não negras, e onze anos depois a taxa de mortalidade de mulheres negras é 65,8% superior à de não negras.**

(grifo nosso)

Ao contrario do que deveria acontecer, a mortalidade de mulheres negras tem aumentado e isso é resultado de falta de ações afirmativas e de um efeito *backlash* que vemos hoje no país. Tal efeito ocorreu com a eleição de Presidente de extrema direita, que sempre que possível diminui movimentos feministas e negros, mas que ao poucos está sendo percebido quão maligno é o discurso de ódio propagado desde o Presidente da Republica, para toda a sociedade.

O Backlash é o movimento contrario que se faz ao tentar avançar em políticas públicas que dá voz àqueles que por tanto tempo sofreram calados. Conseqüentemente, o texto normativo precisa ultrapassar o papel, sendo mais do que necessário a implementação de ações afirmativas que façam a mudança da sociedade, que tanto mata

e agride mulheres. É mais do que necessário que a educação de base faça essa diferença, juntamente com o outras ações.

4. caráter transformador do sistema Interamericano de direitos humanos

Dentro do Sistema Interamericano de direitos humanos o caráter transformador se aplica de forma mais intensa nos países da América Latina e aí esse caráter transformador que une o bloco latino americano como algo como um sol. O que torna os países latino americanos semelhantes, e que se interligam, não é a língua, o livre comercio ou a proximidade, mas sim a Convenção Interamericana de direitos humanos.

O que se busca do caráter transformador não é apenas direitos presentes em cada país condenado pela corte, ou a defesa de determinados direitos em certos países. O caráter transformador é unir América Latina com uma sociedade comum, com direitos em comum, e que juntos se preocupam com Direitos Humanos e os preservam, distante de um olhar colonizador.

Lélia Gonzalez, uma mulher, negra e periférica explicita o que é a America Latina (2020, pp. 45 e 46).

Por tudo isso, o feminismo latino-americano perde muito da sua força ao abstrair um dado da realidade que é de grande importância: o caráter multirracial e pluricultural das sociedades dessa região. Tratar, por exemplo, da divisão sexual do trabalho sem articulá-la com seu correspondente em nível racial é recair numa espécie de racionalismo universal abstrato, típico de um discurso masculinizado e branco. Falar da opressão da mulher latino-americana é falar de uma generalidade que oculta, enfatiza, que tira de cena a dura realidade vivida por milhões de mulheres que pagam um preço muito caro pelo fato de não serem brancas.

Deve-ser, deixar claro que o caráter transformador ultrapassa direitos individuais buscando direitos coletivos para serem protegido por todos os países-membros. De forma igualitária, sem que um país se sobreponha ao outro, é preciso haver unidade e ao buscar fugir do olhar colonizador, branco e patriarcal. A luta por direitos deve ser para uma sociedade melhor e não em busca de uma suposta justiça, que não é restaurativa e sim vingativa.

Conclusão

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Comissão e a Corte, fazem parte de uma ampla rede que busca defender, manter e levar direitos para aqueles que os tiveram cerceados de alguma forma. Por isso esse sistema é tão importante, ele visa não apenas o aspecto imediato das decisões tomadas, mas também o aspecto mediato, levando repercussões positivas a medio e longo prazo para aquela sociedade.

Apesar de todo o lado positivo que há no sistema, é necessário fazer a crítica de como determinadas atitudes podem levar a segregação de um país para o outro, tornando-os mais desiguais ao invés, de unificá-los como comunidade. Dessa forma o caráter transformador e as linhas a serem seguidas dentro do movimento feminista para tratar de direito de gêneros, são essenciais para modificar, melhorar e implementar direitos que tornem a convivência mais humana.

Referências:

ANSA BRASIL. In: R7. **Mais 160 covas são encontradas em antiga escola indígena no Canadá.** 14jul2021 <<https://noticias.r7.com/internacional/mais-160-covas-sao-encontradas-em-antiga-escola-indigena-no-canada-14072021>>

BRASIL. Constituição Federal de 1988.

BBC. In: G1 - GLOBO. **Policial é condenado pela morte de George Floyd; veja principais momentos do julgamento.** 20abr2021 <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/04/20/policial-e-condenado-pela-morte-de-george-floyd-veja-principais-momentos-do-julgamento.ghtml>>

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **O que é a CIDH?** <<https://cidh.oas.org/que.port.htm>>

CERQUEIRA, Daniel. Atlas da Violência 2021 - São Paulo: FBSP, 2021.

DAVIS, Angela. **Mulher, raça e classe.** - 1. ed. - São Paulo: Boitempo, 2016.

FRANCE PRESSE. In: G1 - GLOBO. **Barbados se despede de Elizabeth II, vira república com 1ª presidente mulher e declara Rihanna heroína nacional.** 30nov2021. <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/11/30/barbados-se-despede-da-rainha-elizabeth-ii-e-se-torna-uma-republica.ghtml>>

GONZALEZ, Lélia. Por um feminismo afro-latino-americano In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org. e apr.). **Pensamento feminista hoje: perspectivas decoloniais** - Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2020, pgs. 45 e 46.

HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org. e apr.). **Pensamento feminista hoje: perspectivas decoloniais** - Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2020.

IRIGARAY, Luce. **Yo, tú, nosotras.** - Madrid: Ediciones Cátedra, 1992

LAURETIS, Teresa de. **Diferencias: Etapas de un camino a través del feminismo.** - Madrid: Editorial horas y HORAS, 2000.

LORDE, Audre. Não existe hierarquia de opressão. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org. e apr.). **Pensamento feminista: conceitos fundamentais.** - Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019.

LUGONES, María. Colonialidade e gênero. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org. e apr.). **Pensamento feminista hoje: perspectivas decoloniais** - Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2020.

MOHANTY, Chandra Talpade. **Sob os olhos do ocidente.** - Copenhagen/ Rio de Janeiro: Zazie Edições, 2020.

OEA. Anexo 2 - **Impactos de casos de discriminación y violencia contra mujeres, niñas y adolescentes.** Cidh.org, 2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. In: PIOVESAN, Flávia Cristina. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987152/>>.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** São Paulo: Editora Saraiva, 2018. <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600298/>>.

HARMONIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL NO ÂMBITO DO MERCOSUL

ANA CAROLINA ROCHA DE FRANÇA:

Graduanda em direito na Universidade Federal do Amazonas.

GUSTAVO LIMA DO NASCIMENTO⁷

(coautor)

Resumo: O Mercosul é um bloco econômico focado em proporcionar aos seus Estados-membros a livre circulação interna de bens, serviços e fatores produtivos, por meio do estabelecimento de uma Tarifa Externa Comum e uma política comercial compartilhada. Incontestável, o desenvolvimento de uma economia sustentável, como se dispõe a fazer o bloco, somente é alcançada através de legislações ambientais firmes. Disto isto, o trabalho explora o ordenamento ambiental de países integrantes do bloco, apresenta documentos adotados pelo Mercosul na mesma seara e identifica institutos do direito ambiental comuns aos Estados-membros. A metodologia compreende uma pesquisa bibliográfica e documental qualificada a sustentar a possibilidade de harmonização de uma legislação ambiental no âmbito do Mercosul. A pesquisa comparativa terá por lastro as legislações internas dos países-membros, assim como, dados do Instituto Life acerca dos aspectos legais ambientais na América do Sul e dos atos internacionais ambientais ratificados pelo Brasil. Estima-se contribuir com o debate ao redor do desenvolvimento concomitante da área econômica e da proteção ambiental.

Palavras-chaves: Desenvolvimento Sustentável; Legislação Ambiental; Mercado Comum do Sul (Mercosul).

Abstract: Mercosur is an economic bloc focused on providing its member-states with the free internal circulation of goods, services and productive factors, through the establishment of a Common External Tariff and a shared commercial policy. Undoubtedly, the development of a sustainable economy, as the bloc is prepared to do, is only achieved through firm environmental legislation. Therefore, the work explores the environmental legal order of the bloc's members, presents documents adopted by Mercosur in the same field and identifies institutes of environmental law common to the member-states. The methodology comprises a bibliographic and documentary research qualified to support the possibility of harmonizing environmental legislation within the scope of Mercosur. The comparative research will be based on the internal laws of the member-states, as well as data from the Life Institute on environmental legal aspects in South America and international environmental acts ratified by Brazil. It is estimated to contribute to the

⁷ Graduando em direito na Universidade Federal do Amazonas. E-mail: guslimadn@gmail.com.

debate around the concomitant development of the economic area and environmental protection.

Keywords: Sustainable Development; Environmental Law and Legislation; Southern Common Market (Mercosur).

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo principal efetuar o levantamento de direitos ambientais vigentes no Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, e analisar, por meio de um estudo comparativo, a legislação concernente ao desenvolvimento sustentável de cada Estado-membro do Mercosul. Na mesma seara, busca observar tentativas de tratados, declarações e resoluções visando uma harmonização legislativa para tratar da matéria ambiental, no âmbito do Mercosul.

O estudo obedece ao método dialético, o qual admite que os fatos não devem ser considerados fora de um contexto social, político e econômico, pois é fundamental que a análise contemple contradições, as quais percorrem a história humana, clamando por soluções.

O trabalho exigiu a realização de pesquisa sobre fontes que serviram para formatar um referencial teórico capaz de sustentar concepções, assertivas, ponderações e conclusões que constam no texto produzido. Isto somente foi possível enquanto resultado da obtenção, leitura, análise e seleção de obras e textos encontrados nos mais diversos acervos dedicados à temática escolhida. Além dos textos científicos, próprios da produção doutrinária, fez-se necessária a seleção, a leitura e a análise da legislação ambiental vigente nos países-membros do Mercosul.

O método também incluiu o estudo comparativo da indigitada legislação, numa perspectiva dedutiva capaz de permitir a configuração de um quadro representativo de tendências, vieses e dados que apontem e favoreçam a hipótese da elaboração de propostas de um ordenamento jurídico editado pelo Mercado Comum do Sul, em sede ambiental.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

Os anos 80 ficaram conhecidos como a década perdida, correspondendo a um período de profunda crise financeira na América Latina. Os governos sul-americanos eram militares, com fortes tendências autoritárias, ou liberais, com alto grau de exclusão, por meio da manutenção do domínio de oligarquias locais e nacionais.

O pensamento geopolítico em voga era guiado por diretrizes protecionistas, opostas a entrada de capital estrangeiro e a uma industrialização promovida por capital privado, provocando assim insatisfações dos mais diversos setores da sociedade, acompanhada de dívidas volumosas com o Fundo Monetário Internacional (FMI). Tentando reagir à problemática, os países da América Latina mudam de rumo, passando a seguir um projeto neoliberal de modernização, o qual consiste na abertura à economia externa, desestatização e liberalização comercial (ALMEIDA, 1993).

O esforço analítico exposto neste trabalho, dedica-se a estudar uma das principais consequências desta transformação: o Mercado Comum do Sul - Mercosul - instituição criada face à convergência de diversos fatores conjunturais dentre os quais se pode destacar: crise fiscal e reforma dos Estados nacionais, movimento tendente a formar blocos de integração econômica em macrorregiões do mundo e interesses convergentes entre Estados nacionais, em áreas geográficas próximas ou contíguas. No caso específico em destaque, há que se ressaltar a existência de pontos comuns à política externa de países latino-americanos, os quais necessitavam neutralizar as desconfianças internacionais decorrentes do regime militar, incentivando as interações com países industrializados.

O Mercosul é o bloco econômico composto pelos seguintes Estados sul-americanos: Brasil, Argentina, Paraguai, Uruguai e Venezuela (este último encontra-se suspenso desde 2017, devido à sua crise política). Possui como instrumento fundacional o Tratado de Assunção (1991), que estabelece como objetivos gerais a livre circulação interna de bens, serviços e fatores produtivos, estabelecimento de uma Tarifa Externa Comum (TEC) no comércio com terceiros e adoção de uma política comercial comum.

O foco do referido bloco é a área econômica, porém este fator não se sustenta sozinho. Isto se pode verificar desde a leitura do preâmbulo do instrumento constitutivo do Mercosul:

Entendendo que esse objetivo (constituir um mercado comum) deve ser alcançado mediante o aproveitamento **mais eficaz dos recursos disponíveis, a preservação do meio ambiente**, o melhoramento das interconexões físicas, **a coordenação de políticas macroeconômica da complementação dos diferentes setores da economia**, com base nos princípios de gradualidade, flexibilidade e equilíbrio (MERCOSUL, 1991, p. 1).

O Mercado Comum do Sul corresponde, aproximadamente, a 72% do território da América do Sul, isto é, 12,8 milhões de km² incluindo ambientes naturais que concentram praticamente toda diversidade bioecológica do planeta, englobando desde zonas equatoriais de fauna e flora até as superfícies áridas da Terra do Fogo. Assim, percebe-se a justificada preocupação do bloco em questão de destacar em seu preâmbulo a

preservação do meio ambiente, para garantir seus objetivos almejados. Isto também atende às exigências firmadas por Organismos Internacionais, que fazem a sistemática auditoria de práticas com o potencial de gerar graves danos à sustentabilidade no planeta.

Não há como negar que este cuidado só passou a se concretizar com as Conferências Mundiais sobre o meio ambiente, proporcionadas pela Organização das Nações Unidas (ONU), especificamente a ocorrida em Estocolmo de 1972 e a ECO-92, realizada na América Latina, no Rio de Janeiro, Brasil. Assim, temas como desenvolvimento sustentável e preservação do meio ambiente tornaram-se indissociáveis de zonas de livre comércio e mercado comum, essenciais para o Mercosul.

Os países que compõem o Mercosul, a partir das Conferências da ONU, foram desafiados a intensificar seus processos legislativos, na busca da preservação e proteção do meio ambiente. Todavia, o assunto foi abordado de diferentes maneiras pelos governos-membros; de maneira geral, tem-se a Argentina e o Brasil mais rígidos em seus ordenamentos do que o Paraguai e o Uruguai. Portanto, quando se trata de tentativas de criar normas comuns aos integrantes do bloco quanto à temática, há conflitos, que muitas vezes, impedem a concretização do predito no Tratado de Assunção.

2. A LEGISLAÇÃO AMBIENTAL NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS DOS ESTADOS-MEMBROS DO MERCOSUL

2.1. Brasil

O Brasil é o país do Mercado Comum do Sul que possui a legislação ambiental mais completa e avançada, o que é significativo considerando sua extensão territorial e os diferentes biomas que o compõem. Nota-se que a proteção que se dá ao meio ambiente, neste Estado, nem sempre foi assim, na verdade, surgiu de uma longa evolução legislativa, fomentada pelos movimentos sociais locais e pressões estrangeiras.

A colonização portuguesa no território brasileiro se iniciou de fato em 1530; decorreram setenta e cinco anos de intensa exploração ambiental para enfim surgir a primeira lei sobre proteção florestal, o Regimento do Pau Brasil (1605), o qual exigia a autorização real para o corte desta árvore. Apesar de sua baixa efetividade, a partir deste marco estabeleceu-se o Regimento de Cortes de Madeiras (1799), proclamou-se instruções para reflorestar a costa brasileira (1802) e criou-se a primeira unidade de conservação ambiental, o Jardim Botânico do Rio de Janeiro (1808) (MAGALHÃES, 2002).

Observa-se que durante este período Colonial e Imperial os recursos naturais da fauna e da flora eram o principal setor econômico da colônia, não sendo do interesse dos

colonizadores preservá-los. Portanto, ao criar regimentos e instruções para preservar áreas não produziam resultados práticos nenhum, tendo em vista buscarem a preservação, quando, na realidade, deveriam focar na recuperação das áreas tão intensamente devastadas.

Comprova-se a necessidade da recuperação no ano de 1850 com o advento da Lei nº 601, a então Lei de Terras do Brasil, que teve como objetivo penalizar a prática de ateamento de fogo para tomar posse de terrenos, considerando-o crime punível com prisão de 2 a 6 meses, além de sanções civis e administrativas. Mesmo assim tal prática se estendeu pelas regiões menos passíveis de fiscalização, como a Amazônia.

O quadro do direito ambiental no Brasil avança no período Republicano com a instituição do Serviço Florestal do Brasil, em 1921, atualmente conhecido como Instituto do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA (Lei nº 7.735/89). Após a conferência de Estocolmo (1972), o governo brasileiro agiu por meio deste instituto para garantir a defesa ambiental, estabelecendo metas dentro dos Planos Nacionais de Desenvolvimento, as quais permitiram a criação de leis e medidas como a da Secretaria Especial do Meio Ambiente, o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental (MEIRA, 2008).

Em 31 de agosto de 1981, o Estado brasileiro decide organizar e especificar uma Política Nacional de meio ambiente, através da Lei nº 6.938. Dentre as medidas estabelecidas por esta norma, destaca-se a instituição de uma polícia administrativa ambiental e a exigência do estudo de impacto ambiental e relatório respectivo (EIA/RIMA) para exploração de qualquer atividade modificadora do espaço natural. Outro notório passo, se refere ao advento da Lei 7.347/1985, que disciplina a Ação Civil Pública como instrumento da preservação ambiental (MEIRA, 2008).

Enfim, chega-se à Constituição de 1988, a qual estabelece o meio ambiente como um direito fundamental (art. 5º, inc. LXXIII, CF), devendo ser protegido através de leis e políticas públicas competentes concorrentemente entre a União, os Estados e o Distrito Federal (art. 24, inc. VI). O mesmo ordenamento compreende que a sociedade também é competente para defender o meio ambiente, face ao seu peculiar caráter de direito difuso, bem de uso comum de todos; daí decorre haver um dever das gerações presentes de garantir às futuras, um ambiente ecologicamente equilibrado (Lei nº 4.771/65).

No Título VIII, Capítulo VI da Carta Magna brasileira encontra-se o artigo 225, o qual, em suma, visa restaurar e proteger os processos ecológicos essenciais em espaços carentes de especial proteção. Por isso, estabelece importantes regras gerais como a obrigação do poluidor de reparar o dano causado (§2º), a responsabilidade penal, civil e administrativa não só da pessoa natural, mas também da pessoa jurídica (§3º) e a identificação dos sistemas ecológicos mais carentes de proteção (§4º) (BRASIL, 1988).

O impacto do tratamento da matéria ambiental na Constituição Brasileira de 1988 levou a ONU a realizar, em 1992, no Rio de Janeiro, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO-92). Deste conclave resultaram cinco documentos importantes: Agenda 21, Convenção sobre o Clima, Convenção sobre a Biodiversidade, Declaração de princípios sobre Florestas e a Carta da Terra.

Como consequência da ECO-92, o Brasil passou a criar leis e propor políticas ambientais com o objetivo de pôr em prática as normas gerais estipuladas em seu texto constitucional. A Lei nº 9.985/2000, que estabeleceu as Unidades de Conservação; Lei nº 11.105/2005, a qual defende a fiscalização de atividades que envolvam organismos modificados geneticamente; Lei 11.284/2006, que criou o Serviço Florestal Brasileiro e o Fundo de Desenvolvimento Florestal; e a Lei 12.651/2012 que criou o Código Florestal, servem para comprovar esse esforço regulamentador.

Desta feita, sintetiza a evolução interna do Brasil quanto às suas normas ambientais, com a seguinte reflexão:

A qualidade do meio ambiente se transformará num bem, num patrimônio, num valor mesmo, cuja preservação, recuperação e revitalização se tornaram num imperativo do Poder Público, para assegurar a saúde, o bem-estar do homem e as condições de seu desenvolvimento. Em verdade, para assegurar o direito fundamental à vida (DA SILVA, 2018, pág. 818)

2.2. Argentina

A Argentina, segunda maior economia do Mercosul, também sofreu um processo de colonização de intensa exploração predatória, que provocou severos impactos ambientais, que até hoje são sentidos no país. Este processo de ocupação se deu pelos espanhóis, a partir de 1516, se estendendo pelos séculos XVI e XVII, se caracterizando pela exploração da prata, pecuária extensiva e agropecuária sem grandes cautelas com processos de degradação ambiental.

Mesmo com a independência em 9 de julho de 1816, não houve mudança nessa postura, afinal o país encontrava-se condicionado a esta política de exploração e degradação ambiental para sustentar sua economia, assim como, era assolado por uma guerra civil. Em verdade, a história da Argentina encontra-se demarcada por uma série de conflitos que por diversas vezes assolaram sua economia, política e um desenvolvimento sustentável crescente.

Apesar de passagens conturbadas, o país sempre possuiu a mesma Constituição, datada de 1853, a qual já passou por diversas reformas em 1860, 1866, 1898, 1957 e 1994. Esta Carta Magna faz referência a questão ambiental em seu artigo 41, afirmando que todos os habitantes gozam do direito a um ambiente saudável e equilibrado, sendo dever destes e das autoridades preservá-lo. Ademais, o artigo em questão dita que o dano ambiental gera prioritariamente a obrigação de indenizar e que se proíbe o ingresso no território de resíduos potencialmente perigosos e radioativos (ARGENTINA, 1994).

Assim, observa-se como características semelhantes a Constituição brasileira o princípio do desenvolvimento sustentável, o direito/dever de preservar o meio ambiente, competência corrente para defender a matéria e o princípio do poluidor pagador. Diferindo somente quanto ao tratamento de resíduos potencialmente perigosos e os radioativos, os quais, no caso do Brasil, são de competência da União para administrar, por meio de lei federal (ESPÍNDOLA; OLIVEIRA, 2015).

A Carta Magna argentina encontra dificuldades de execução quanto à matéria ambiental, tendo em vista não vedar o ato de legislar por parte dos Estados *Provinciales* quanto à temática. Por isso, houve a necessidade de estabelecer o Pacto Federal Ambiental, em julho de 1993; no entanto, este não chegou a causar os resultados pretendidos. Além disso, como afirma Valls, os problemas ambientais do Estado argentino não se dão pela inexistência de normas ambientais, mas sim pela deficiência na difusão, execução, aplicação e respeito das mesmas (VALLS, 1999).

Em relação às críticas de Valls, o Estado viu como solução para garantir maior efetividade de seus instrumentos normativos, criar instrumentos específicos. Desta forma, apresentou em 27 de novembro de 2002, a Política Ambiental Nacional, a qual visa garantir a preservação, conservação, recuperação e melhoria da qualidade dos recursos ambientais, naturais e culturais, na realização de diferentes atividades antrópicas, promover a educação ambiental, estabelecer um sistema federal de coordenação interjurisdicional, para a implementação de políticas ambientais nos níveis nacional e regional, o qual consiste no Conselho Federal do Meio ambiente (ARGENTINA, 2002).

O sistema jurídico argentino ainda comporta importantes institutos como o Estudo do Impacto Ambiental e o Relatório de Impacto Ambiental para atividades de tratamento e disposição de resíduos perigosos (Decreto nº 831/93), Lei de Gestão Ambiental de Águas (Lei 25.688/2002) e a Lei Geral do Meio Ambiental (Lei nº 25.675/2002).

2.3. Paraguai

A República do Paraguai também sofreu um processo de colonização realizado pelos espanhóis, que chegaram ao território em 1537 visando a exploração do ouro. A

independência paraguaia deu-se apenas em 1811; até hoje, o país editou quatro Constituições Nacionais.

A atual Constituição, promulgada em 1992, é um reflexo do processo de abertura democrática no país superando o regime de exceção estabelecido pelo golpe militar de 1989. O movimento mudancista produziu diversas inovações políticas e sociais, respaldadas pela edição de leis que alteraram substantivamente o ordenamento jurídico pátrio. A questão ambiental ganhou destaque, sendo introduzida como um direito fundamental da pessoa humana, numa perspectiva tendente a garantir o direito a um desenvolvimento sustentável e um meio ambiente saudável. Isto se revelou mais evidente nos termos das normas ambientais editadas pelo governo paraguaio.

O texto constitucional do país dedica a seção II do Capítulo I ao tema ambiental. Especificamente o segundo parágrafo do artigo 6º e os artigos 7º e 8º estabelecem o direito a um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, bem como a necessidade de políticas públicas que visem a proteção ambiental.

Destaca-se o artigo 8º da indigitada Carta Política, o qual determina que atividades suscetíveis de produzir alteração ambiental deverão ser reguladas por lei, cabendo ao Poder Legislativo restringir ou proibir aquelas classificadas como perigosas. Traz ainda restrições à fabricação, à montagem, à comercialização, à posse e ao uso de armas nucleares, químicas e biológicas. Trata também de resíduos tóxicos no território do país, *in verbis*:

Se prohíbe la fabricación, el montaje, la importación, la comercialización, la posesión o el uso de armas nucleares, químicas y biológicas, así como la introducción al país de residuos tóxicos. La ley podrá extender ésta prohibición a otros elementos peligrosos; asimismo, regulará el tráfico de recursos genéticos y de su tecnología, precautelando los intereses nacionales (PARAGUAI, 1992).

A preocupação ambiental encontra outro assento no artigo 116 do Texto Áureo em destaque. Neste versículo se encontra restrição aos latifúndios improdutivos, mediante clara opção pela preservação do equilíbrio ecológico e do uso sustentável dos recursos naturais. Consequentemente, este comando propugna a favor da eliminação progressiva destes indesejáveis latifúndios (PARAGUAI, 1992).

O ano de 1992 representou mudanças na abordagem da questão ambiental no Paraguai. Merece destacar dois marcos demonstrativos das novas posturas e novos compromissos assumidos pelo Estado: a modificação da Constituição Nacional e a participação de representantes do governo paraguaio na Conferência das Nações Unidas

sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (ECO-92), realizada na cidade do Rio de Janeiro. Neste enclave foi firmado o compromisso e alinhamento com as diretrizes da Agenda 21, notadamente quanto à estratégia mundial para desenvolvimento sustentável.

Na sequência, em 1993, foi sancionada a Lei 294/93, *Ley de Evaluación de Impacto Ambiental*, posteriormente regulamentada pelo Decreto nº 14.281/96, que prevê a obrigatoriedade de uma avaliação prévia de impacto ambiental para a concessão ou autorização de obra. O artigo 2º do decreto considera impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas, biológicas, ambientais, causadas por matéria ou energia resultante de atividades humanas que direta ou indiretamente afetam, entre outras, o ecossistema, qualidade dos recursos naturais, saúde, segurança e bem-estar da população (PARAGUAI, 1996).

Ademais, o mencionado decreto define diversos conceitos inerentes à Avaliação de Impacto Ambiental, à exemplo, o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), bem como os procedimentos a serem adotados na elaboração dos mesmos (PARAGUAI, 1996).

Com o intuito de assegurar um cumprimento maior das leis e regulamentos que regem a questão ambiental, foi criado, por meio da Lei 1.561/00, o Sistema Nacional Ambiental (SISNAM). Tal sistema foi instituído com o objetivo de criar e regulamentar o funcionamento dos organismos responsáveis pela elaboração, normalização, coordenação, execução e controle da política e gestão ambiental nacional, visando, assim, uma maior cooperação nas discussões inerentes ao tema (PARAGUAI, 2000).

Conforme verifica e assinala Viana, o Paraguai possui um expressivo corpo de leis voltadas para a proteção ambiental. No entanto, a questão a ser enfrentada recaí sobre o grau de eficácia que tais normas vem conquistando ao longo do tempo, é dizer, é relevante mensurar quanto se vem respeitando os limites jurídicos firmados no âmbito da sociedade paraguaia (VIANNA, 2004).

2.4. Uruguai

A República Oriental do Uruguai vem ganhando cada vez mais destaque no cenário ambiental em decorrência das inovações sustentáveis que vem experimentando nos últimos anos. Segundo o informativo eletrônico da GESEL - grupo de estudos da faculdade UFRJ, o país consolidou-se como um dos locais com maior penetração das energias renováveis, sendo a maior proporção de eletricidade gerada a partir de energia eólica na América Latina e quarta no mundo (GESEL, 2018).

Preliminarmente, deve-se analisar o histórico ambiental legislativo do país e os avanços registrados. A Constituição do Uruguai de 1967 vem sofrendo uma série de

alterações nos últimos anos. A reforma constitucional de 1996 ensejou a alteração do artigo 47, introduzindo a proteção ambiental como um valor de interesse geral. A redação do artigo firma a corresponsabilidade do Poder Público e da coletividade na preservação e proteção ambiental, coibindo ato que cause depredação, destruição ou contaminação graves aos recursos naturais (URUGUAI, 1967). Este comando veio a ser disciplinado de modo mais detalhado, quando da edição da Lei 17.283/2000.

A Carta Magna uruguaia possui outros dispositivos que refletem a tentativa de garantir proteção constitucional ao meio ambiente: o artigo 7º prescreve o direito à vida em estreita relação com o direito a um ambiente equilibrado; e o artigo 32 dispõe acerca da função social da propriedade.

O Uruguai tem implementado gradualmente temas ambientais em seu ordenamento jurídico a partir da década de 70. O Código de Águas de 1979, a incorporação da teoria dos interesses difusos ao Código Processual em 1989 e a criação do Ministério do Meio Ambiente por meio da Lei nº 16.112, de 30/05/90 servem de exemplos que comprovam este incremento legislativo.

A *Ley de Evaluación de Impacto Ambiental*, Lei 16.466/94, instituiu no Uruguai a Avaliação de Impactos Ambientais, estabelecendo a obrigatoriedade de uma licença prévia, a ser conferida após a realização de um estudo, para a execução de atividades determinadas na lei. Foi regulamentada por meio do Decreto nº 435/94, que também definiu as responsabilidades do EIA (Estudo de Impacto Ambiental) e as exigências para a elaboração do RIMA (Relatório de Impacto Ambiental).

Cumprir destacar a aprovação da Lei Geral de Preservação do Meio Ambiente, Lei 17.283/2001, que reverbera o disposto no texto constitucional uruguaio. Ademais, vale ressaltar as seguintes iniciativas científicas: a criação do Probidés – órgão tripartite para o estudo da biodiversidade, integrado pelo Ministério do Meio Ambiente e pela universidade que o preside; e, a fundação do Grupo de Montevideo das Universidades do Mercosul, que visa o intercâmbio de docentes, convênios, pesquisas, possuindo extensões na área ambiental (VIANA, 2004).

Mais recentemente, o governo uruguaio apresentou um plano intitulado a “Estratégia Nacional de Desenvolvimento para 2050”, no qual estabelece as bases para que o país caminhe rumo ao desenvolvimento sustentável. O texto revela diretrizes que devem condicionar este caminho, consoante modos de atuação que conciliam o equilíbrio macroeconômico e ambiental (URUGUAI, 2019).

Observa-se que o Uruguai possui um corpo legislativo extenso, com potencial para garantir um desenvolvimento sustentável, mediante a adequada equação entre as atividades econômicas e proteção ambiental.

3. TRATADOS, DECLARAÇÕES E RESOLUÇÕES EDITADAS NO ÂMBITO DO MERCOSUL

O Direito Internacional Privado (DIPr) é conhecido como aquele que cuida das relações jurídicas entre particulares que envolvam interesses de mais de um país, escolhendo dentre as ordens jurídicas em jogo, a mais aplicável e eficaz para a resolução de conflitos, e por conseguinte, a recomposição do equilíbrio e da paz. Refere-se a um sobredireito, o qual visa encontrar solução ou opção entre duas normas jurídicas de sistemas diversos (DOLINGER, 1997).

Não se pode confundir DIPr com o direito uniforme, pois, o primeiro objetiva resolver conflitos de leis no espaço com conexão internacional, de maneira indireta, indicando a aplicação preferível do direito nacional ou do estrangeiro. Em contrapartida, o segundo pretende suprimir os litígios entre os Estados, aplicando soluções diretas, disciplinando imediatamente a questão jurídica (MAZZUOLI, 2017). Importante tal distinção para este trabalho, tendo em vista o interesse de analisar as regras comuns do direito ambiental entre os países membros do Mercosul, mediante a utilização de técnicas interpretativas do Direito Internacional Privado.

Como já explicitado, o Mercosul é um bloco econômico que tem por objetivo criar uma zona de livre comércio, capaz de proporcionar o crescimento econômico conjunto e harmônico dos países membros. O preâmbulo de seu Tratado Constitutivo, firmado em Assunção (1991), estabelece que a preservação do meio ambiente e a utilização eficiente de seus recursos são condições imprescindíveis para o alcance dos objetivos do mencionado bloco econômico (MERCOSUL, 1991).

O primeiro documento correlato ao Direito Ambiental dentro do bloco foi a Declaração de Canela (1992), subscrita por todos os países membros, mais o Chile. Destaca-se os objetivos principais de cooperação na área ambiental (art. 1º), definição do termo região fronteira (art. 2º) e a criação da Comissão de Cooperação em Matéria Ambiental (art. 4º e 5º). Tal acordo simboliza um avanço para o tratamento da temática no Mercosul, contudo se limita a estabelecer diretrizes gerais de baixa aplicabilidade.

Em seguida, realizou-se a Reunião Especializada em Meio Ambiente (REMA), em 1992, na cidade argentina de Las Lenas, tendo por objetivo semelhante ao do presente artigo, analisar as legislações ambientais vigentes e propor aos Estados membros ações harmonizadoras de proteção ao meio ambiente (MORAES, 2012).

Em 1996, o REMA transformou-se no Subgrupo de Trabalho nº 6 (SGT-6), subordinado ao órgão executivo do Mercosul: Grupo do Mercado Comum (GMC). A partir deste marco, os estudos jurídicos realizados por especialistas do bloco passaram a se submeter ao crivo crítico do GMC - órgão competente para aprová-los e transformá-los em resoluções. Somente após a edição destas normas, os países membros do bloco adotariam providências para completar o caminho necessário para a eficácia destes comandos no âmbito de cada Estado-nação, por meio do trabalho dos respectivos parlamentos nacionais.

Dentre as resoluções aprovadas ressalta-se a nº 10/94, a qual estabelece diretrizes básicas em matéria de política ambiental como:

harmonizar as legislações ambientais, internalizar os custos ambientais para apuração do custo total de produção, tornar obrigatório o licenciamento ambiental para atividades com alto potencial de degradação ambiental e assegurar o menor grau de deterioração ambiental nos processos produtivos e nos produtos de intercâmbio (BARBIERI, 2007).

Cumprir, ainda, a quarta reunião extraordinária do SGT-6, em 2001, na cidade de Florianópolis, Brasil, momento em que foi firmado o Acordo-Quadro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento da ECO-92. Neste documento constam os seguintes princípios, condicionantes da consecução dos objetivos comuns:

a) *promoção da proteção do meio ambiente e aproveitamento mais eficaz dos recursos disponíveis* mediante a coordenação de políticas setoriais, com base nos princípios de gradualidade, flexibilidade e equilíbrio; b) incorporação da componente ambiental nas políticas setoriais e inclusão das considerações ambientais na tomada de decisões que se adotem no âmbito do MERCOSUL, para fortalecimento da integração; c) *promoção do desenvolvimento sustentável* por meio do apoio recíproco entre os setores ambientais e econômicos, evitando a adoção de medidas que restrinjam ou distorçam de maneira arbitrária ou injustificável a livre circulação de bens e serviços no âmbito do MERCOSUL; d) *tratamento prioritário e integral às causas e fontes dos problemas ambientais*; e) promoção da efetiva *participação da sociedade civil* no tratamento das questões ambientais; e f) fomento à internalização dos *custos ambientais* por meio do uso de instrumentos econômicos e regulatórios de gestão (MERCOSUL, 2001).

Em suma, estes são os tratados, declarações e resoluções editados pelo Mercosul, em sede ambiental. O que se pode concluir? O Mercado Comum do Sul possui princípios e diretrizes fortemente comprometidas com o paradigma do desenvolvimento sustentável e proteção ambiental, contudo, persiste um grande *gap* entre a vontade política declarada em lei e as práticas verificadas em cada país-membro do bloco; é dizer, o que é defendido, num plano ideal, não é aplicado, na seara real, sendo forçoso reconhecer, vem ocorrendo a produção de normas genéricas sem a necessária eficácia.

A relação entre o livre comércio e o meio ambiente sempre produzirá efeitos negativos e positivos. O aumento da movimentação internacional de mercadorias perigosas (ex: substâncias químicas), a elevação da poluição gerada pelo transporte aéreo são externalizações deletérias. Por outro lado, a propagação de produtos que objetivam a proteção ambiental (ex: filtros colocados nos escapamentos de carros), incentivos fiscais à empresas que adotam os princípios da responsabilidade socioambiental constituem provas dos avanços protagonizados pelo desenvolvimento do comércio na região (OLIVEIRA, 2016).

Independente do estado ou estágio desta relação, é incontestável a necessidade do Mercosul atuar no estabelecimento e na defesa de diretrizes ambientais, postulando e promovendo critérios e estímulos à adoção de políticas ambientais e comerciais no âmbito dos países do bloco, visando garantir a evolução do processo de integração e de desenvolvimento, num recorte e molde que minimize os impactos ambientais indesejáveis.

Em verdade, a legislação ambiental é uma resultante das inconstâncias e inconsistências dos cenários políticos de cada país. Ou seja, o quadro situacional de tais normas depende da postura e dos compromissos dos governantes eleitos. Disto decorrem políticas, planos, programas, projetos e atividades públicas com maior ou menor engajamento em relação à proteção à fauna e à flora.

Regra geral, a elaboração de qualquer norma ambiental passa por duas fases: a primeira, de fixação de princípios gerais, que não apresentam grandes controvérsias; e, uma segunda, marcada por reuniões técnicas tratando de regras específicas (OLIVEIRA, 2016). Este dado permite inferir quão tortuoso é o caminho que conduz a edição de leis deste jaez e, não se pode olvidar, o maior desafio para os países integrantes do Mercosul reside na conquista de um grau de efetividade normativa, que se projeta no tempo da pós edição.

A defesa das diretrizes da ECO-92, na ambiência do Mercosul, já se encontra consolidada. Sem embargo, remanescem os desafios de cumprir uma segunda etapa, qual seja: a formulação de uma legislação ambiental comum aos países-membros, mediante um processo dialógico e dialético, em rodadas de discussão qualificada acerca de temas técnicos, setoriais e específicos conexos à vasta biodiversidade da América Latina.

E o que vem impedindo o Mercosul de chegar a tal objetivo? Os motivos são inúmeros, contudo, destaca-se a composição do SGT-6 e do GMC. O primeiro é formado, em sua maioria, por estudiosos ambientalistas dos países-membros, sendo seu objetivo propor projetos que garantam o desenvolvimento sustentável do Mercosul. De outra forma, o GMC possui representantes governamentais ligados à liberalização comercial e manutenção da zona de livre comércio. Observa-se, assim, a dificuldade de aprovar uma regra ambiental na ambiência do bloco, afinal, com raridade os representantes concordam em medidas mais drásticas (JARDEL; BARRAZA, 1998).

O estudo comparativo entre as legislações ambientais dos países-membros pode estimular discussões e debates, na tentativa de identificar institutos comuns e aplicáveis ao conjunto de países do Mercosul. Corrobora esta expectativa o fato de o Instituto LIFE ter promovido uma pesquisa em 2013, intitulada “Análise dos Aspectos Legais Ambientais na América do Sul e dos Atos Internacionais Ambientais ratificados pelo Brasil”. Este estudo contém tabela comparativa de alguns institutos do Direito Ambiental de alguns países latino-americanos, destacando-se os seguintes pontos comuns:

- a) As *reservas legais* são protegidas. Entende-se que os imóveis localizados em áreas rurais devem proteger uma parcela de sua vegetação nativa, sendo sancionada a destruição completa desta peculiar vegetação (LIFE INSTITUTE, 2013);
- b) Existem leis sobre *proteção dos recursos hídricos*. O dever de preservação perpétua de propriedades que contenham recursos hídricos e da respectiva vegetação nativa que se encontre ao seu redor é estabelecido de forma explícita (LIFE INSTITUTE, 2013);
- c) Há previsão de *compensações e imposições de penas em casos de exploração de florestas protetoras*. Observa-se haver a isenção de impostos ou incentivos fiscais para aqueles proprietários que estabeleçam em sua propriedade áreas de florestas protetoras (LIFE INSTITUTE, 2013);
- d) De maneira quase unânime, os membros do Mercosul entendem que deve haver a autorização ou licenciamento ambiental antes da construção de obras para geração de *energia*, com exceção do Uruguai (LIFE INSTITUTE, 2013);
- e) Atividades relacionadas à *mineração* somente são admitidas mediante a mensuração dos prováveis impactos ambientais por elas gerados, cabendo sanções em caso de descumprimento das normas editadas (LIFE INSTITUTE, 2013);

- f) Grandes obras somente podem ser realizadas após o *estudo de impactos ambientais*. Há uma diversidade de nomenclaturas sobre o assunto, variando de acordo com cada país (LIFE INSTITUTE, 2013).

Deste sucinto estudo comparativo compreende-se que Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai possuem institutos do Direito Ambiental semelhantes e passíveis de serem aplicados de maneira uníssona, no âmbito do Mercosul, principalmente nas regiões fronteiriças. Interessante notar o tratamento extremamente semelhante quanto aos estudos de impacto ambiental entre os países, sendo cabível sua aplicação harmônica, desde que estabelecidos parâmetros e penalidades comuns.

CONCLUSÃO

O Mercado Comum do Sul emergiu como resultado do processo de globalização e da necessidade de inserção em um mercado mundial cada vez mais competitivo, exigindo dos países sul-americanos a ampliação dos mercados nacionais, por meio de sua integração, para acelerar os processos de desenvolvimento econômico (ROCHA; CANTO; PEREIRA, 2005).

Deve-se atentar, no entanto, que tal desenvolvimento, se desvinculado de princípios basilares, pode gerar impactos desastrosos em determinados setores, entre os quais o meio ambiente. À vista disso, o Mercosul, por meio do preâmbulo do seu tratado constitutivo, busca contemplar, entre outros objetivos, a imprescindibilidade de se alcançar um desenvolvimento econômico vinculado à preservação ambiental.

Nessa conjuntura, conforme abordado ao longo do trabalho, a questão ambiental foi pauta de diversas reuniões do bloco, no decorrer dos anos subsequentes, destacando-se a criação do SGT-6 e o Acordo-Quadro, firmado em 2001. No que tange a legislação interna dos países membros, estes buscaram avançá-las em direção a um desenvolvimento econômico atrelado à qualidade do meio ambiente.

Evidente, os países membros ainda carecem de inúmeras providências a serem realizadas não apenas no aspecto legislativo, mas também no que diz respeito ao desenvolvimento de políticas ambientais sólidas. Observa-se igualmente a ausência de uma fiscalização mais eficaz que garanta o cumprimento das leis em tais países, além de uma política de ação preventiva e repressiva dos governos por danos causados ao meio ambiente (ROCHA; CANTO; PEREIRA, 2005).

A perspectiva apresentada por Minahim e Rocha defende a necessidade do estabelecimento de padrões de qualidade ambiental comuns aos países-membros para viabilizar a aplicação das normas (MINAHIM; ROCHA, 2013). Nesse viés, cumpre destacar que as respectivas legislações ambientais internas possuem diversos aspectos

convergentes capazes de garantir harmonia entre os sistemas jurídicos pátrios. A consequência é a potencialização da cooperação entre esses países, feito que culmina em maior efetividade na aplicação do direito.

Em síntese, a cooperação entre os países membros do bloco é um fator imprescindível para se atingir um efetivo desenvolvimento sustentável. Isto somente será possível por meio de um movimento progressivo de harmonização das normas jurídicas ambientais pátrias, e o compromisso mútuo em aplicá-las. Ainda que existam divergências que dificultam a implementação de um sistema jurídico harmônico, tal objetivo não deve ser tratado como uma mera utopia. Priorizar a questão ambiental é priorizar o bem-estar e a qualidade de vida dessa e das futuras gerações.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Paulo Roberto de. **O Mercosul: no contexto regional e internacional.** Disponível em: https://www.academia.edu/5546710/01_O_Mercosul_no_contexto_regional_e_internacional_1993_. Acesso em: 25 de maio de 2020.

ARGENTINA. **Constitución de la nación argentina.** Disponível em: <https://pdba.georgetown.edu/Parties/Argentina/Leyes/constitucion.pdf>. Acesso em: 24 de junho de 2020.

ARGENTINA. **Política Ambiental Nacional.** Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/79980/norma.htm>. Acesso em: 24 de junho de 2020.

BARBIERI, José Carlos. **Gestão Ambiental empresarial: conceitos, modelos e instrumentos.** 2 ed. atual e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARRAZA, Alejandro; JARDEL, Silva. **Mercosur: aspectos jurídicos y económicos.** Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 23 de junho de 2020.

CHAVEZ, Fátima Elizabeth Almada. **A questão ambiental na esfera pública e a democracia no Paraguai.** Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/5127/000421277.pdf?sequence=1>. Acesso em: 01 de julho de 2020.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 41 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**. 4ª ed. atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ESPÍNDOLA, Isabela Battistello; OLIVEIRA, Celso Maran de. **Harmonização das normas jurídicas ambientais nos países do Mercosul**. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/asoc/v18n4/1809-4422-asoc-18-04-00001.pdf>. Acesso em: 24 de junho de 2020.

GESEL. **Informativo Eletrônico nº 4.466 de 02 de janeiro de 2018**. Disponível em: <http://gesel.ie.ufrj.br/app/webroot/files/IFES/IFE4466.html#>. Acesso em: 26 de junho de 2020.

LIFE INSITUTE. **Análise dos Aspectos Legais Ambientais na América do Sul e dos Atos Internacionais Ambientais ratificados pelo Brasil**. Disponível em: <https://institutolife.org/wp-content/uploads/2018/11/Aspectos-Legais-03.11.pdf>. Acesso em: 28 de junho de 2020.

MAGALHÃES, Juraci Perez. **A Evolução do Direito Ambiental no Brasil**. 2 ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional privado**. 2 ed. São Paulo: Forense, 2017.

MEIRA, José de Castro. **Direito Ambiental**. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 19, n. 1, jan./jun. 2008.

MERCOSUL. **Acordo-Quadro sobre o Meio Ambiente do Mercosul**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/normas-e-legislacao/tratados/convencoes-meio-ambiente/acordo-mercosul.pdf>. Acesso em: 26 de junho de 2020.

MERCOSUL. **Tratado de Assunção de 26 de março de 1991**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/11/art20161103-08.pdf>. Acesso em: 26 de maio de 2020.

MINAHIM, Maria Auxiliadora; ROCHA, Alexandre Sergio. **O MERCOSUL e as normas ambientais**. Disponível em: <https://faculdedamas.edu.br/revistafd/index.php/relacoesinternacionais/article/view/209/19>. Acesso em: 07 de julho de 2020.

MORAES, Isais Albertin de; MORAES, Flávia Albertin de; MATTOS, Beatriz Rodrigues Bessa. **O Mercosul e a importância de uma legislação ambiental harmonizada.** Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/1876>. Acesso em: 26 de junho de 2020.

OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. **Direito Ambiental do Mercosul:** da negociação do protocolo adicional à ratificação do Acordo-Quadro sobre meio ambiente do Mercosul. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAmb_n.83.13.PDF. Acesso em: 26 de junho de 2020.

PARAGUAI. **Constitución de la República del Paraguay.** Disponível em: https://www.siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/py_3054.pdf. Acesso em: 01 de julho de 2020.

PARAGUAI. **Decreto N° 14.281/96.** Reglamenta la Ley N° 294/ 93 de Evaluación de Impacto Ambiental. Disponível em: <http://licenciasambientales.com/leyes/ley02.php>. Acesso em: 07 de julho de 2020.

PARAGUAI. **Ley N° 294/93.** Evaluación de Impacto Ambiental. Disponível em: <https://vicentebracho.files.wordpress.com/2011/11/ley-294-93-evaluacion-de-impacto-ambiental-y-decreto-reglamentario-14281.pdf>. Acesso em: 07 de julho de 2020.

PARAGUAI. **Ley N° 1561/00.** Crea el sistema nacional del ambiente, el consejo nacional del ambiente y la secretaria del ambiente. Disponível em: <http://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/1645/ley-n-1561-crea-el-sistema-nacional-del-ambiente-el-consejo-nacional-del-ambiente-y-la-secretaria-del-ambiente>. Acesso em: 01 de julho de 2020.

ROCHA, Ednaldo Cândido; CANTO, Juliana Lorensi do; PEREIRA, Pollyanna Cardoso. **Avaliação de impactos ambientais nos países do MERCOSUL.** Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/asoc/v8n2/28609.pdf>. Acesso em 07 de julho de 2020.

URUGUAI. **Aportes para una Estrategia de Desarrollo 2050.** Disponível em: https://estrategiadesarrollo2050.gub.uy/sites/default/files/inline-files/Estrategia_Desarrollo_2050.pdf. Acesso em: 08 de julho de 2020.

URUGUAI. **Constitución de la República del Uruguay.** Disponível em: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitucion>. Acesso em: 29 de junho de 2020.

URUGUAI. **Decreto N° 435/94**. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/decretos-originales/435-1994>. Acesso em: 01 de julho de 2020.

URUGUAI. **Lei nº 16.466/94**. Medio Ambiente. Disponível em: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp9043571.htm>. Acesso em: 01 de julho de 2020.

VALLS, Mariana. **Derecho Ambiental**: los grandes problemas ambientales que enfrenta la Argenta a fin de siglo – legislación y propuestas de solución. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999.

VIANA, Maurício Boratto. **O meio ambiente no MERCOSUL**. Disponível em: <http://www.bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/1285>. MAIO/2004. Acesso em 7 de julho de 2020.

SISTEMA ASIÁTICO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS: UM ESTUDO CRÍTICO SOBRE AS SUAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

RÔNISON APARECIDO DOS SANTOS:

Especialista em Direito Tributário pela Escola Nacional de Administração Pública (ENAP). Bacharel em Engenharia de Alimentos pela Universidade Federal de Viçosa (UFV). Bacharelado do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO.

SERGIANO REIS DA CONCEIÇÃO⁸

JULIANA CORRÊA⁹

KATIA GOMES DA SILVA¹⁰

LUCAS FERNANDES DE MORAIS VIDOVIX¹¹

PAULO ROBSON MARTA DA SILVA¹²

(coautores)

RESUMO: O presente trabalho visa apresentar as características principais do sistema asiático de proteção aos direitos humanos. Nesse sentido, são discutidos os seguintes atributos do aludido sistema: origem histórica; elementos caracterizadores tais como características, partes legítimas envolvidas na solução dos conflitos etc.; funcionamento do sistema de peticionamento; principais documentos legais constituintes; e, por fim, breve estudo sobre um caso prático em que o sistema foi efetivamente utilizado. Para tal, foi realizada uma ampla pesquisa científica, de caráter exploratório, descritivo e analítico, e

8 Tecnólogo em Análise e Desenvolvimento de Sistemas pela Universidade Norte do Paraná. Bacharelado do curso de Direito na Universidade Estadual do Tocantins. E-mail: sergianoreis@gmail.com

9 Especialista em Gestão, Supervisão e Orientação Escolar. Servidora pública do Estado do Tocantins.

Licenciada e Bacharel em Ciências Biológicas pela Universidade Estadual do Mato Grosso (UEMT). Assessora jurídica no Departamento Estadual de Trânsito do Tocantins (DETRAN/TO). Bacharelada do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO.

10 Especialista em Legislação Educacional pela UNITINS. Especialista em Docência de Ensino Superior pela Faculdade Suldamérica. Bacharel em Sistemas de Informação pelo Centro Universitário Luterano de Palmas (CEULP/ULBRA). Bacharelada do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO.

11 Bacharel em Engenharia Civil pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Bacharelado do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO. Servidor Público efetivo do Município de Porto Nacional. E-mail: lucasfermorais@hotmail.com

12 Bacharel em Gestão em Agronegócio pelo Instituto Federal do Tocantins (IFTO). Bacharelado do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO. 2º Sargento da Polícia Militar do Estado do Tocantins. Exerce atribuições de Operador Aerotático. E-mail:robson.0706@hotmail.com

foram realizadas as fundamentações de especialistas e entidades no ramo em comento, a fim de alcançar o objetivo central da pesquisa. Ato contínuo, serão exteriorizadas as considerações finais acerca da aplicabilidade dos direitos humanos na solução de conflitos nas comunidades asiáticas e dos desafios enfrentados pelos países asiáticos tendo em vista as suas diversidades cultural e social. Relevante expor que o trabalho mostrou que a pluralidade de identidades culturais da Ásia não pode ser considerada um óbice à consolidação da universalidade dos direitos humanos, mas, sim, um pilar para o enriquecimento das normas jurídicas internacionais com vistas à dignidade humana. Por derradeiro, são explicitadas as referências utilizadas na construção da plataforma teórica do presente trabalho.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Sistema de Proteção Asiático. Perspectivas Asiáticas. Universalismo. Relativismo Cultural.

ABSTRACT: This scientific paper aims to study the main characteristics of the Asian system for the protection of human rights. In this sense, the following attributes of the mentioned system are discussed: historical origin; characterizing elements such as characteristics, legitimate parties involved in conflict resolution etc.; functioning of the petition system in Asia; main constituent legal documents; and, finally, a brief study of a practical case in which the system was effectively used. To this end, extensive scientific research was carried out, with exploratory, descriptive and analytical approach, and the discussion of specialists and entities in the field under discussion were highlighted. Subsequently, the final considerations about the applicability of human rights in the solution of conflicts in Asian communities and the challenges faced by Asian countries in view of their cultural and social diversities were externalized. This work showed that the plurality of cultural identities in Asia cannot be considered an obstacle to the consolidation of the universality of human rights, but rather a pillar for the enrichment of international legal norms with a view to human dignity. Finally, the references used in the construction of the theoretical framework of the present work are explained.

Keywords: Human rights. Asian Protection System. Asian Perspectives. Universalism. Cultural Relativism.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Enquadramento teórico acerca dos direitos humanos. 2.1 Elementos caracterizadores dos direitos humanos. 2.2 Breve contextualização dos direitos humanos no âmbito da Ásia. 2.3 Concepção universalista e seus desdobramentos nos direitos humanos. 2.4 Relativismo cultural e seus desdobramentos nos direitos humanos. 3. Características principais acerca do sistema asiático de proteção aos direitos humanos. 3.1 Escorço histórico. 3.2 Sistema de peticionamento. 4 principais documentos legais constituintes do sistema asiático de proteção aos direitos humanos. 5. Breve relato de casos envolvendo o sistema asiático de proteção aos direitos humanos. 5.1 Caso I: condenação de mãe vietnamita e seu filho a oito anos de prisão por movimento pelos direitos a terra.

5.2 Caso II: prisão de cinco ativistas ambientais por incitação a crime em Camboja. 5.3 Caso III: crise de Rohingya em Mianmar e ineficiência da ASEAN. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Sabe-se que os direitos humanos se referem a um conjunto de valores e princípios que promovem o desenvolvimento pleno do indivíduo no âmbito econômico, político, social e cultural. Como protegem a dignidade humana e se refletem no prisma da igualdade, da justiça e da liberdade, sendo inerentes à existência humana, além de estarem atrelados à moralidade e racionalidade humana, tais direitos são considerados inalienáveis e universais.

Curial delinear que os direitos humanos são decorrentes de uma gama de processos histórico-culturais. Nesse passo, vale lembrar a importância da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, fruto do movimento social e político conhecido como Revolução Francesa (1789-1799), na seara dos direitos humanos. Isso porque a referida Declaração expressamente reconheceu, sob o manto da liberdade, igualdade e fraternidade, diversos direitos sociais e políticos aos homens e abriu margem para outros Estados encamparem essa nova visão. Prosseguindo-se, deve-se anotar que alguns processos histórico-culturais trouxeram marcas inelidíveis para a humanidade, como, por exemplo, a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), com mais de vinte milhões de mortos, a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), com mais de setenta milhões de mortos, o genocídio de mais de seis milhões de pessoas entre judeus, comunistas e homossexuais, no período de 1941 a 1945, executado por indivíduos com ideologias nazistas, entre vários outros. Impende assentar que todos esses conflitos impulsionaram a necessidade de a comunidade global institucionalizar a proteção dos direitos e garantias do ser humano com o fito de que as atrocidades e as barbaridades ocorridas no passado sejam uma sinalização de aprendizagem e de que nunca sejam praticadas novamente. Desse modo, iniciou-se a internacionalização dos direitos humanos.

Sob esse giro e considerando o resultado trágico dos conflitos internacionais e a fome, a pobreza e a violência que assolavam a humanidade, foi fundada, em 24/10/1945, por meio da Carta das Nações Unidas, a Organização das Nações Unidas (ONU), sediada em Nova Iorque/Estados Unidos da América (EUA). Tal organização objetiva a manutenção da paz, da justiça, da segurança, da cooperação entre as nações e o desenvolvimento sustentável do planeta. Nessa linha, sobreleva registrar que a ONU busca a resolução dos conflitos atinentes aos campos econômico, cultural, humanitário, político e social, além de trazer à baila a relevância dos princípios e valores cujo âmago corresponde à dignidade

humana. De mais a mais, a ONU discute, além de direitos humanos, assuntos referentes a meio ambiente como clima, alimentos, recursos naturais e tecnológicos, entre outros.

Com vistas à consolidação dos direitos humanos e considerando fundamental uma resposta da comunidade global à intolerância racial e étnica, a ONU elaborou a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), a qual foi proclamada em Paris/França por sua Assembleia Geral em 10/12/1948. Tal declaração trata de vários assuntos voltados para os direitos humanos, tais como a vida, a liberdade, a justiça, a paz, a segurança, a igualdade, a educação, a dignidade, a alimentação, a moradia, etc., insculpindo, destarte, direitos imprescindíveis ao desenvolvimento humano.

Nessa trilha, em que pese a existência de várias organizações, tratados e convenções internacionais que versem sobre temáticas permeadas nos direitos humanos, existem regiões do planeta que estão imersas em desigualdades sociais, como é o caso do continente asiático.

Relativamente à proteção dos direitos humanos no continente asiático, imperioso asseverar que a aludida região se constitui em um palco de variados conflitos revolucionários e abarca povos com diferentes tradições culturais, sobretudo quando comparadas com as comunidades ocidentais. Sendo assim, é extremamente dificultoso descrever o continente asiático em termos de direitos humanos. Porém, nesse presente trabalho, será realizada uma abordagem geral, sem perder a discussão de alguns pontos específicos, sobre a temática dos direitos humanos de modo a explicitar a aplicação dos seus sistemas regionais de proteção nas comunidades asiáticas.

Sublinhe-se que, conforme o Portal *Nations Online* (2021), o continente asiático é composto atualmente por 50 (cinquenta) países e estima-se a sua população em 4,6 bilhões de habitantes, representando cerca de 60% da população mundial. De mais a mais, os países mais populosos do continente são a China, contando com, aproximadamente, 1,42 bilhão de habitantes (dados de 2020 da *United Nations*), e a Índia com cerca de 1,36 bilhão de habitantes (dados de 2020 da *United Nations*).

Preliminarmente, é indubitável que há desafios a serem ultrapassados pela Ásia concernente à proteção dos direitos humanos, tendo em vista a sua diversidade cultural e os interesses obscuros de governantes, que utilizam os seus poderes de administração para promoverem regimes totalitários e opressores. Nessa senda, a Federação Internacional de Direitos Humanos (FIDH) assevera que existe uma ideologia política em vários países asiáticos pautada no uso do relativismo cultural para negar a universalidade dos direitos humanos. Pertinente elucidar que tal ideologia justifica que o Ocidente é imperialista e que os seus costumes, os seus direitos e as suas liberdades individuais promovem a decadência moral de toda a sociedade. A entidade salienta ainda que essa estratégia busca o enfraquecimento da universalidade do ser humano, sobretudo na negação de

determinados direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, por exemplo (FIDH, 2015).

Ademais, nesse contexto, resta-se inequívoca a necessidade da discussão sobre o relativismo e o universalismo dos direitos humanos, a partir da concepção da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Tal debate está cada vez mais atual e imprescindível para uma melhor compreensão de deveres, valores e liberdades individuais e coletivas. Em um mundo onde as fronteiras entre as nações são rompidas por meio de recursos tecnológicos, urge o debate da proteção da dignidade humana nas mais diversas nações (BRASIL e OLIVEIRA, 2019).

Nessa toada, o presente trabalho visa compreender os pontos mais importantes dos sistemas de proteção asiáticos como: - origem histórica; características, partes legítimas envolvidas na solução dos conflitos etc.; funcionamento do sistema de peticionamento; principais documentos legais constituintes; e, por fim, breve estudo sobre casos práticos envolvendo os direitos humanos em que os mecanismos de proteção foram acionados.

Mister pontuar que a pesquisa científica consubstanciada no presente trabalho consiste em estudo dotado de caráter exploratório, descritivo e analítico acerca do sistema asiático de proteção aos direitos humanos. Nesse sentido, foi efetuada uma revisão teórica do assunto por meio de análises comparativas e conclusivas de informações evidenciadas por especialistas e entidades no ramo de Direitos Humanos.

Por derradeiro, basilar explicitar que, ao final do presente trabalho, são exteriorizadas as considerações finais acerca da aplicabilidade dos direitos humanos na solução de conflitos nas comunidades asiáticas e dos desafios enfrentados pelos países asiáticos, tendo em vista as suas diversidades cultural e social, e as referências bibliográficas utilizadas na construção da exposição textual em apreço.

2. ENQUADRAMENTO TEÓRICO ACERCA DOS DIREITOS HUMANOS

2.1 Elementos caracterizadores dos direitos humanos

Em primeiro plano, relevante registrar a conceituação de direitos humanos. Nesse passo, Moraes (2006) esclarece que os direitos humanos consistem em um conjunto de direitos e garantias insculpidos no arcabouço jurídico do Estado e concernentes ao ser humano, que visam à proteção da dignidade humana. Por meio deles, o ser humano é protegido contra as decisões arbitrárias estatais e são plasmadas as condições basilares para o desenvolvimento saudável da personalidade humana.

Já Mazzuoli (2015) trouxe os entendimentos acerca dos atributos dos direitos humanos que se seguem. O autor assenta que os direitos humanos, identificados como os direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, possuem, entre outros, os seguintes atributos: - universais, sendo aplicáveis a todas as comunidades do planeta; - indivisíveis, visto que, ao longo do tempo, são acumulados e reforçados; - interdependentes, visto que as suas searas de incidência (política, social, econômica e social) se desenvolvem mutuamente; - interrelacionados, pois os direitos e os seus sistemas de proteção devem seguir um caminho de interação com vistas à sua efetiva aplicação.

Dispõe Duarte (2013) que são características dos direitos humanos, além das já citadas por Mazzuoli (2015), as seguintes: - imprescritibilidade, visto que não se exaurem ao longo do tempo; - indisponibilidade, uma vez que são insuscetíveis de renúncia; - inalienabilidade, visto que não são elementos negociáveis ou comercializáveis; - historicidade, visto que advêm de processos históricos; - vedação ao retrocesso ou efeito *cliquet* ou efeito ampliativo, visto que não admitem supressão ou redução de conteúdo semântico; - inerência, visto que são imanentes à natureza humana; - limitabilidade, visto que podem ser limitados em ocasiões excepcionais; - caráter principiológico, pois os direitos humanos constituem normas jurídicas que devem ser cumpridas em seu mais alto grau de otimização; - inesgotabilidade, uma vez que o rol dos direitos humanos é exemplificativo e está sujeito a criação de novos valores e a reconstrução dos preexistentes ao longo do tempo.

Para Piovesan (2019), os direitos humanos, que englobam os civis, os políticos, os sociais e os econômicos, emanam da existência do indivíduo, ou seja, são direitos intrínsecos à condição humana, devendo-se, assim, ser objeto de normatização e controle internacional. Consoante a laureada autora, os direitos humanos são construídos, reconstruídos e aperfeiçoados ao longo do tempo e são influenciados, por consequência, pelos aspectos histórico-culturais da coletividade. Especifica que o ponto fulcral dos direitos humanos consiste na dignidade humana, uma vez que engloba valores atinentes a justiça e a ética, que são pilares dos direitos e garantias fundamentais e, destarte, da essência humana. Outrossim, a autora versa, por oportuno, que o princípio da dignidade humana abarca uma alta carga semântica, além de ser considerado uma diretriz ou um vetor na interpretação e valoração de todo o sistema jurídico interno e externo.

Nesse diapasão está o entendimento de Lafer (2020), visto que o autor considera que direitos humanos representa um conjunto de direitos norteadores dos valores humanos, estando esses direitos em contínua transformação.

Para Bobbio (1992), os direitos humanos mudam de acordo com a perspectiva histórica em exame e, devido a isso, não apresentam um fundamento comum de sua existência. Assim, em cada lapso temporal em que a civilização está inserida, constata-se a existência de mudanças nos elementos que compõem os aludidos direitos. Sendo assim,

pode ocorrer o surgimento de direitos complementares aos existentes ou até a supressão deles, consoante o momento histórico-social. Ainda sobre o assunto, o autor evidencia a necessidade não só de instrumentos que efetivamente promovam a garantia dos direitos humanos como também de defesa racional de seus pilares.

Outros especialistas, como Silva (2003), explicitam que os direitos humanos não apresentam contornos definidos e que, à medida que as comunidades se desenvolvem, novos direitos são evidenciados. Nessa esteira, os direitos humanos se complementam e se relacionam, além de possuírem um ponto nuclear em sua essencialidade, pois objetivam o desenvolvimento saudável do ser humano. Sedimenta o autor que os direitos humanos, por serem intrínsecos à dignidade humana, não precisam, necessariamente, de estarem positivados em normas jurídicas.

Sobre o assunto em discussão, Piacentini (2007) sublinha que os direitos humanos são aqueles consubstanciados em algum instrumento internacional, como tratado, convenções ou declarações internacionais. Em conformidade com o entendimento da referida autora, o fundamento dos direitos humanos é indiscutível já que os seus princípios e valores foram objeto de reconhecimento pelos Estados.

Martínez (1999) encampa que os direitos humanos se fundamentam sob a ótica das razões morais, as quais se referem à solidariedade, à igualdade, à segurança jurídica e à liberdade. Para o autor, as razões morais decorrem da dignidade humana e são essenciais para a efetivação dos direitos humanos.

Por derradeiro, interessante trazer à tona o que Rouland (1998 apud Piacentini, 2007) preceitua sobre a efetivação dos direitos humanos. O antropólogo explica que os fatores culturais influenciam significativamente na realização dos direitos humanos. Aduz que não basta o Estado apresentar um forte desenvolvimento econômico, caso os seus valores culturais estejam sob tensão ou conflito. Ademais, realça a necessidade de um núcleo comum de direitos humanos a ser observado pelas diversas culturas do planeta.

2.2 Breve contextualização dos direitos humanos no âmbito da Ásia

Nos tempos atuais, há um evidente impulso do mecanismo de globalização sobre todos os aspectos humanitários. Nessa seara, observa-se uma maior preocupação dos Estados no tocante ao desenvolvimento social, econômico, político e cultural. Insta notar, porém, que esse impulso desenvolvimentista em suas várias facetas iniciou-se a partir de uma fase da história humana caracterizada por eventos trágicos ocorridos no século XX, tais como a Primeira Guerra Mundial, a Segunda Guerra Mundial e o genocídio dos judeus e de outros grupos minoritários devido às práticas nazistas, entre outros eventos fatídicos.

Nessa ambiência e considerando a necessidade de pacificação social e da elevação dos direitos e garantias fundamentais do ser humano, conforme salientam Silva, Freitas e Macedo (2012), surgiram Convenções, Tratados e Declarações Internacionais assinados entre diversos países. Importa apontar que a DUDH foi proclamada em 1948 pela ONU como um reflexo às atrocidades à dignidade humana produzidas pelo homem nos regimes totalitários, consoante anotado por Piovesan (2019). Ademais, Feitosa (2007) consubstancia que a DUDH tem sido utilizada como texto-base para a positivação de direitos humanos em diplomas constitucionais de vários Estados, o que evidencia o incontestável papel da aludida Declaração na busca da realização dos direitos humanos no planeta, sobretudo no tocante à liberdade, à justiça e à pacificação social.

Oportuno referenciar que, embora exista um maior número de Tratados e Convenções Internacionais acerca dos direitos humanos, o panorama mundial, no tocante aos direitos humanos, se revela preocupante. Barretto (2003) frisa que vários países não conseguem ou não têm a pretensão de, efetivamente, garantir, por meio de seus sistemas jurídicos, os direitos e garantias fundamentais aos seus cidadãos.

Contudo, devido às singularidades culturais de cada Estado, existem diferenças que, eventualmente, se destacam no tratamento dos direitos humanos. Não raro, conforme relatado por Adorno (2007), a sociedade se depara com situações concretas envolvendo perseguições, genocídios, mutilações etc., em diversos países. Tais ocorrências podem ser motivadas pela ausência de uma política pública estatal, sobretudo em países subdesenvolvidos, voltada para a proteção dos direitos e garantias do ser humano.

Prosseguindo-se, pertinente reforçar que as concepções acerca dos direitos humanos na Ásia são marcadas pelo seu modo incipiente devido às especificidades sociais e culturais do continente. Conforme FIDH (2015), os valores asiáticos demonstram que existem traços culturais das comunidades asiáticas que são incompatíveis com certos direitos e liberdades alusivos aos direitos humanos. Outrossim, Silva e Costa (2016) explicitam que a civilização asiática considera que os direitos humanos lavrados pela cultura ocidental não a representam, o que justifica o não acolhimento significativo desses direitos no continente. Nesse compasso, Piacentini (2007) realça que as sociedades asiáticas se caracterizam por serem comunitárias e consensuais, enquanto as sociedades ocidentais possuem um caráter mais individualista e competitivo.

Sob esse prisma e considerando a abordagem da temática pela FIDH (2015), vários países asiáticos possuem leis que restringem as liberdades de expressão, as quais estão fundamentadas em conceitos como a segurança nacional, a ordem pública ou os interesses estatais. Vê-se, claramente, que essas leis violam os direitos humanos. Por exemplo, cabe expressar que países como Vietnã, China e Mianmar se ancoram nessas leis com o fito de, por exemplo, prender dissidentes políticos, assediar defensores dos direitos humanos e desencorajar manifestações públicas acerca das ofensas a direitos humanos.

Nesse sentido, pode ser visualizada essa sistemática de restrição dos direitos humanos nos exemplos que se seguem, conforme informações da FIDH (2015). Em Singapura, a *Societies Act*, a *Public Entertainment and Meetings Act (PEMA)* e a *Public Order Act* são usadas, com base no princípio da segurança pública, para negar pedidos de autorização para reuniões públicas. Na lei japonesa, o conceito de “bem-estar público” é vago e amplo, situação essa que, inclusive, já foi apontada pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU, o que culmina em abusos por parte das autoridades locais. A Índia adotou leis (a *Special Powers Act* e a *Terrorist and Disruptive Activities Act*, por exemplo) que restringem as liberdades individuais, aplicadas em estado de emergência e circunstâncias excepcionais, porém abrem margem para graves violações de direitos humanos, sobretudo em áreas afetadas por conflitos armados.

Relativamente aos valores asiáticos, observa-se que eles se situam em uma atmosfera polêmica, pois, quando se aprecia o cerne dos aludidos valores, esbarra-se na universalidade dos direitos humanos. Nessa linha, sob a ótica dos valores asiáticos, as liberdades e garantias fundamentais podem gerar instabilidades sociais e promover a decadência moral. FIDH (2015) cita que, nesse contexto, os direitos à liberdade de expressão (sobretudo, a liberdade de imprensa), à liberdade de associação e à liberdade de participação política são particularmente visadas, sofrendo restrições em seu bojo. Os defensores desses valores justificam a sua visão por meio dos seguintes princípios (FIDH, 2015): - respeito às autoridades e aos idosos; - respeito aos valores familiares e comunitários; - ênfase nos deveres do indivíduo no contexto social, sobretudo os relacionados ao trabalho que garante a independência econômica e a estabilidade social; - busca por consenso e harmonia nas esferas política, social e familiar; - primazia do desenvolvimento econômico sobre as liberdades individuais, pois os direitos civis e políticos são descritos como individualistas e geradores de desordens.

Nessa esteira, relevante, por oportuno, exteriorizar que, conforme os ensinamentos de Silva (2008), as perspectivas asiáticas de direitos humanos estão pautada em práticas confucionistas, as quais visam às relações sociais justas e sinceras. Segundo Santos (2018), o confucionismo, uma das doutrinas mais proeminentes da China, constitui uma corrente filosófica e ética ancorada nas ideologias de Kung-Fu-Tzu, nomeado de Confúcio. Consoante Baldi (2004), para atingir os seus objetivos de prosperidade humana, o confucionismo busca o senso de humanidade existente entre os seres humanos, a fim de que seja aplicado às condutas sociais. Ademais, Santos (2018) explicita que o confucionismo prega a conciliação entre o comportamento humano, adequado e justo, e os fenômenos político-sociais. Em suma, a doutrina em comento se fundamenta na fraternidade, reciprocidade e benevolência entre os indivíduos, no domínio do poder justo e equilibrado, na importância da educação moral dos indivíduos, na solução consensual

dos conflitos, na lealdade familiar, na obediência aos genitores, no respeito às pessoas mais idosas, numa família harmônica e estruturada.

Nessa trilha semântica, Silva (2008) consigna que os governos asiáticos sofrem pressão externa quanto à temática da proteção dos direitos humanos, cuja motivação tem por finalidade um projeto de universalização de valores fomentado por potências ocidentais. Nessa esteira, tal projeto usurpa as suas prerrogativas e não observa as singularidades das nações do bloco asiático, levando-se, assim, a infundáveis debates no âmbito internacional, uma vez que desconsidera a diversidade e a complexidade presentes na Ásia, como, por exemplo, os valores culturais, religiosos, a questão das línguas, modelo político, etc. Frise-se que a concepção universalista conflita com esse relativismo cultural dos Estados asiáticos.

Esclarece Silva (2008) que alguns governos asiáticos fazem a apologética de que o contexto concernente aos direitos humanos se encontra abrangido pela sua jurisdição interna, não sendo, portanto, aceitável a gerência externa de outros Estados ou entidades no tocante à temática em comento. Demais disso, menciona a referida autora que os Estados asiáticos sempre trazem à tona o princípio da soberania estatal quando se trata de aplicação e observância dos direitos humanos em suas comunidades.

Porém, Silva e Costa (2016) denotam que os países asiáticos têm ratificado Tratados Internacionais de Direitos Humanos, embora ainda não apresentem uma efetiva proteção dos direitos humanos. Como exemplo, pode-se citar a Comissão Intergovernamental de Direitos do Homem, inaugurada em 2009, pela Associação de Nações do Sudeste Asiático (ASEAN) com vistas à promoção e à defesa dos direitos humanos, por meio da sensibilização da opinião pública e da educação, em seara regional (AGENZIA FIDES, 2009). Importa advertir que há outros mecanismos de acionamento dos direitos humanos asiáticos que serão abordados em tópicos específicos no presente trabalho.

2.3 Concepção universalista e seus desdobramentos nos direitos humanos

Volpini Silva (2010) leciona que o universalismo pode ser definido como uma corrente que visa à proteção universal de direitos e liberdades fundamentais, independentemente da tradição cultural em exame. Isso porque o fundamento dos direitos humanos está consubstanciado na dignidade humana, a qual não pode ser distinta entre as comunidades.

Assevera Silva (2008) que os direitos humanos e as obrigações decorrentes deles, sob a concepção universalista, se aplicam a todos os seres humanos, independente de juízo de valores. Cranston, citado por Silva (2008), consigna que o direito humano consiste em um direito que advém, sem entrelaçamento ao tempo e ao espaço, da moral universal e da essencialidade humana, sendo, portanto, dotados de atributos de universalidade e

inalienabilidade. Demais disso, o especialista enfatiza que o ser humano não pode ser privado dele, pois tal ato constitui uma veemente ofensa à justiça.

Sustenta Trindade (2003) que a concepção em apreço se compatibiliza com a diversidade ideológica em suas esferas cultural, social e política. O autor frisa que, no cenário de valorização da dignidade humana, inclusive, deve se verificar o respeito aos padrões sociais de cada comunidade. Aduz que a limitação dos direitos individuais plasmada por visões divergentes do universalismo não pode ser aceitável, de acordo com os parâmetros lógicos e morais.

Defende Mazzuoli (2015) a concepção universalista, baseada na existência de direitos humanos básicos universais, que garante um padrão mínimo de dignidade humana, e afirma que a diversidade humana relativamente aos seus aspectos históricos, políticos, religiosos e culturais não pode fundamentar a violação ou a redução dos direitos humanos. Sendo assim, para o autor, a ideologia plasmada no relativismo cultural no tocante à proteção internacional dos direitos humanos deve ser afastada. Pontua, ademais, o dever dos países em proteger as suas respectivas comunidades contra ofensas aos direitos humanos.

Preceitua Ramos (2018) que, com o universalismo na área dos direitos humanos, já não é mais possível uma interpretação nacionalista dos direitos em exame, visto que essa pode ser questionada perante as entidades internacionais que fiscalizam a observância dos direitos em questão pelos Estados. Pontua-se que, na hipótese de descumprimento pelos Estados dos direitos assentados em tratados, acordos ou convenções, devem os Estados signatários das entidades internacionais, como, por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e outros órgãos internacionais, cumprir a interpretação internacionalista, que, porventura, esteja fixada.

Silva, Freitas e Macedo (2012) argumentam que a universalidade dos direitos humanos alicerçados na DUDH representa uma ideia imposta pelos países desenvolvidos sem observar as divergências sociais existentes em países subdesenvolvidos. Nesse rumo, os direitos humanos são traduzidos a direitos insculpidos em normas jurídicas, porém sem a sua aplicação prática.

Sob esse prisma, Flores (2009) tece que a reflexão teórica trazida à baila pela DUDH é insuficiente em termos de garantia dos direitos e garantias humanos, devendo-se haver uma nova apreciação de seus termos de modo a refletir, verdadeiramente, as pretensões sociais de cada Estado.

Consoante Silva (2008), o sistema regional asiático de direitos humanos está em emergência. Nesse raio semântico, o que se verifica na prática no continente asiático, de

uma forma ampla, é a emergência de concepções sobre direitos humanos. De acordo com a citada autora, os especialistas do ramo têm ressaltado que a Ásia abarca grandes diversidades culturais, sociais e ideológicas, além de significativas desigualdades sociais e econômicas. Aduzem que, em virtude de a cultura asiática priorizar as práticas voltadas para a coletividade, a igualdade e a liberdade, as ideias universalistas do modelo ocidental, pautado no individualismo, não seriam apropriadas para o continente. Sendo assim, constata-se uma limitação do universalismo no tocante aos direitos humanos no continente asiático. Frise-se que cada Estado tem, de acordo com os seus padrões culturais, a sua metodologia de avaliação dos direitos e garantias fundamentais alusivos ao ser humano, o que traz à tona o relativismo cultural no campo dos direitos humanos.

Nigro (2005 apud Silva, Freitas e Macedo, 2012) registra que, no contexto asiático, há a necessidade de os grupos sociais, respeitando a sua diversidade cultural e ideológica, lutar para o reconhecimento de seus direitos e garantias, sobretudo os jurídicos e os políticos. Caso contrário, os especialistas assentam que a hegemonia cultural do ocidente consistente no individualismo solapará as singularidades sociais e culturais do continente asiático.

Sustenta Silva (2008) que, na Declaração de Bangkok, adotada em abril de 1993, na conferência regional dos Estados asiáticos, são reafirmados os princípios do respeito pela soberania nacional e pela integridade territorial, assim como o princípio da não-ingerência nos assuntos internos dos Estados e o não uso dos direitos humanos como instrumento de pressão política. Sendo assim, a posição de alguns países da Ásia, mesmo os que têm aspectos internacionais, a exemplo da China e da Índia, no que tange aos direitos humanos, retoma a uma interpretação dos direitos humanos que se atrela somente à sistemática interna de cada nação, não sendo influenciada, predominantemente, por parâmetros internacionais acerca do assunto. Importante frisar que, no parágrafo 8º da Declaração em comento, está evidenciado que os direitos humanos são universais por natureza, porém devem ser analisados por meio de um processo dinâmico e evolutivo das normas jurídicas, de modo que se considerem as particularidades das comunidades asiáticas no tocante a seus aspectos históricos, culturais e religiosos.

Ademais, Silva (2008) consigna que a proposta de agenda da delegação indiana à conferência mundial, em nome do grupo asiático, faz referência às particularidades culturais, à integridade territorial e ao princípio da não-ingerência nos assuntos internos dos Estados, mas não deixa de se vincular ao princípio da universalidade. Dessa forma, sobreleva anotar que a posição adotada pelos Estados asiáticos mostra-se contrária à adoção, sem reparos, da concepção universalista quando se trata da questão de direitos humanos.

Como explanado, a noção universalista dos direitos humanos não é, majoritariamente, aceita pelos Estados do bloco asiático. Todavia, isso não significa que

estes se omitiram de uma posição acerca do tema em apreço. Para isso, foi criada, em 1967, a Associação das Nações do Sudeste Asiático (ASEAN), que visa ao desenvolvimento econômico, social, político e cultural de seus países-membros (DEILTON e COSTA, 2017). Em 2007, importa citar que a ASEAN promulgou a sua carta de direitos humanos, demonstrando, ainda que em aspecto tímido, a fundação de um mecanismo de salvaguarda dos direitos de seus povos.

Silva, Freitas e Macedo (2012) consideram que a ASEAN tem apresentado progressos, sobretudo nas comunidades asiáticas caracterizadas pelo multiculturalismo e por diversidades econômico-sociais. Frisam, adicionalmente, que há um aprofundamento e desenvolvimento da aludida entidade. Nesse passo, pode-se vislumbrar os seus avanços a partir da formação da Comissão Intergovernamental de Direitos Humanos da ASEAN, a qual aprecia temáticas voltadas aos direitos humanos de seus povos. Adverte-se que os estudos mais minuciosos sobre a aludida associação serão realizados em tópicos específicos do presente trabalho.

Ante o exposto, embora haja uma gama de esforços das organizações internacionais e Estados no sentido de demonstrarem a universalidade dos direitos humanos, a concepção universalista é ainda amplamente contestada no âmbito social (SILVA, 2008), em que pese ser incontestável a existência de um núcleo comum e intangível de direitos humanos que se configura como indissociável à construção da dignidade humana.

2.4 Relativismo cultural e seus desdobramentos nos direitos humanos

Consoante Piacentini (2007), o relativismo cultural encampa a ideia de que todas as regras são relativas sob a esfera cultural. Isso porque cada grupo social estabelece os seus valores, as suas regras e os seus princípios, culminando em produção de ideologias políticas, culturais e sociais distintas entre comunidades. Além disso, para a concepção relativista não há hierarquização de práticas, valores e hábitos culturais, não havendo, destarte, direitos humanos universais.

Herskovits, citado por Silva (2008), explicita que o relativismo cultural se caracteriza por valorizar os costumes e valores inerentes a cada sociedade. Nessa linha, são toleradas as diferenças existentes entre as regras nos Estados devido às suas especificidades.

Por conseguinte, o relativismo cultural compreende e avalia determinadas ações sociais após a análise de regras e normas internas de uma dada cultura, não sendo permitida a nenhuma cultura impor seus padrões de conduta às demais.

Sob o prisma do relativismo cultural, Silva (2008) anota que o julgamento moral das regras e dos costumes de uma determinada sociedade somente pode ser efetuado por

meio de um padrão com referência às regras internas sociais, pois, somente com a compreensão holística dessas regras, pode-se julgar moralmente as ações sociais. Nessa senda, a autora sublinha que não pode existir um padrão de julgamento que esteja desassociado do modo de vivência de cada sociedade. Outrossim, não pode um Estado impor arbitrariamente os seus padrões culturais a uma outra sociedade.

Nesse diapasão o entendimento de Volpini Silva (2010). Para a autora, o relativismo cultural prega que a interpretação das condutas sociais de uma determinada civilização deve ser concretizada sob o ângulo de suas próprias regras. Demais disso, realça a autora que se faz fundamental o respeito a essas manifestações sociais.

Silva (2008) leciona que há 3 (três) vertentes do relativismo: - extremo, no qual cada sociedade tem os seus padrões morais os quais não podem ser comparados com padrões de outras civilizações; - forte, no qual a cultura de cada sociedade consiste na principal fonte para validação das regras sociais, além de admitir a aplicação reduzida de direitos humanos universais para conter excessos gerados pela concepção relativista; - fraco, no qual a cultura representa uma relevante fonte de validação de regras sociais, além de admitir uma ampla gama de direitos humanos universais.

Alinhando-se a essa ideia, Barretto (2003) sustenta que a estipulação de padrões universais de comportamento social é inaceitável, visto que há várias singularidades (valores e costumes) sociais que não podem ser generalizadas. Segundo o autor, o relativismo cultural se baseia em uma constatação antropológica, na qual a humanidade é composta de diferenciadas práticas e valores sociais. Nesse sentido, vislumbra-se que as culturas são pluralistas em sua composição, não sendo possível o estabelecimento de regras universais comportamentais no seio social. Ademais, para o autor, quando se padronizam regras e práticas sociais, ocorre-se uma redução da diversidade cultural presente no planeta. Entretanto, Barretto (2003) ressalta que é inequívoca a existência de necessidades ou valores compartilhados de caráter universal, que ultrapassam as fronteiras culturais, entre os seres humanos como sentimentos de afeição, cooperação, entre outros.

Donnelly (2003) afirma que não se pode negar que há uma gama de regras morais e organizações sociais no mundo. Nessa trilha, a especialista registra que a problemática do relativismo cultural não se situa na conceituação dos direitos humanos em si, mas, sim, na sua exteriorização, isto é, em sua prática. A partir de pesquisas realizadas, a autora evidencia que os direitos humanos entre vários Estados se assemelham. Contudo, a sua prática pode se diferenciar, de acordo a cultura local em exame.

Nessa esfera de conhecimento, Baldi (2004) denota que a concepção relativista acerca dos direitos humanos pode trazer alguns embaraços nebulosos para serem resolvidos. Isso porque vários Estados apresentam uma interpretação singular sobre a

dignidade humana e a justiça social. Nesse sentido, conflitos nessa seara podem ficar cada vez mais comuns, gerando mais desigualdades sociais e políticas nas comunidades.

De acordo com Silva (2008), alguns países asiáticos enfatizam que culturas diferentes possuem direitos e deveres distintos. Devido a isso, eles alegam que as culturas ocidental e asiática apresentam identidades diferenciadas. Sustentam que, enquanto a cultura ocidental valoriza a autonomia do indivíduo, a cultura oriental exterioriza que os direitos da coletividade devem prevalecer sobre os do indivíduo, de modo a reforçar a coesão social. Portanto, sob a perspectiva asiática, são considerados direitos humanos aqueles que não trazem malefícios à sociedade e que promovem a identidade e a dignidade dos indivíduos em prol da comunidade. Ademais, as civilizações asiáticas consideram que a família corresponde a um alicerce social e que os conflitos devem ser resolvidos por métodos consensuais e não litigiosos.

No que concerne à questão do relativismo dos direitos humanos em face das particularidades de cada Estado, importante anotar que essa concepção é adotada por alguns governos da Ásia. Esses refutam a incoerência da aplicação dos direitos humanos a partir do prisma universalista, uma vez que a realidade de seus Estados difere das nações ocidentais, conforme amplamente discutido no presente trabalho, e, em virtude disso e buscando o desenvolvimento necessário de suas comunidades, torna-se aceitável certo grau de relativismo quanto ao positivismo dos direitos humanos (SILVA, 2008).

Mister registrar que essa perspectiva de direitos humanos na Ásia, defendida pelos Estados da região e pautada no relativismo cultural e no menor foco na teoria universalista, está plasmada em sua distinta realidade econômica, política, social e cultural. Diante de tal conjectura, os países asiáticos alegam que se tornam alienáveis alguns valores dos direitos humanos incluídos na concepção universalista e que, sob a esfera da realidade das comunidades asiáticas, não podem ser aplicados, pois, senão, o desenvolvimento nacional e a própria pessoa portadora de direitos seriam afetados.

Ainda nessa esteira, Costa e Brasil (2017 apud Silva, 2008) dissertam que, devido ao subdesenvolvimento na seara econômica, os direitos civis e políticos, tão sacramentados nas constituições ocidentais, se evidenciarão como irrelevantes na Ásia. Frisam os aludidos autores que essa posição é defendida por alguns governos proeminentes do continente em seus planos interno e internacional.

Não obstante, para muitos atores ligados a essa área do Direito Internacional, há de se discutir essa apologética do relativismo cultural quanto às questões dos direitos humanos na Ásia, em busca de uma possível liberdade para o desenvolvimento dos Estados nos âmbitos econômico e político. Nessa linha, é, de veras, muito questionado o fato de, por exemplo, uma nação como a China, uma das grandes potências mundiais, a qual,

todavia, tem contra si severas críticas relativamente às liberdades civis e a outras questões humanitárias. Tal entendimento é também perfilhado pelo professor More (2017), quando firma que as violações de direitos humanos se fazem presentes em todos os continentes, sendo os países desenvolvidos ou subdesenvolvidos. Fixa o referido autor que as violações não estão intrinsecamente vinculadas à pobreza ou à exclusão econômica e social, embora esse seja um contexto ideal para o surgimento de transgressões aos direitos humanos.

Nesse compasso, relevante trazer à baila algumas considerações realizadas por Brasil e Oliveira (2019). Segundo esses autores, a DUDH não considerou a diversidade cultural das Nações quando fora elaborada, tendo por premissa verdadeira somente os valores ocidentais. Explicitam os autores, *in verbis*:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é amplamente voltada para os ideais filosóficos ocidentais de sociedade, convalidados em revoluções nas quais aqueles ideais foram exitosos e posteriormente trabalhados na formação da sociedade capitalista, de cunho mercantil, politizado, que cultua a liberdade, a escolha, os lucros, o poder e que se caracteriza por conceitos como a distinção entre estado e religião, tripartição de poderes, igualdade de gêneros, busca pelo desenvolvimento econômico, tidos como marcas indelévels do ocidente. Ao contrário, as diversas nações não-ocidentais possuem culturas e práticas totalmente distintas e atrelam as comunidades, destinos, desejos e religião às ações coletivas ao mesmo tempo em que possuem sistemas de justiça, religião e política diversos. Possuem formas de pensamento e objetivos díspares e diferentes mesmo entre si, formando um mosaico de diversidade tais como tradição, religiosidade, distinção entre sexos, entre classes e castas, ordem, a simplicidade, a ruralidade, a ausência de ambição, a hierarquia, o nomadismo e a prevalência dos deveres aos direitos são marcas indelévels de muitas delas, em conjunto ou não (Brasil e Oliveira, 2019, p. 111).

Assentadas essas considerações, torna-se fácil compreender a defesa adotada pelos países asiáticos no que tange ao grau de hierarquia que os valores humanos têm em suas agendas. Os Estados dessa região prestigiam, em primeiro lugar, os direitos econômicos e sociais em detrimento dos demais. Contudo, isso não significa que os direitos civis e políticos estejam esquecidos. Ocorre somente uma valoração cultural diferente que os denega e os aloca em um patamar inferior àqueles primeiros (SILVA, 2008).

Silva (2008) assevera que alguns Estados autoritários têm justificado a utilização de instrumentos repressivos sobre os seus cidadãos por meio do relativismo cultural, de modo a ancorar os seus atos a padrões sociais praticados cotidianamente em sua respectiva

civilização. Nessa linha, os governantes editam regras que se coadunam com os seus interesses, positivando a negação de direitos civis e políticos, em regra. Vale destacar que tal conduta é criticada por especialistas, os quais asseveram que, havendo dano social, deve-se suspender a prática da regra ou do padrão social. Em outras palavras, a diversidade cultural não pode ser o pilar para violação aos direitos humanos.

Cite-se, por relevante, que essa arquitetura de atos ditatoriais e repressivos amparados no relativismo cultural foi salientada na Carta Asiática dos Direitos Humanos lavrada pela organização não governamental *Asian Human Rights Commission*, sediada em Hong Kong.

Por fim, Silva (2008) prescreve que outras organizações não governamentais asiáticas defendem a fixação de direitos humanos universalmente aceitos em suas comunidades. Aduz que os direitos humanos não correspondem a uma invasão da soberania nacional e que as tradições culturais influenciam a organização das relações sociais, mas não se afastam da concepção universalista dos direitos humanos. Nesse sentido, a autora realça que os traços culturais que sejam divergentes dos princípios universais dos direitos humanos devem ser eliminados das comunidades asiáticas.

3. CARACTERÍSTICAS PRINCIPAIS ACERCA DO SISTEMA ASIÁTICO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

3.1 Escorço histórico

Como já explanado no presente trabalho, o continente asiático não possui um estruturado sistema asiático de proteção aos direitos humanos. Devido a isso, surgem blocos regionais que tentam suprir essa lacuna do referido continente. Nessa linha, vislumbra-se a Associação das Nações do Sudoeste Asiático (ASEAN) como elemento norteador do sistema regional asiático de proteção aos direitos humanos. Saliente-se, outrossim, que a estrutura da ASEAN será explicada em tópico específico do presente trabalho.

Explicita a jurista Piovesan (2019) que o sistema regional asiático de proteção aos direitos humanos surgiu no ano de 1997 a partir da Carta Asiática de Direitos Humanos cuja edição foi realizada por Organizações Não-Governamentais (ONG's).

Assevera a supracitada autora que a Carta em comento aborda os princípios da universalidade e da indivisibilidade os quais norteiam os direitos humanos. Ademais, ressalta que a Carta Asiática de Direitos Humanos trata de pontos importantes como a garantia a um desenvolvimento sustentável, a democracia e a paz, permeados de críticas ao autoritarismo dos valores asiáticos.

De acordo com o entendimento de Piovesan (2019), a aludida Carta consiste em uma manifestação concreta de medidas que visam proteger os direitos humanos no território asiático, uma vez que evidencia a relevância na adoção pela Ásia de entidades regionais que defendem e impulsionam os direitos humanos. A autora consigna ainda que a Carta objetiva a criação de uma Convenção que tenha o intuito de refletir sobre as características regionais, de modo a ajustar os critérios de proteção internacional, compreendendo os órgãos de monitoramento como, por exemplo, uma Comissão e uma Corte independentes e acessíveis às ONG's.

Piovesan (2019) assinala que, apesar de o território asiático ser extenso e heterogêneo, faz-se mister a fundação de um sistema regional asiático defensor dos direitos humanos, tendo em vista que o referido continente representa, pelo menos, 60% da população mundial, e que uma parte numerosa de sua população vive em um ambiente de pobreza e desigualdades.

Curial pontuar que, no ano de 2008, passou a vigorar a Carta da Associação das Nações do Sudoeste Asiático (ASEAN), que foi considerada um ponto crucial para a proteção dos direitos humanos na Ásia. Nesse diapasão preleciona Piovesan, *ipsis litteris*.

Importa adicionar que, em 15 de dezembro de 2008, entrou em vigor a *Charter of the Association of Southeast Asean Nations* (ASEAN), consagrando como objetivos a paz, a segurança, a estabilidade, a cooperação regional, a criação de um mercado único, o combate à pobreza, a promoção do Estado de Direito, da democracia, da *good governance*, dos direitos humanos e da justiça social (PIOVESAN, 2019, p. 123).

Nessa toada, Piovesan (2019) assenta que ocorreu a criação de um grupo de trabalho para a elaboração da "*ASEAN Human Rights Declaration*" ou Declaração de Direitos Humanos da ASEAN, sendo fundado, também, o "*Asean Human Rights Body*" ou Corpo Asiático de Direitos Humanos. De mais a mais, a autora afirma que, em 2009, foi criada a "*ASEAN Commission on Human Rights*" ou Comissão de Direitos Humanos da ASEAN e, no ano de 2010, foi instituída a "*ASEAN Commission on the Promotion and Protection of the Rights of Women and Children*" ou Comissão de Promoção e Proteção dos Direitos de Mulheres e Crianças.

Em 2012, Piovesan (2019) salienta que houve a adoção da "*ASEAN Human Rights Declaration*" ou Declaração de Direitos Humanos da ASEAN, documento em que consta direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, considerando, ainda, como direitos o desenvolvimento e a paz.

Acrescenta Mazzuoli (2018) que, apesar da ausência de um tratado regionalista de direitos humanos no continente asiático, a implementação da aludida Declaração, mesmo sem possuir caráter vinculante e mecanismos de monitoramento, efetivada pela ASEAN representa um progresso em relação a proteção de tais direitos. Não se pode olvidar que os países asiáticos não estão afastados das diretrizes recomendadas pela ONU e por outras organizações internacionais, como por exemplo a Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Relevante denotar que, para Mazzuoli (2018), a Declaração de Direitos Humanos da ASEAN, embora seja restrita aos seus países-membros, revela-se como referência na defesa dos direitos humanos no território asiático. Adicionalmente, ressalta o autor que cabe aos demais países asiáticos prover medidas que estabeleçam futuramente um sistema asiático de proteção aos direitos humanos. Nessa trilha semântica e com esteio nos ensinamentos do citado autor, a declaração da ASEAN simboliza um passo significativo na consolidação desse sistema.

Por fim, pertinente exteriorizar alguns contrapontos realçados por Mazzuoli (2018) acerca da Declaração de Direitos Humanos da ASEAN, *in verbis*.

Apesar de a sua proclamação ter sido um passo importante rumo a um futuro (e ainda incerto) sistema regional asiático de direitos humanos, o que se verifica, na prática, é que os Estados que adotaram a Declaração não têm despendido esforços para implementá-la em âmbito doméstico, o que ainda poderá levar anos para acontecer (MAZZUOLI, 2018, p. 171).

3.2 Sistema de peticionamento

Como se sabe, inexistem, no sistema asiático, mecanismos de peticionamento que assegurem a proteção aos direitos humanos. Contudo, conforme anotado por Nomizo e Catolino (2015), as petições individuais são ferramentas que asseguram ao cidadão buscar, perante órgãos internacionais, a defesa dos direitos humanos, quando o ente estatal deixa de proteger esses indivíduos.

Sob esse giro, os referidos autores assinalam que o Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos dispõe, nos artigos 23 e 51, acerca dos peticionamentos individual e coletivo junto às instituições internacionais. Nessa esteira, basilar trazer à baila os respectivos dispositivos, textualmente:

Artigo 23. Apresentação de petições

Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização pode apresentar à Comissão petições em seu próprio nome ou no de terceiras pessoas, sobre supostas violações dos direitos humanos reconhecidos, conforme o caso, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos "Pacto de San José da Costa Rica", no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de San Salvador", no Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, na Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, na Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em conformidade com as respectivas disposições e com as do Estatuto da Comissão e do presente Regulamento. O peticionário poderá designar, na própria petição ou em outro instrumento por escrito, um advogado ou outra pessoa para representá-lo perante a Comissão.

(...)

Artigo 51. Recebimento da petição

A Comissão receberá e examinará a petição que contenha denúncia sobre presumidas violações dos direitos humanos consagrados na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem com relação aos Estados membros da Organização que não sejam partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

No tocante ao sistema de peticionamento da ASEAN, vale explicitar as considerações de Costa e Brasil (2017 apud Langlois, 2011, p. 218). Para os autores, a associação em comento carece de um mecanismo que possibilite a indivíduos e a grupos a elaboração de uma petição perante a Comissão Intergovernamental ASEAN para os Direitos Humanos. Outrossim, como já versado no trabalho, a ASEAN carece de poder coercitivo e sancionador em relação à aplicação de suas ações decisórias sobre os Estados-membros, além de não orientar, de forma efetiva, quanto aos instrumentos de salvaguarda dos direitos humanos.

Contudo, mister pontuar que, no âmbito da ASEAN, podem ser transmitidas por meio de seu sítio eletrônico (<<https://humanrightsinasean.info/submit-a-complaint/>>) reclamações ou denúncias sobre violação a diversos direitos humanos, como direitos das

crianças, liberdade de expressão, direitos das pessoas portadoras de deficiência, direitos dos refugiados, direitos da mulher, direitos dos LGBTQI, entre outros.

4. PRINCIPAIS DOCUMENTOS LEGAIS CONSTITUINTES DO SISTEMA ASIÁTICO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Nos assuntos alusivos aos direitos humanos sob a perspectiva asiática, vislumbra-se que há, atualmente, uma aceitação da existência desse direito. Contudo, ainda existem muitas diferenças no tocante ao entendimento da temática praticada em países ocidentais. Como evidenciado nesse presente trabalho, a doutrina justifica que essas diferenças se dão em razão da cultura e da realidade asiática, uma vez que os direitos humanos ocidentais são baseados no indivíduo, ao ponto que essa interpretação, porém, não é aceita pela sociedade oriental.

Pois bem. Houve, desde muito tempo, uma fomentação acirrada pela ONU, que objetivou a criação de mecanismos de proteção dos direitos humanos. Nessa linha, não se pode olvidar que ocorreram várias violações no período da Guerra Fria, o que suscitou a criação de órgãos e entidades com vistas a proteger os direitos violados. Ainda que distantes da sua função ideal, os órgãos e entidades em apreço rompiam as dificuldades que surgiam no seio de proteção dos direitos humanos. Nesse contexto, foi criada, em 08/08/1967, a ASEAN a partir de um acordo, nomeado de "Declaração de Bangkok", entre Singapura, Indonésia, Filipinas, Malásia e Tailândia, para assegurar o desenvolvimento econômico, a estabilidade política da região e o bem-estar de seus povos (ASEAN, 2012a).

Nesse diapasão está o delineado por Clarke, *in verbis*:

ASEAN foi criada por cinco estados (Tailândia, Indonésia, Filipinas, Malásia e Sigapura) em 1967, em meio à escalada da Guerra do Vietnã e disputas fronteiriças entre os Estados fundadores. Brunei aderiu em janeiro de 1984, e da Associação voltou a crescer substancialmente ao final de 1990 com o fim da guerra fria, quando quatro países aderiram em rápida sucessão (Vietnã em julho de 1995, Laos e Myanmar (Burma) em julho de 1997 e no Camboja em abril de 1999). Timor Leste é a única nação do Sudeste Asiático fora do grupo, mas comentaristas esperam sua adesão dentro de cinco anos. Com um produto doméstico combinado nominal bruto de U\$ 1,5 trilhão em 2011, a ASEAN seria nona maior economia do mundo se fosse uma única entidade política, tornando-se um ator cada vez mais importante na economia global (CLARKE, 2012, p. 3 citado por COSTA e BRASIL, 2017, p. 702).

Vale pontuar que a criação da ASEAN decorreu por iniciativa da Tailândia, devido à pretensão do país em resolver conflitos de interesses existentes entre Filipinas, Indonésia e Malásia (ASEAN, 2012b).

Sob esse ângulo, relevante explicar acerca dos principais objetivos da ASEAN. São eles: - acelerar o crescimento econômico; - promover o progresso social e o desenvolvimento cultural na região; e - lutar pela paz e a estabilidade por meio do respeito e da justiça entre os países integrantes (FRANCISCO, 2021).

Ressalte-se, por sua vez, que os países signatários da ASEAN adotaram, durante a conferência de 1976, ou seja, 9 (nove) anos depois, o Tratado de Amizade e Cooperação, que visava firmar os princípios fundamentais, a saber: - o respeito mútuo pela independência, soberania, igualdade, integridade territorial, identidade nacional; - o direito de cada Estado para conduzir a sua existência nacional, livre de interferências externas; - a não ingerência nos assuntos internos de outro país; - a renúncia à ameaça ou ao uso da força; e - a cooperação eficaz entre si (FRANCISCO, 2021).

Embora a ASEAN tenha obtido sucessos em várias de suas atividades, existem em sua estrutura fraquezas e deficiências (ASEAN, 2012a). Isso pode ser explicado por meio de alguns pontos. A parceria entre os países não está apropriadamente desenvolvida, visto que há países que querem receber mais benefícios do que fornecerem auxílio, disputando ganhos e vantagens egoístas. A falta de vontade política, confiança e sinceridade entre os seus países-membros também pode ser outro fator relevante nesse contexto (ASEAN, 2012a).

A aludida associação, durante muitos anos, sofreu críticas veementes em função da ausência de uma carta formal, visto que todo o seu desenvolvimento ocorreu sem o auxílio de acordo entre os países-membros. Após 40 (quarenta) anos de existência da ASEAN, foi promulgada a sua Carta de direitos humanos, a qual, inicialmente, corresponderia a um notório avanço na proteção dos direitos humanos (COSTA e BRASIL, 2017). Importa explicitar que a carta em apreço entrou em vigor em 15/12/2008, após uma reunião dos ministros das relações exteriores da ASEAN em Jacarta/Indonésia.

Por oportuno, deve-se consignar que a Carta da ASEAN não só protege os direitos humanos e as liberdades fundamentais como também consiste em uma sólida sustentação jurídica para alcançar as finalidades pretendidas pelos Estados signatários (ASEAN, 2021). Ademais, a carta estrutura a ASEAN, de forma que a instituição estabeleça as normas e os valores a serem perseguidos, defina metas claras como diretrizes e atribua responsabilidades e conformidades jurídicas às nações internacionais (ASEAN, 2021).

Destarte, somente após a vigência da referida Carta, a ASEAN ganhou notoriedade jurídica, podendo estabelecer uma série de novos órgãos para impulsionar o seu processo

de construção da comunidade. Com efeito, a Carta em comento tornou-se um acordo juridicamente vinculante entre os 10 (dez) Estados-membros da citada associação. Sublinhe-se que a importância da Carta da ASEAN tornou-se tão evidente que foi registrada no secretariado das Nações Unidas, conforme consubstanciado no art. 102, § 1º, da Carta das Nações Unidas (ASEAN, 2021).

Para corroborar o assunto em questão, Afriansyah Arie (2011, p. 124 citado por COSTA e BRASIL, 2017, p. 702) assevera que, *ipsis litteris*:

Antes de novembro de 2007, a organização operou sem uma carta formal. Muitos questionaram a capacidade jurídica da ASEAN. Como sua principal escolha, ela conseguiu relacionar-se com um mínimo de formalidade e poucos acordos juridicamente vinculativos, bem como instituições regionais relativamente fracas. O documento fundador da ASEAN foi uma curta página chamada "Declaração". A mesma não tinha critérios para a adesão além da localização no Sudeste Asiático e obediência a alguns princípios gerais de comportamento internacional. Ao longo dos anos, a ASEAN firmou contratos que são tecnicamente vinculativos para os seus membros. No entanto, ainda não tem instituições centrais para manter a conformidade de membros. Não há nenhum órgão competente para chamar um estado-membro a ser responsável pelo não cumprimento desses acordos. Os críticos sempre salientaram que a ASEAN não tem mecanismos plausíveis para resolver disputas de forma oficial e obrigatória.

Sobre os pontos importantes alusivos à ASEAN, deve-se realizar algumas considerações sobre a Comissão Intergovernamental de Direitos Humanos da ASEAN (CIDH), em inglês *ASEAN Intergovernmental Commission On Human Rights (AICHR)*. Tal Comissão foi inaugurada pelos líderes da ASEAN em 23/10/2009 na 15ª Cúpula da ASEAN em Cha-Am Hua Hin, Tailândia. Vale explicitar que, com a promulgação da Declaração dos Direitos Humanos da ASEAN pelos líderes da ASEAN, em 18/11/2012, que foi aprovada durante a Cúpula de Phnom Penh, foi reforçada a necessidade da salvaguarda dos direitos humanos e das liberdades individuais de suas comunidades (AICHR, 2021). Sublinhe-se que a Declaração em comento é de cumprimento não obrigatório pelos países do grupo regional e está pautada no princípio da não-ingerência nas questões internas dos países-membros (ROVIRA, 2012).

Pontue-se, porém, que, embora a indigitada Declaração enfatize a eliminação da tortura, das detenções arbitrárias e outras transgressões dos direitos humanos, a ASEAN

não tem dado prioridade à temática em apreço. Nessa esteira, as organizações não governamentais e a ONU consideraram o conteúdo da CIDH insuficiente, tendo em vista a limitação dos direitos humanos no tocante aos deveres, à segurança e à moral nacionais, e alegaram que não houve a devida participação das associações civis na construção da sua redação (ROVIRA, 2012).

Em que pese as divergências em relação à efetiva ação da ASEAN, mister delinear que o estabelecimento da CIDH mostra o compromisso da ASEAN em buscar estratégias voltadas para o futuro com vistas ao fortalecimento da cooperação regional em direitos humanos. Destaque-se que a CIDH foi projetada para ser parte integrante da estrutura organizacional da ASEAN e uma instituição abrangente com responsabilidade geral pela promoção e proteção dos direitos humanos na ASEAN (AICHR, 2021).

Sobreleva anotar que a tomada de decisão da CIDH está ancorada na consulta e no consenso. Desde o seu estabelecimento, a CIDH adotou vários documentos relevantes, os quais incluem as Diretrizes sobre as Operações da CIDH e as Diretrizes sobre as Relações da CIDH com Organizações da Sociedade Civil (OSC). Registre-se que são nomeados 10 (dez) representantes do CIDH, um de cada Estado-Membro (AICHR, 2021).

Fundamental retomar que a ASEAN foi idealizada para fomentar o desenvolvimento econômico de seus membros e objetivou, desde sua criação, colaborar e jamais intervir na soberania das nações. Outrossim, pautada no princípio da não intervenção e não ingerência sobre os países-membros, a Associação em questão soluciona conflitos por intermédio do diálogo e da diplomacia e não se utiliza de sua autoridade para restabelecer o controle, mas, sim, de seu respeito perante os países signatários.

Contemporaneamente, o bloco objetiva propiciar não só o desenvolvimento econômico como também o social e o cultural da região asiática por meio de projetos cooperativos (ASEAN, 2012b). Demais disso, busca preservar a estabilidade política e a econômica da região, promovendo fórum de discussões das diferenças intrarregionais com a finalidade de se fortalecer economicamente (ASEAN, 2012b).

Pertinente expor que a ASEAN conta com 10 (dez) países-membros, a saber; Indonésia, Malásia, Filipinas, Singapura e Tailândia desde a sua criação em 1967; após foi conquistando a notoriedade e respeito e, em 1984, foi a vez de Brunei Darussalam se associar; em 1985, foi a vez de Vietnã; os demais países, como o Mianmar e o Laos só fizeram parte dessa associação em 1997; e, por último, e, não menos importante, foi a vez de Camboja que, somente em 1999, conseguiu se juntar ao grupo (ASEAN, 2012a).

Interessante discutir, brevemente, nesse tópico acerca da Carta Asiática de Direitos Humanos. Pois bem, tal Carta foi criada em 1986 pela Comissão Asiática de Direitos Humanos, constituída por um grupo de juristas e ativistas de direitos humanos em Hong

Kong. Denote-se que a aludida Carta é descrita como “Carta do Povo”, porque nenhuma carta governamental foi emitida até o momento (UHR, 2021). Destaque-se que a “Carta do Povo” foi apoiada por centenas de organizações e vários indivíduos e prioriza a promoção dos direitos civis e políticos, sobretudo nos países asiáticos em desenvolvimento, visto que os considera a base para a consolidação dos direitos econômicos, ambientais, entre outros (AHRC, 2016).

Por fim, relevante explanar sobre a Comissão Asiática de Direitos Humanos (CADH) ou *Asian Human Rights Commission* (AHRC), conforme informações versadas no portal da organização (AHRC, 2021). A aludida Comissão foi fundada em 1984 por um proeminente grupo de juristas e ativistas de direitos humanos na Ásia. Ela consiste em um organismo não governamental independente, que visa promover uma maior conscientização e realização dos direitos humanos na região asiática e mobilizar a opinião pública asiática e internacional na prevenção e na reparação de violações dos direitos humanos. Consigne-se, ademais, que a AHRC promove os direitos civis e políticos, bem como os direitos econômicos, sociais e culturais.

5. RELATOS DE CASOS ENVOLVENDO O SISTEMA ASIÁTICO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

5.1 Caso I: condenação de mãe vietnamita e seu filho a oito anos de prisão por movimento pelos direitos a terra

Conforme as informações constantes o Portal *Radio Free Asia* (2021b), em 05/05/2021, um tribunal da província de Hoa Binh, no norte do Vietnã, condenou Can Thi Theu, uma ativista dos direitos à terra e seu filho Trinh Ba Tu a 8 (oito) anos de prisão por postarem artigos online e vídeos femininos. Segundo a reportagem, os vídeos criticavam o governo por enfrentar graves conflitos pelos direitos à terra, no ano de 2020.

Eles haviam sido presos em 24/06/2020, por criar, armazenar e divulgar informações, documentos e publicações contra a República Socialista do Vietnã. Tal disposição está tipificada no art. 117 do Código Penal do Vietnã (RADIO FREE ASIA, 2021b).

Nas postagens, segundo os réus, tratava de um confronto em 09/01/2020 na comunidade Dong Thum, em que na ocasião cerca de 3 (três) mil policiais invadiram as casas de manifestantes. Isso ocorreu a 40 (quarenta) km ao sul da capital e matou um idoso na vila. A família afirma ter fornecido, também, informações a embaixadas estrangeiras e outras nações em um esforço para aumentar a conscientização sobre o incidente (RADIO FREE ASIA, 2021b).

O tribunal condenou tanto a mãe quanto o filho a uma pena de 8 (oito) anos em regime fechado e 3 (três) anos de liberdade condicional. Na reportagem, está registrado que o advogado de defesa disse que a pena em comento era a esperada tanto pelos réus quanto pelo advogado. Durante o julgamento, os membros da família foram proibidos de assistir ao julgamento (RADIO FREE ASIA, 2021b).

Durante o julgamento, os réus relataram terem sido vítimas de uma força de despejo ordenada pelas autoridades vietnamitas. Can Thi Theu afirma que foi detida pela polícia em uma pequena cela de 10 (dez) pessoas, algumas das quais com *Acquired Immunodeficiency Syndrome* (AIDS) ou Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA). Explicita que, quando seus companheiros de cela brigaram, ela tentou separá-los e se feriu no conflito, causando-lhe sangramento. Can Thi Theu salienta, ainda, na reportagem, que, suspeitando-se de ter sido infectada, solicitou um teste de AIDS, entretanto teve seu pedido negado pela equipe do centro de detenção (RADIO FREE ASIA, 2021b).

Em relação à publicação de vídeos ao vivo, os réus disseram que o ato visou mostrar ao mundo acerca não só da grilagem de terras no Vietnã como também das irregularidades e condutas criminosas cometidas por funcionários estatais (RADIO FREE ASIA, 2021b).

O grupo de direitos humanos Anistia Internacional condenou a sentença proferida pelo Poder Judiciário vietnamita. Além disso, declarou que os réus são protetores dos direitos humanos e exerceram pacificamente os seus direitos humanos. Por consequência, não poderiam ser perseguidos e presos pelo governo do Vietnã (RADIO FREE ASIA, 2021b).

Por fim, deve-se consignar que, embora todas as terras no Vietnã sejam, em último plano, propriedades do Estado, os confiscos de terras se tornaram um ponto crítico. Observe que os residentes dessa região em comento acusam o governo de afastar os pequenos proprietários em favor de projetos imobiliários lucrativos e de pagar muito pouco em compensação às famílias de agricultores deslocadas pelo desenvolvimento (RADIO FREE ASIA, 2021b).

5.2 Caso II: prisão de cinco ativistas ambientais por incitação a crimes em Camboja

De acordo com as informações veiculadas no Portal *Radio Free Asia* (2021a), um tribunal da capital cambojana condenou, em 05/03/2021, 5 (cinco) membros da vigilância ambiental entre 18 a 20 meses por incitação a crimes, levando à condenação de familiares e grupos de direitos que disseram que a decisão era injusta e afrontava a liberdade de expressão.

O Tribunal Municipal de Phnom Penh enviou os ativistas da natureza, Long Kunthea, Phuong Keo Raysmey e Chea Kunthin, a 18 meses de prisão, enquanto Thon Ratha foi condenado a 20 meses de prisão, por incitar violentos distúrbios sociais. Além disso, cada

um foi condenado a pagar uma multa de US\$ 1.000,00 (mil dólares) (RADIO FREE ASIA, 2021a).

Após a condenação, houve muitas críticas de que o Tribunal em apreço não fez justiça. Pelo contrário, cometeu injustiça em prender quem trabalha para proteger os recursos naturais do indigitado país. Os familiares afirmaram que os réus não cometeram nenhum crime, visto que havia apenas alertado o governo de que a dragagem do lago teria um impacto na sociedade, o que era uma opinião. No entanto, a opinião acabou por ser considerada incitação de motins na qual passaram a acusar, culminando nas condenações abordadas (RADIO FREE ASIA, 2021a).

Sam Chamrun, o advogado dos ativistas, disse à reportagem que o veredito foi inaceitável porque a promotoria não forneceu nenhuma evidência para provar a culpa de seus clientes (RADIO FREE ASIA, 2021a).

A reportagem ressalva que a sentença levantou grande preocupação da embaixada dos Estados Unidos da América (EUA) em Phnom Penh, que expressou apoio aos ativistas (RADIO FREE ASIA, 2021a).

Oportuno expor que as organizações locais e internacionais de direitos humanos se posicionaram, de forma severa, contra a decisão, visto que consideram que os ativistas não cometeram irregularidades ao defender os recursos naturais que se situam no rol de direitos humanos da constituição de Camboja. Outrossim, solicitaram à Suprema Corte do Camboja a sua revogação (RADIO FREE ASIA, 2021a).

Phil Robertson, vice-diretor da *Human Rights Watch* (HRW), com sede em Nova York, nos EUA, expressou que as acusações criminais não se sustentam e aplaudiu os citados ativistas por escancarar a corrupção e os abusos de direitos atinentes a projetos de negócios que ameaçam os recursos naturais e a biodiversidade do Camboja (RADIO FREE ASIA, 2021a).

5.3 Caso III: crise de Rohingya em Mianmar e ineficiência da ASEAN

Nesse caso concreto, crise é uma palavra inadequada para a situação que se desenvolveu no estado de Rakhine, em Mianmar, nos últimos anos. Em agosto de 2017, os militares de Mianmar lideraram uma operação de limpeza brutal no norte de Rakhine, supostamente em resposta a ataques dispersos por militantes Rohingya. Nas semanas seguintes, arrasou aldeias, atirou em civis, estuprou meninas e mulheres e levou mais de 700.000 pessoas para Bangladesh (STRANGIO, 2020).

Segundo a reportagem de Sebastian Strangio, de 21/10/2020, o tratamento do governo de Mianmar às comunidades muçulmanas Rohingya do oeste de Mianmar colocou, efetivamente, em xeque as atividades da Associação das Nações do Sudeste Asiático (ASEAN) no tocante à proteção aos direitos humanos. Isso porque, de acordo com uma coalizão de legisladores regionais, o aludido bloco do Sudeste Asiático fracassou completamente na resolução do conflito em comento.

Sob esse prisma, por meio de um relatório divulgado em 20/10/2020, os parlamentares da ASEAN atrelados à temática dos direitos humanos argumentaram que a associação não conseguiu responder de forma eficaz à crise Rohingya em Mianmar, devido à sua falta de liderança, às suas deficiências estruturais e à sua incapacidade de compreender a gravidade total de abusos de direitos que se desenrolaram no caso em comento (STRANGIO, 2020).

No relatório *sub examine*, afirmou-se a existência da crise de Rohingya e reconheceu-se a ineficiência da cúpula da ASEAN perante a crise em Mianmar. Ademais, apontou-se que o bloco foi prejudicado por sua própria estrutura institucional em razão do princípio da não interferência mútua e da tomada de decisão baseada em consenso (STRANGIO, 2020).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente instrumento de aperfeiçoamento do processo de ensino aprendizagem, objeto de pesquisa e amplo debate no que concerne ao conteúdo dos Direitos Humanos, buscou precisar, sucinta, técnica e seletivamente, a origem histórica dos pressupostos de validade da existência humana.

Sendo assim, no trabalho *sub examine* foram apreciados os seguintes pontos: - quem são as partes legítimas no processo de elaboração, executoriedade e fiscalização da perspectiva jurídica pautada nos direitos e garantias no bojo das relações humanas; - o sistema próprio de peticionamento com vistas à proteção dos direitos humanos; - os principais documentos legais constituintes no tocante à salvaguarda dos direitos humanos; e - abordagem de casos práticos quanto à aplicação dos direitos humanos no continente asiático.

Como foi explicitado no trabalho, a necessidade de se defender os direitos humanos foi impulsionada apenas após duas grandes e avassaladoras guerras mundiais, no caso, a 1ª e a 2ª Guerras Mundiais, embora a Revolução Francesa tenha sinalizado a existência dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. Vale retomar que, nesse contexto histórico de miséria, fome e violência, os Estados enfrentavam, de forma austera, problemáticas mundiais, sobretudo as voltadas às tolerâncias racial, étnica e religiosa. Em regra, os Estados buscavam à época excessivo poder e domínio territorial.

Verificou-se que, por meio da criação de organismos de discussão, como a ONU, por exemplo, e da ampliação de políticas internacionais de combate a elementos deficitários na seara de direitos humanos, sacramentada pelas diretrizes da DUDH, o planeta se estabeleceu em um cenário de busca pela manutenção da paz, da justiça, da segurança, da cooperação entre os povos e do desenvolvimento sustentável do planeta.

Desfazendo-se de um modelo bipolar e partindo-se para uma óptica de multipolaridade da economia mundial, fomentada, intrinsecamente, pelo surgimento de novos meios e métodos tecnológicos de repercussão global, restaram-se necessários não só o estabelecimento das diretrizes atinentes à interpretação de valores e normas garantidoras de uma realidade condigna à existência humana como também a discussão acerca dos direitos humanos como premissa que representasse a máxima da justiça e da ética, fundamentos do direito e das garantias essenciais à vida humana.

Complementarmente, o estudo em apreço objetivou trazer à tona a discussão sobre as concepções universalistas e relativistas sob a perspectiva dos direitos humanos. Tais vertentes possuem, de forma preponderante, pilares antagônicos, mas se justificam à medida que as razões propostas pelas aludidas concepções são apreciadas. De mais a mais, buscou-se identificar e esclarecer as razões pelas quais a Ásia pouco participa das políticas de direitos humanos. Como sabido, as razões para tal se consubstanciam na multiplicidade cultural, na diversidade e na complexidade de valores, religiões, línguas etc., e na organização político-administrativa das comunidades do continente asiático.

Ressaltou-se que a conceituação universalista de direitos humanos se caracteriza, em sua essência, por critérios objetivos, atemporais, irrenunciáveis e inalienáveis, dotados de eficácia supralegal, com vistas à promoção e à defesa dos direitos e garantias fundamentais. Por outro lado, a concepção relativista disserta que a defesa dos direitos humanos depende, imprescindivelmente, da manifestação cultural, social, política, filosófica dos sujeitos envolvidos, isto é, dos Estados, na figura de seus governantes, e das comunidades, além da compreensão subjetiva da moral na seara jurídica.

Relativamente às referências para o desenvolvimento crítico do presente trabalho, relevante explanar que o grupo apresentou dificuldades na busca de informações sobre a temática em publicações nacionais, tendo em vista a especificidade do conteúdo estrangeiro abordado. Diante disso, pesquisou-se em portais internacionais na rede mundial de computadores e em outros meios comunicacionais o assunto em questão. Curial enfatizar que, embora tenha ocorrido a limitação em questão enfrentada pelo grupo, o trabalho alcançou a meta no sentido de exteriorizar uma revisão teórica consistente ancorada em ideologias de especialistas e entidades no ramo de Direitos Humanos, além

de evidenciar um cotejamento interpretativo do assunto com vistas a trazer à baila análises comparativas e conclusivas.

Foram realçadas, outrossim, as principais características dos instrumentos de proteção aos direitos humanos na Ásia. Nesse sentido, foi evidenciada a atuação da ASEAN no referido continente. Constatou-se que a citada associação consiste em um bloco regional que visa à promoção do desenvolvimento sociocultural, ao respeito à soberania de cada Estado e à pacificação de conflitos entre as comunidades. Porém, os estudos desse trabalho sublinharam que a ASEAN apresenta fragilidades em sua estrutura jurídica, além de as suas diretrizes normativas não possuírem atributos de vinculação jurídica entre os membros do bloco, constituindo-se, por conseguinte, um fraco instrumento de coerção jurídico-político-social. De mais a mais, impende retomar que a associação em comento não apresenta um modelo prático de peticionamento para dirimir as questões conflitivas trazidas à sua esfera de atuação. *Ex positis*, a ASEAN tem declinado de suas funções em contextos em que deveria combater, no continente asiático, as ofensas e violações aos direitos humanos.

Por derradeiro, o trabalho sublinhou concretudes de violação aos direitos humanos na Ásia, o que permitiu a realização de um juízo de valor quanto à necessidade imediata da proteção à dignidade humana por meio de recursos e instrumentos que, efetivamente, reduzam as desigualdades sociais, políticas e econômicas tão evidentes no continente em comento.

7. REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. **Os primeiros 50 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU**. 2007. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/a_pdf/adorno_50_anos_dudh_onu.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

AGENZIA FIDES. Órgãos de Informação das Pontifícias Obras Missionárias desde 1927. **ÁSIA - A ASEAN inaugura a Comissão para os Direitos humanos, em meio a dúvidas e perplexidade**. 29 out. 2009. Disponível em: <http://www.fides.org/pt/news/16103-ASIA_A_ASEAN_inaugura_a_Comissao_para_os_Direitos_humanos_em_meio_a_duvidas_e_perplexidade>. Acesso em: 17 abr. 2021.

AHRC. WORLD: **Asian Charter on Human Rights – it's significance and purpose. Asian Human Rights Commission**. Disponível em: <<http://www.humanrights.asia/news/ahrc-news/AHRC-STM-132-2016/>>. Acesso em: 8 maio 2021.

AHRC. **About Asian Human Rights Commission**. Disponível em: <<http://www.humanrights.asia/about/>>. Acesso em: 6 maio 2021.

AICHR. **About AICHR:** Structure, Work and History of the AICHR. Disponível em: <<https://aichr.org/about-aichr-2/>>. Acesso em: 6 maio 2021.

ASEAN. **Asean Conception And Evolution By Thanat Khoman.** Jakarta, Indonésia, 2012a. 9 de jul. de 2012. Disponível em: <https://asean.org/?static_post=asean-conception-and-evolution-by-thanat-khoman>. Acesso em: 6 maio 2021.

ASEAN. **Charter Of The Association Of Southeast Asian Nations.** Jakarta, Indonésia, 2021. 6 de maio de 2021. Disponível em: <<https://asean.org/asean/asean-charter/charter-of-the-association-of-southeast-asian-nations/>>. Acesso em: 6 maio 2021.

ASEAN. **History – The Founding of ASEAN.** Jakarta, Indonésia, 2012b. 16 de maio de 2012. Disponível em: <<https://asean.org/asean/about-asean/history>>. Acesso em: 6 maio 2021.

BALDI, César Augusto (org). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004. Disponível em: <buscalegis.ccj.ufsc.br>. Acesso em 9 abr. 2021.

BARRETTO, Vicente. **Universalismo, Multiculturalismo e Direitos Humanos.** Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/globalizacao_dh/barretoglobal.html> Acesso em: 18 abr. 2021.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL, Deilton Ribeiro; OLIVEIRA, Leonardo Alexandre Tadeu Constant de. **Relativismo ou Universalismo: a Diversidade Cultural e a Formação dos Direitos Humanos.** Estudos dos Direitos Iberoamericano. ISBN 978-84-09-13678-0, Portugal, v. 3, p. 111-120, 2019. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7302987>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

COSTA, Pablo Henrique Hubner de Lanna; BRASIL, Deilton Ribeiro. **O Regionalismo Asiático E A Proteção Dos Direitos Humanos: Uma Análise Do Papel Desempenhado Pela Associação Das Nações Do Sudeste Asiático (ASEAN).** Revista Argumentum. eISSN 2359-6889, v.18, n. 3, setembro a dezembro de 2017, Marília/SP. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/374>>. Acesso em: 6 maio 2021.

DUARTE, Leonardo Lopes de Almeida. **Pontos e aspectos relevantes sobre os direitos humanos.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF. 2013. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/35306/pontos-e-aspectos-relevantes-sobre-os-direitos-humanos>>. Acesso em: 17 abr. 2021.

DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights in Theory and Practice**. 2 ed. Nova Iorque: Cornell University Press, 2003.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Pós-graduação em direitos humanos: dificuldades em compatibilizar lógicas diversas**. João Pessoa, 2007. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/edh/br/fundamentos/17_cap_2_artigo_09.pdf> Acesso em: 18 abr. 2021.

FLORES, Joaquin Herrera. **Teoria crítica dos direitos humanos**. Florianópolis – SC: Fundação Boiteux, 2009.

FIDH. International Federation for Human Rights. **Demystifying Human Rights Protection in Asia**. November, 2015, nº 669a. Disponível em: <<https://www.fidh.org/IMG/pdf/asie669anglaisbassdef.pdf>>. Acesso em: 8 maio 2021.

FRANCISCO, Wagner de Cerqueira e. **ASEAN**. 2021. Brasil Escola. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/geografia/asean.htm>>. Acesso em: 6 maio 2021.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo, Companhia das Letras, 2020.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Curso de Derechos Fundamentales – Teoría General**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid – Boletín Oficial Del Estado Madrid, 1999.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2006.

MORE, Rodrigo Fernandes. **Os direitos humanos na Ásia Oriental**. São Paulo, 2007.

NATIONS ONLINE. **Countries of Asia**. Disponível em: <<https://www.nationsonline.org/oneworld/asia.htm>>. Acesso em: 10 maio 2021.

NOMIZO, Silvia Leiko; CATOLINO, Bruno Augusto Pasian. **O peticionamento individual e o sistema interamericano de direitos humanos**: os mecanismos alternativos contra violações de direitos. Revista de Direitos Humanos em Perspectiva, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 212-227, jul./dez. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 9º ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PIACENTINI, Dulce de Queiroz. **Direitos Humanos e Interculturalismo**: Análise da Prática Cultural da Mutilação Genital Feminina. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 2007.

RADIO FREE ASIA. **Vietnamese Mother, Son Draw Eight-Year Prison Terms for Land-Rights Activism**. Washington, Distrito de Colúmbia, Estados Unidos da América (EUA). 2021b. 5 de maio de 2021. Disponível em: <<https://www.rfa.org/english/news/vietnam/prison-05052021173214.html>>. Acesso em: 5 maio 2021.

RADIO FREE ASIA. **Cambodia Sentences Five Environmental Activists to Jail For 'Incitement'**. Washington, Distrito de Colúmbia, Estados Unidos da América (EUA). 2021a. 5 de maio de 2021. Disponível em: <<https://www.rfa.org/english/news/cambodia/sentencing-05052021191457.html>>. Acesso em: 5 maio 2021.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ROVIRA, Miguel F. **Sudeste Asiático aprova declaração de direitos humanos**. 18 de nov. de 2012. Disponível em: <<https://exame.com/mundo/sudeste-asiatico-aprova-polemica-declaracao-de-direitos-humanos/>>. Acesso em: 6 maio 2021.

SANTOS, Thamires. **Confucionismo**. Educa+ Brasil. 04 out. 2018. Disponível em: <<https://www.educamaisbrasil.com.br/enem/religiao/confucionismo>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

SILVA, Cristina Gomes da. **Perspectivas Asiáticas dos Direitos humanos**. 2008. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/silva_dh_asia.pdf> Acesso em: 18 abr. 2021.

SILVA, Fernanda Queiroga da; FREITAS, Jeane Silva de; MACEDO, Sibelle da Silva. **A comissão de direitos humanos da Associação das Nações do Sudeste Asiático (ASEAN)**: o regionalismo como via para a concretude dos direitos humanos. In: 1º Seminário Nacional de Pós-Graduação em Relações Internacionais. Brasília-DF, 12 e 13 de jul. 2012. Disponível em:

<http://www.seminariopos2012.abri.org.br/arquivo/download?ID_ARQUIVO=381>.
Acesso em: 17 abr. 2021.

SILVA, Filipe Augusto; COSTA, Pablo Henrique Hubner de Lanna. **ASEAN e o primeiro passo rumo à formação de um sistema regional asiático de proteção dos direitos humanos**. IN: XXV do Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa em Direito (CONPEDI). Curitiba-PR, 07 a 09 de dez. 2016. Disponível em: <<http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/02q8agmu/97br0082/9C91qybMsHDq29E2.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2021.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Biodireito**: a nova fronteira dos direitos humanos. Revista dos Tribunais, n. 816, out. 2003.

STRANGIO, Sebastian. **What Should ASEAN Do About the Rohingya Crisis? A new report from a regional human rights group urges the ten-member bloc to take a more holistic approach to the situation in western Myanmar**. The Diplomat magazine, Washington, Distrito de Colúmbia, Estados Unidos da América. 21 de out. de 2020. Disponível em: <<https://thediplomat.com/2020/10/what-should-asean-do-about-the-rohingya-crisis/>>. Acesso em: 7 maio 2021.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003. vol. 1.

UHR. International Human Rights Law. United For Human: Human Rights Instruments For The Americas, Africa And Asia. United For Human Rights, 8 de maio de 2021. Disponível em: <<https://www.humanrights.com/what-are-human-rights/international-human-rights-law/international-human-rights-law-end.html>>. Acesso em: 8 maio 2021.

VOLPINI SILVA, Carla Ribeiro. **O Universalismo e o Relativismo Cultural**: Impasse entre a efetivação dos direitos humanos internacionais e as práticas culturais permitidas pelos direitos fundamentais, mas abominadas pelo resto do mundo. Direitos Fundamentais e sua proteção nos planos interno e internacional. In: Coleção Direitos Fundamentais individuais e coletivos. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010. vol. 1.

SISTEMA AFRICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

LUCAS FERNANDES DE MORAIS VIDOVIX:

Bacharel em Engenharia Civil pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Bacharelando do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO. Servidor Público efetivo do Município de Porto Nacional.

JULIANA CORREA¹³

KÁTIA GOMES DA SILVA¹⁴

PAULO ROBSON MARTA DA SILVA¹⁵

RÔNISON APARECIDO DOS SANTOS¹⁶

SERGIANO REIS DA CONCEIÇÃO¹⁷

(Coautores)

RESUMO: O presente trabalho visa apresentar as características principais do sistema africano de proteção aos direitos humanos. Sendo assim, foram discutidos os seguintes atributos atinentes ao sistema em apreço, a saber: suas origens históricas, suas características principais o que inclui as partes e os julgadores do sistema, especificidades sobre a sua forma de peticionamento, os documentos que deram força ao sistema e um

² Especialista em Gestão, Supervisão e Orientação Escolar. Servidora pública do Estado do Tocantins.

Licenciada e Bacharel em Ciências Biológicas pela Universidade Estadual do Mato Grosso (UEMT). Assessora jurídica no Departamento Estadual de Trânsito do Tocantins (DETRAN/TO). Bacharelanda do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO.

² Acadêmica do curso de Direito da Universidade Estadual do Tocantins. Especialista em Legislação Educacional pela UNITINS. Especialista em Docência de Ensino Superior pela Faculdade Suldamérica. Bacharel em Sistemas de Informação pelo Centro Universitário Luterano de Palmas, CEULP/ULBRA. Servidora pública da Universidade Estadual do Tocantins.

¹⁵ Bacharel em Gestão em Agronegócio pelo Instituto Federal do Tocantins (IFTO). Bacharelando em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO. 2º Sargento da Polícia Militar do Estado do Tocantins. Exerce atribuições de Operador Aerotático. E-mail: robson.0706@hotmail.com

¹⁶ Especialista em Direito Tributário pela Escola Nacional de Administração Pública (ENAP). Bacharel em Engenharia de Alimentos pela Universidade Federal de Viçosa (UFV). Bacharelando do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO. Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil (RFB).

⁵ Bacharelando do curso de Direito na Universidade Estadual do Tocantins. Tecnólogo em Análise e Desenvolvimento de Sistemas pela Universidade Norte do Paraná. E-mail: sergianoreis@gmail.com

estudo de caso em que foi apresentado um caso prático analisado pelo sistema africano de proteção aos direitos humanos. Este artigo está fundamentado em uma ampla pesquisa de Doutrinas e especialistas renomados no ramo em estudo, o que caracteriza a pesquisa do tipo exploratório-descritiva. Após todo o apresentado, foram traçadas algumas considerações finais acerca do sistema e sobre todo o assunto abordado nesta pesquisa. Saliente-se que o intuito principal do trabalho foi apresentar as diretrizes gerais do sistema africano de direitos humanos, descrevendo as suas características principais. Além disso, foram explanados os progressos e os pontos fracos existentes no aludido sistema, tendo em vista o histórico de transgressões aos direitos humanos no continente africano. Por fim, foram destacados os entraves para que o sistema fosse cada vez mais eficaz em termos internacionais e na visão de seus Estados-membros.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Sistema de Proteção Africano. Aplicação do sistema. Entraves. Histórico de transgressões.

ABSTRACT: The present work aims to present the main characteristics of the African system for the protection of human rights. Therefore, the following attributes related to the system in question were discussed, namely: its historical origins, its main characteristics, which includes the parties and judges of the system, specifics about its form of petition, the documents that gave strength to the system and a case study in which a practical case analyzed by the African system for the protection of human rights was presented. This article is based on a broad survey of renowned Doctrines and experts in the field under study, which characterizes exploratory-descriptive research. After all that was presented, some final considerations were drawn about the system and about the entire subject addressed in this research. It should be noted that the main purpose of the work was to present the general guidelines of the African human rights system, describing its main characteristics. In addition, progress and existing weaknesses in the mentioned system were explained, in view of the history of human rights violations on the African continent. Finally, obstacles were highlighted for the system to be increasingly effective in international terms and in the view of its member states.

Keywords: *Human Rights. African Protection System. System application. hindrances. History of transgressions.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Origens históricas. 3. Características e critérios do sistema, partes legítimas e magistrados. 4. Sistema de peticionamento. 5. Principais documentos legais. 6. Estudo de caso. 7. Considerações finais. 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Estando de acordo com o art. 52 da Carta das Nações Unidas, de 1945, o sistema africano é o mais recente dos sistemas de proteção aos direitos humanos em funcionamento no mundo.

Sabe-se que o continente africano é conhecido como um dos mais violentos e segregadores quanto ao aspecto de salvaguardar os direitos humanos, de modo que possuir um regime de proteção tardio se compreende principalmente a partir de dois conceitos: divisão política e segregação cultural. Fenômenos como escravidão e apartheid foram algum dos malefícios experimentados pelo continente africano em sua longa história. Subjugados, comparados a animais e preteridos em função de sua cor de pele, os africanos sofrem até o presente momento da escrita da presente obra e continuarão, por tempo indeterminado, a sofrer com as consequências sangrentas e nada pacíficas do seu passado.

Nesse contexto, durante a história, diversas situações que hoje podem ser claramente definidas como transgressões aos direitos humanos por qualquer pessoa que tenha o mínimo de discernimento aconteceram e não tiveram a devida punição. Situações que antes, eram suportadas de forma silenciosa, hoje podem ser denunciadas graças à criação do sistema de proteção dos direitos humanos Africano, assim como pela sua evolução.

A carta de Banjul é um marco no que diz respeito a esse sistema, tendo sido aprovada no ano de 1981 e consolidada no ano de 1986, dividindo-se em três partes principais, sendo estas I) Dos direitos e deveres; II) Das medidas de salvaguarda e III) Disposições diversas. Ao longo do trabalho serão apresentadas diversas características do sistema africano, o que envolverá explicar de forma mais pormenorizada sua origem, suas características básicas, sistema de peticionamento, os documentos envolvidos na sua origem e evolução assim como um estudo de caso para evidenciar como o sistema atua.

Pertinente sublinhar que o sistema africano de proteção aos direitos humanos se diferencia do sistema interamericano e europeu pelo fato de abarcar um número bem maior de direitos tutelados, incluindo os direitos de primeira, segunda e terceira gerações, representando assim um marco na tutela dos direitos humanos no panorama global. Mesmo se apresentando como um marco em relação à proteção dos direitos humanos, é importante salientar que o sistema em pauta conta com muitos obstáculos, sejam estes históricos, políticos, estruturais e também jurídicos, o que de certa forma acaba por comprometer sua eficácia quando se trata do seu objetivo principal.

Nessa ambiência, o presente trabalho visa traçar um breve panorama sobre o sistema de proteção africano dos direitos humanos, por meio de uma pesquisa de cunho doutrinário, utilizando-se de aspectos descritivos e exploratórios para o seu

desenvolvimento. Sendo assim, o intuito central dessa pesquisa é, portanto, abordar os principais pontos sobre o sistema africano, de modo que seja mais difundido esse instrumento de proteção aos direitos humanos.

2. ORIGENS HISTÓRICAS

Imperioso mencionar que são pesadas as páginas que descrevem as violações à condição humana que ocorreram na África ao longo de toda a sua história, marcando com sangue a saga de seu povo, que, de forma mais recente, vem perseguindo incessantemente o caminho do progresso institucional. Seja como forma de conceder aos seus próprios habitantes condições de vida digna, numa legítima guinada ao bem-estar interno, ou mesmo como forma de adquirir maior credibilidade humanitária perante as nações, a verdade é que o continente africano trava uma batalha singular contra seu próprio passado, ligado, inexoravelmente, a uma herança deixada por aqueles que, a pouco tempo, o (neo)colonizaram.

Séculos de exploração trataram por criar na comunidade africana um autêntico sentimento de autodeterminação, que orientou a sua política de integração aos direitos humanos que já estavam bem estabelecidos a nível institucional em boa parte do mundo ocidental. Ao abordar a origem histórica por trás da adoção dos direitos humanos nos Estados da África, bem como a criação de um sistema regional de proteção aos mesmos, os estudos, inevitavelmente, encontraram a sua origem em um documento denominado *Carta de Banjul*, considerado o marco zero para a criação dos meios pelos quais a África protege os direitos de seus cidadãos.

No ano de 1981, uma conferência organizada pela então *Organização da Unidade Africana (OUA)*, ocorrida na cidade de Nairóbi, Quênia, aprovou o projeto de uma carta que traria a esquematização do sistema de proteção de direitos humanos a ser adotado naquele continente, tendo sido aprovado na ocasião. O projeto, porém, não havia sido pensado ao longo daquele mesmo evento, mas era sim fruto de uma construção filosófica e política que já perdurava fazia mais de uma década. A carta em questão recebe este nome (Banjul), pois seu projeto foi adotado na cidade de mesmo nome, capital da Gâmbia e, só depois de sua adoção pela comunidade internacional, é que foi submetido à aprovação em Nairóbi em 28 de junho de 1981, entrando em vigor depois de certo tempo, a partir de 21 de outubro de 1986.

Os estudos e as teorias que remetem às reais motivações do que teria influenciado e impulsionado a comunidade africana a adotar um sistema regional de proteção aos direitos humanos causam, ainda hoje, intenso debate acadêmico, marcado por dualidades de pensamento e correntes científicas. O primeiro destes embates diz respeito ao período em que as questões mais sensíveis relacionadas aos direitos humanos começaram a ser debatidas pelos líderes e intelectuais africanos.

De acordo com marco teórico estabelecido por Plagis e Riemer, na publicação de seu trabalho *From Context to Content of Human Rights: The Drafting History of the African Charter on Human and Peoples' Rights and the Enigma of Article 7*¹⁸, as autoras mencionam que determinadas correntes apontam o ano de 1961 como sendo um primeiro processo de movimentação para que os direitos humanos fossem institucionalmente protegidos. Isso ocorre, segundo as autoras, em decorrência da Conferência Africana sobre o Estado de Direito / Juristas Africanos¹⁹, também chamada de *Conferência de Lagos*. O evento em questão, segundo o próprio site da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, foi uma iniciativa para pressionar os governos do continente a adotar uma convenção comum de direitos humanos, composta por uma comissão e um tribunal, a declaração reduzida a termo ficou conhecida como *Lei de Lagos*.

Consigne-se que a carta que marca o início da OUA não cria nenhum tipo de instituição responsável pela fiscalização e salvaguarda dos direitos, mas somente solicita aos Estados-membros que zelem por eles. Outro fator que contribui para que o continente africano começasse a olhar com mais atenção para os fatores de proteção dos Direitos Humanos é o auxílio da Organização das Nações Unidas (ONU) em coordenar e protagonizar uma série de eventos envolvendo a temática em questão por toda a África. Entre os eventos que ocorreram no continente em questão, podem ser citados o *Summit Conference of Independent African States* em 1963 ou o *Seminar on the Establishment of Regional Commission on Human Rights in Special Reference to Africa*, no ano de 1969. Dá-se uma especial menção à resposta emitida contra a *Carta do Atlântico*, emitida em 1941, declarando a necessidade de autodeterminação dos povos que se encontravam sob dominação nazista, mas excluía aqueles que estavam sob domínio colonial.

Deve-se ter em mente também quais foram os fatores que fizeram com que os Estados africanos optassem por adotar uma agenda que envolvesse a proteção e a garantia de direitos humanos em suas políticas públicas. De acordo com Rubner, em sua obra *Origins of the African Chapter*²⁰, relevante destacar a divergência que se fazia entre os intelectuais que pensavam os direitos humanos e os estadistas e líderes políticos que executariam as tais medidas trazidas em tratados e determinações. Isso ocorre porque, enquanto os primeiros traziam, entre as suas prioridades, garantir um conjunto de direitos

¹⁸ Plagis, Misha Ariana, and Lena Riemer. "From Context to Content of Human Rights: The Drafting History of the African Charter on Human and Peoples' Rights and the Enigma of Article 7." *Journal of the History of International Law / Revue d'histoire du droit international*, 2020. E. J. BRILL, <https://brill.com/view/journals/jhil/jhil-overview.xml>. Accessed 25 Abril 2021.

¹⁹ Foram mencionados ambos os nomes pois a depender da tradução feita dos artigos em inglês e em francês, ambos os nomes surgiram na pesquisa, para determinar o mesmo evento.

²⁰ Rubner, 'Origens da Carta Africana' 2008 (n. 19), capítulo 7 e, especificamente, 925–926.

inerentes à condição humana e o seu bem-estar, como conceitos de igualdade econômica, respeito, isonomia, dignidade da pessoa humana, apoio e incentivo à condição feminina. Por outro lado, os estadistas tinham, entre as suas principais prioridades, conceitos como a independência, a autodeterminação e a não discriminação racial, deixando, inequívoco, que a palavra **soberania** alcançava um papel central em sua pauta. Diante disso, é improvável que ambas as correntes de pensamento tenham se complementado, sendo mais aceita a teoria de uma “mútua tolerância” de interesses.

De forma a fornecer uma base teórica mais sólida quanto à questão, Plagis utiliza das palavras de Edward Kannyo, em sua obra *The Banjul Charter on Human and Peoples' Rights: Genesis and Political Background*²¹, para explicar a temática, *in verbis*:

“Edward Kannyo, por um lado, identificou vários fatores que levaram ao desenvolvimento da Carta que refletem a ortodoxia nos estudos acadêmicos jurídicos: A aceitação da OUA como o fórum regional mais importante para a resolução de conflitos; a ocorrência contínua de graves violações dos direitos humanos no continente africano; o debate sobre a guerra Uganda-Tanzânia em 1978–1979; o incentivo por parte dos órgãos da ONU para estabelecer um sistema específico e regional de direitos humanos na África; e um maior interesse e receptividade de questões de direitos humanos entre líderes africanos e internacionais, mídia, acadêmicos e debates públicos na década de 1970.” (tradução nossa).²²

Reconhecendo que o cenário regional e global era o mais favorável para a adoção de uma carta de proteção aos direitos humanos em quase toda a história da África, a comunidade envolvida no processo em comento se viu obrigada a conciliar interesses muitas vezes divergentes, de modo que o objetivo maior pudesse ser alcançado, a saber: uma Carta Africana.

²¹ Kannyo, Edward. 'The Banjul Charter on Human and Peoples' Rights: Genesis and Political Background ', in *Human Rights and Development in Africa*, ed. Meltzer Welch (Albany: State University of New York Press, 1984).

²² Texto Original: “ Edward Kannyo, on the one hand, identified numerous factors that led to the development of the Charter that reflect the orthodoxy in legal scholarship: The acceptance of the OAU as the most important regional forum for resolving conflicts; the continuous occurrence of gross human rights violations on the African continent; the debate about the Uganda-Tanzania war in 1978–1979; the encouragement by UN bodies to establish a specific and regional human rights system in Africa; and an increased interest in and receptivity of human rights issues amongst African and international leaders, media, scholars, and public debates in the 1970s.”

Ainda segundo Plagis²³, os atores do processo entenderam que a conciliação de alguns interesses multilaterais era de suma importância para se atingir o objetivo pretendido. Podem ser citados como tais interesses os que se seguem: a preocupação com a soberania de suas nações, o reconhecimento da necessidade de se obter uma carta africana de proteção aos direitos humanos, um debate sobre quais direitos deveriam ser incluídos no futuro texto, e por fim, o reconhecimento que uma lista longa de direitos.

Durante todo o período de elaboração da referida carta, uma característica marcante foi a preocupação com o que seria importado de outros dispositivos legais internacionais, e o que seria criado na África, com forte traço autoral. O movimento jurídico-filosófico que compreende o dilema supracitado que grandes especialistas que trabalharam junto à OUA na elaboração da carta, conhecidos como Kéba M'Baye e Léopold Sédar Senghor chamavam de "Africanismo".

Desenvolveu-se, em seguida, um dilema que dividiu os chamados "*Africanistas*" dos que se denominavam "*Universalistas*". Os primeiros eram influenciados, segundo Plagis²⁴, por um forte senso de que os artigos da carta em questão não deveriam ser escritos olhando para os exemplos do ocidente, mas sim elaborado com os olhos exclusivamente voltados para a África, como se pode averiguar a seguir, textualmente:

"Os africanistas, por um lado, enfatizaram os valores africanos e as tradições históricas. Diferenças culturais foram destacadas, em particular, uma ênfase na comunidade sobre os indivíduos, bem como o estágio de desenvolvimento dos países africanos foram refletidos na Carta. Esses valores, tradições históricas e eventos refletidos na Carta Africana foram moldados de muitas maneiras por 'uma reação à experiência continental de escravidão e colonialismo' que é visível, por exemplo, na inclusão do direito à autodeterminação." (tradução nossa).²⁵

Por outro lado, aqueles chamados de *Universalistas* argumentaram que a essência autoral africana não poderia ser excessivamente exagerada, mas deveriam se apoiar nos bons exemplos universais que estavam à disposição dos agentes naquele momento.

²³ Idem. 1.

²⁴ Idem. 1.

²⁵ Texto Original: "The Africanists, on the one side, emphasized African values and historical traditions. Cultural differences were highlighted, in particular, an emphasis on community over individuals, as well as the stage of development of African countries were reflected in the Charter. These values, historical traditions, and events reflected in the African Charter were shaped in many ways by 'a reaction to the continental experience of slavery and colonialism' which is visible in, for example, the inclusion of the right to self-determination."

Passagem interessante de Jallow, o representante da Gâmbia no grupo de especialistas da reunião de Dakar em 1979 e agora Juiz do Supremo Tribunal da Gâmbia, ao citar que o “esboço estava muito preocupado com as especificidades africanas e a condição africana e que parecia ser uma tentativa injustificável de remover o africano de seu contexto universal”.

Por fim, curial realçar que a *Carta de Banjul*, ao longo de todo o seu texto, exprime a dicotomia teórico e filosófica que tanto marcou a sua construção, aliando valores e necessidades inerentes à comunidade africana com os princípios universais que caracterizavam os direitos humanos enquanto dogma universal. Às vésperas da aprovação da carta, era de suma importância que os articuladores organizassem os artigos que iriam para o texto final da carta, de modo que agradassem os líderes políticos envolvidos e, assim, garantissem o máximo de adesão ao tratado.

Uma solução final, para que as divergências se acalmassem, foi a adoção de uma postura consideravelmente minimalista, de forma que cada artigo tivesse a possibilidade de ser interpretado de forma ampla, implicando uma margem considerável para o ator estatal e político envolvido. Gerhard Hafner, em sua publicação *Subsequent Agreements and Practice: Between Interpretation, Informal Modification, and Formal Amendment*²⁶, explica o ponto da seguinte maneira, *ipsis litteris*:

“Embora a abordagem minimalista seja a linguagem usada ao discutir a Carta Africana, o fenômeno de deixar áreas cinzentas em tratados não é exclusivo do sistema africano de direitos humanos. Em outras áreas do direito internacional, 'ambigüidade construtiva' também é uma prática comum entre os negociadores de tratados para chegar a um consenso aceitável para todas as partes sobre uma questão específica. Ao fazer isso, a linguagem em um ponto contestado permanece ambígua e permite uma interpretação futura.”

Finalmente, os fatos convergem para a situação narrada anteriormente, com a aprovação da *Carta de Banjul*. Observe que o tópico apresentado objetiva não apenas compor uma visão histórica dos fatos e das circunstâncias que antecederam a aprovação da aludida Carta, mas também narrar de que forma o sentimento da comunidade africana influenciou na construção de seu sistema regional de proteção aos direitos humanos.

3. CARACTERÍSTICAS, CRITÉRIOS, PARTES LEGÍTIMAS E MAGISTRADOS

²⁶Hafner, Gerhard. ‘*Subsequent Agreements and Practice: Between Interpretation, Informal Modification, and Formal Amendment*’, in *Treaties and Subsequent Practice*, ed. Georg Nolte (Oxford: Oxford University Press, 2013), 105–122, 107–108

O documento que marca o início do sistema africano de direitos humanos, ou seja, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos ou Carta de Banjul, tem como uma das principais características a inserção do anseio por liberdade do povo africano juntamente com a busca pelo respeito aos direitos humanos. Em seu preâmbulo, verifica-se, claramente, que a confecção de tal carta busca também fortalecer a luta para livrar o continente africano “do colonialismo, o neocolonialismo, o *apartheid*, o sionismo, as bases militares estrangeiras de agressão e quaisquer formas de discriminação, nomeadamente as que se baseiam na raça, etnia, cor, sexo, língua, religião ou opinião política.”

A citada Carta possui três capítulos. O primeiro deles estabelece o rol de direitos e deveres a serem protegidos pelos Estados Partes. Já o segundo institui um mecanismo de proteção de direitos humanos, na figura da Comissão Africana de Direitos Humanos. Por fim, o terceiro capítulo traz disposições diversas a respeito de sua vigência.

Diferentemente do sistema regional europeu e do sistema interamericano que previram inicialmente apenas direitos civis e políticos, o sistema regional africano desde já procurou tutelar os direitos civis, políticos, sociais, culturais e econômicos em um mesmo documento, sem diferenciar as dimensões de direitos humanos. Segundo o disposto no sistema, tais direitos seriam indivisíveis e interdependentes. Ademais, destaca-se a proteção de direitos dos povos, que não encontra similar em nenhum outro sistema de proteção de direitos humanos regional, sendo reflexo da subjugação política e econômica que vivia o continente naquele momento.

Outra característica do sistema africano é a predominância coletivista dos direitos humanos, na qual, muitas das vezes, o indivíduo tem seus direitos submetidos ao interesse coletivo e à moralidade baseados em costumes e tradições enraizadas nas comunidades africanas, o que torna vulnerável a vida das minorias, segundo seu artigo 27º, item 1, preconizando que o indivíduo tem deveres perante a família, a sociedade, o Estado e a comunidade internacional, exemplificados pelo rol do artigo 29º. Já no artigo 27º, item 2, afirma-se que os direitos e as liberdades de cada pessoa se exercem no respeito dos direitos de outrem, da segurança coletiva, da moral e do interesse comum.

Em vez de instaurar a tradicional dicotomia Corte-Comissão, observada nos demais sistemas, a Carta previu expressamente somente a criação da **Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos**, um órgão que não profere decisões vinculativas. Desse modo, seriam preservadas as soberanias estatais, o que contribuiu para a ampla adesão ao Tratado, hoje com 54 (cinquenta e quatro) Estados-membros.

A Comissão é composta por 11 (onze) membros que servem a título pessoal e independente e não como representantes dos seus países. No Artigo 31º, item 1, da Carta, está disposto que os comissários devem ser "escolhidos entre personalidades africanas da

mais alta reputação, conhecidos pela sua alta imparcialidade, integridade, moralidade e competência em matéria de direitos humanos e dos povos (...)". Estes são nomeados pelos Estados-membros da Carta, que poderão indicar até dois candidatos para a eleição. Os membros da Comissão têm um mandato de 6 (seis) anos e são elegíveis para a reeleição indefinidamente. No início dos seus mandatos, declaram solenemente cumprir as suas funções com total imparcialidade e fidelidade. O Secretariado da Comissão fica localizado em Banjul, Gâmbia e se reúnem ordinariamente duas vezes ao ano.

No artigo 45º da Carta Africana, definem-se como principais funções da Comissão: a promoção dos direitos humanos e dos povos; a proteção dos direitos humanos e dos povos; a interpretação das disposições da Carta; e qualquer outra tarefa que lhe seja atribuída pela Assembleia da OUA. Em especial, a Carta Africana lhe atribuiu a função de apreciar comunicações interestatais ou individuais, que denunciam uma violação de direitos humanos por parte de algum Estado-membro. Foi reconhecido um amplo rol de legitimados para acionar a Comissão: cidadãos de qualquer Estado-membro, os próprios Estados, ONG's neles reconhecidas ou Organizações intergovernamentais. Apesar de a legitimidade ativa de indivíduos e ONG's perante a Comissão não estar explícita na Carta Africana, pode-se depreender da leitura dos artigos 55º e 56º do aludido Tratado que se tratam de "outras comunicações".

As recomendações da Comissão careciam de força imperativa e não tinham prazo para adimplemento, o que incentivava seu descumprimento pelos Estados signatários. Com o intuito de complementar e reforçar as funções da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e suprir a carência vinculativa de suas recomendações, foi criado, em 9 de junho de 1998, em Burkina Faso, o **Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos**, entrando em vigor em janeiro de 2004 com sede em Arusha, na República Unida da Tanzânia.

O Tribunal em comento é composto por onze (11) Juízes, cidadãos dos Estados Membros da União Africana. Os Juízes do Tribunal são eleitos após nomeação pelos seus respectivos Estados, na sua qualidade pessoal, de entre juristas africanos de comprovada integridade e reconhecida competência prática, judicial ou acadêmica e experiência no campo dos direitos humanos. Os Juízes são eleitos para um mandato de seis anos, renovável uma vez. Os Juízes do Tribunal elegem, de entre si, o Presidente e o Vice-Presidente do Tribunal para um mandato de dois anos. O Presidente e o Vice-Presidente podem ser reconduzidos apenas uma vez. O Presidente do Tribunal exerce funções em regime de tempo integral, enquanto os outros dez (10) Juízes exercem funções em regime de tempo parcial. No exercício das suas funções, o Presidente é assistido pelo Escrivão, que exerce as funções de cartório, gestão e administração do Tribunal.

O Tribunal tem, nomeadamente, dois tipos de competência: a contenciosa e a consultiva. Exerce a competência contenciosa em relação a todos os litígios a si

apresentados relacionados com a interpretação e a aplicação da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, do Protocolo e de outros instrumentos pertinentes dos direitos humanos ratificados pelos Estados em causa.

O Tribunal pode conhecer de petições interpostas pela Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, pelos Estados Partes no Protocolo ou por organizações intergovernamentais africanas. As organizações não-governamentais com estatuto de observador junto a Comissão Africana e os indivíduos particulares também podem impetrar ação diretamente ao Tribunal, desde que o Estado contra o qual a ação é interposta tenha apresentado a Declaração nos termos do n.º 6 do Artigo 34.º do Protocolo da Carta Africana de criação do Tribunal, de modo a aceitar a competência do deste para conhecer de processos interpostos por indivíduos particulares e organizações não governamentais. Ressalte-se que, até janeiro de 2016, apenas 7 (sete) dos 30 (trinta) Estados-membros no Protocolo tinham depositado a declaração com vistas a aceitar a competência do Tribunal para conhecer de ações interpostas por ONGs e indivíduos particulares. Os sete Estados são: Benim, Burquina Faso, Costa do Marfim, Gana, Malawi, Mali e Tanzânia.

Em 2014, a competência do Tribunal foi alargada com Protocolo de Malabo, ao criar uma nova jurisdição penal internacional do Tribunal, sendo o único sistema regional com competência penal internacional alternativa à jurisdição do Tribunal Penal Internacional (TPI) para o julgamento de indivíduos.

Explícite-se que o Tribunal Africano é ainda a única corte internacional a possuir competência para julgar empresas por graves violações de direitos humanos. Como os países signatários ainda não ratificaram essas alterações, o supracitado Protocolo de Malabo não entrou em vigor.

4. SISTEMA DE PETICIONAMENTO

A Carta Africana não prevê expressamente a possibilidade de comunicações individuais perante a Comissão. Foi mediante uma interpretação dinâmica da categoria "Outras comunicações", mencionada no artigo 55 da aludida Carta, que a Comissão Africana conseguiu desenvolver sua competência em relação às comunicações individuais.

Sendo assim, embora a Carta utilize um conceito subjetivo, a designação de comunicações individuais se revela apropriada. Ou seja, embora a Carta Africana não contenha qualquer dispositivo esboçando o processo de comunicação individual, a Doutrina majoritária considera que as comunicações têm formatos semelhantes ao do Comitê de Direitos Humanos, o qual organiza, analisa suas decisões em seções e lida com fatos, argumentos, admissibilidade de provas, mérito de casos e conclusão final. Entretanto,

na ausência de uma disposição legal, a Comissão procurou, efetivamente, inspiração no artigo 52 da Carta, que diz respeito às comunicações interestaduais.

Com o objetivo de assegurar a promoção e a proteção dos direitos humanos na África e de possibilitar tanto à Comissão quanto à Corte o exercício de suas competências neste campo, a Carta Africana, em conjunto com seus Protocolos, estabeleceu mecanismos e procedimentos específicos de proteção. Torna-se possível analisar e classificar, no contexto deste sistema regional, as possibilidades de ocorrência das seguintes demandas: demandas interestaduais, demandas não-estatais, relatórios estatais e medidas provisionais.

A Carta de Banjul permite que atores não estatais demandem à Comissão. De acordo com o Protocolo da Carta, antes de cada sessão, o secretário da Comissão estabelece a lista das comunicações que não emanam dos Estados-parte. O dispositivo é, portanto, bastante amplo. Desta forma, ele tem sido interpretado pela própria Comissão, que permite demandas de indivíduos, grupos de indivíduos e organizações não-governamentais. A partir da comunicação, a Comissão decide, por maioria de votos, se deve apreciar ou não a demanda.

O artigo 58 da Carta traz uma importante limitação para as demandas não estatais, na qual é razão de crítica pela Doutrina majoritária. De acordo com este dispositivo, a Comissão deve chamar a atenção da Conferência dos Chefes de Estado e de Governo sobre situações que revelem a existência de um possível “conjunto de violações graves ou maciças dos direitos humanos e dos povos”. Em tese, destarte, casos que não possam ser considerados como violações graves ou maciças dos direitos humanos e dos povos não poderão ser reconhecidos pela Comissão.

Nesse sentido, no âmbito das demandas não-estatais, a aludida Carta não se preceitua pela proteção ao indivíduo, colocando como objetivo a necessidade de proteção à coletividade. Ou seja, nesta situação, se for constatada urgência na demanda, a Comissão deve comunicar ao Presidente da Conferência dos Chefes de Estado e Governo. Cabe a este solicitar ou não um estudo aprofundado do caso.

No que concerne às demandas interestaduais no âmbito do sistema regional africano de proteção aos direitos humanos, são possíveis as seguintes formas de atuação dos Estados: diretamente ao Estado que tenha, aparentemente, violado as disposições da Carta de Banjul; por meio de comunicação à Comissão; e por demanda à Corte Africana de Direitos Humanos.

No primeiro caso, um Estado adverte diretamente outro se considerar que há uma violação dos dispositivos da Carta de Banjul. Para tanto, o requisito a ser cumprido é que haja “boas razões para crer” na violação. Não há, contudo, critérios objetivos, definidos pela Carta, a serem utilizados para caracterização do que sejam “boas razões”. A segunda

possibilidade de demanda interestatal à Comissão em muito se assemelha a mecanismos desenvolvidos nos demais sistemas regionais de proteção aos direitos humanos existentes. Tais demandas podem ser feitas, assim como as anteriores, quando um Estado considera que outro, de alguma forma violou dispositivo da Carta de Banjul.

O artigo 56 da Carta Africana elenca os requisitos de admissibilidade das comunicações individuais, quais sejam: indicação da identidade do seu autor, mesmo que haja a solicitação dele à Comissão pela manutenção do anonimato; ser compatível com a Carta da Organização da Unidade Africana ou com a Carta Africana; não conter termos ultrajantes ou insultuosos para com o Estado impugnado, às suas instituições ou à Organização da Unidade Africana; não se limitar a reunir informações divulgadas por meios de comunicação de massa; esgotamento prévio das vias internas, salvo no caso de demora injustificada; observância de um prazo razoável para apresentação da petição e a inexistência de litispendência internacional. Como **primeiro** requisito, temos a indicação da identidade do autor da comunicação individual, mesmo que ele tenha solicitado o anonimato junto à Comissão Africana. Esse fato se mostra óbvio frente à necessidade de se informar acerca dos elementos essenciais da queixa ao Estado demandado.

Analisando-se os casos submetidos à Comissão, não foi verificado nenhum que houvesse requerido anonimato. Como **segundo** requisito, temos a compatibilidade da comunicação individual com a Carta da OUA ou com a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos. Como **terceiro** requisito, temos o fato de que a redação da comunicação individual não deve ser feita em linguagem insultuosa e ultrajante contra o Estado demandado, as suas instituições e a OUA. Essa condição é bastante criticada pela doutrina internacional, uma vez que favorece o afastamento da comunicação pela utilização de expressões mais veementes, o que beneficia os Estados violadores. Como **quarto** requisito, temos que a comunicação não deve estar baseada exclusivamente em fatos veiculados pela mídia. Esse ponto é relevante principalmente no sistema africano que não exige a condição de vítima para ser autor de uma comunicação individual. Como **quinto** requisito, temos o esgotamento prévio das vias internas, dos recursos jurisdicionais, como reflexo do princípio da subsidiariedade da lei internacional em relação à lei nacional. Como **sexto** requisito, temos o fato de que deve decorrer um prazo razoável entre o esgotamento das vias internas e a submissão da comunicação individual. A Carta Africana não indica qual seria esse prazo, diferentemente das Convenções Europeia e Americana que especificam o prazo de seis meses. Como **último** requisito, temos a inexistência de decisão anterior sobre o mesmo caso, isto é, permite-se uma concorrência de tratamento de um mesmo caso em instâncias de diferentes níveis, até que surja a primeira decisão.

Em virtude, principalmente, da ineficácia da Comissão Africana no tocante à proteção dos direitos humanos, verificada, mormente, pelos descumprimentos das suas

recomendações pelos Estados-partes, a comunidade internacional passou a defender a criação de uma Corte Africana dos Direitos do Homem e dos Povos capaz de emitir decisões de caráter jurídico obrigatório.

Assim, diferentemente da Carta Africana, observa-se que o Protocolo Adicional à Carta Africana expressamente prevê a possibilidade de demanda diretamente à Corte pelo indivíduo. Entretanto, duas condições são postas, a saber: a primeira é o reconhecimento pelo Estado da competência da Corte Africana para receber demandas individuais; a segunda condição é que a declaração deve ser anterior ao recebimento das demandas individuais pela Corte.

Existe ainda um método, classificado como Medidas Provisórias, que são aquelas tomadas quando a vida e a integridade física de um indivíduo podem estar ameaçadas. Neste caso, busca-se evitar que um mal irreparável possa ocorrer. Tanto a Comissão, por meio de seu Regulamento, quanto o Protocolo que institui a Corte Africana atentam para a necessidade de serem empregadas medidas provisórias em casos de gravidade e urgência.

Vale exteriorizar que o fato de o instituto das medidas provisórias ser permitido no sistema africano de proteção aos Direitos Humanos demonstra claramente a função preventiva que tanto a Comissão quanto a Corte exercem. Se utilizadas de maneira efetiva, as medidas provisórias podem ser um instrumento importante na proteção e preservação dos Direitos Humanos no continente africano.

5. PRINCIPAIS DOCUMENTOS LEGAIS CONSTITUINTES

Sobre o sistema africano de proteção aos direitos humanos, urge o potencial de observar e se aprofundar sobre o principal documento legal e constituinte desse sistema, que é a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, mais conhecida como a Carta de Banjul, que é a capital da Gâmbia, na ilha de St. Mary. A seguir, iremos falar mais sobre a importância de tal carta e um comparativo com as demais.

Os instrumentos de proteção aos direitos humanos surgem numa esfera posterior à Segunda Guerra Mundial, num processo de descolonização e espólio das guerras ainda muito iminente e sensível. Nesse sentido, a Carta das Nações Unidas, em 1945, surge como o elemento primordial para a consolidação de muitos interesses individuais e coletivos.

A partir da mesma Carta, observa-se a composição do estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ), e uma proteção mais ampla aos direitos humanos. Dessa forma, em 1948, aprova-se, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), em frente ao período de globalização e uma nova guerra, a Guerra Fria.

Explicita-se o ensinamento de Bobbio sobre a DUDH, *ipsis litteris*.

“A Declaração Universal representa um fato novo na história, na medida em que, pela primeira vez, um sistema de princípios fundamentais da conduta humana foi livre e expressamente aceito, através de seus respectivos governos, pela maioria dos homens que vive na Terra.” (2004, p.18)

Com isso, os sistemas regionais estavam prontos para serem criados e consolidados, mas é lógico que um sistema se forma a partir de uma cooperação relacionada aos países que compõem o continente. Apesar dos problemas enfrentados, o continente americano e o europeu possuem um regime mais aliado do que propriamente emergido de confusões, ao contrário do africano.

Indo para a década de 60, em 1963, observa-se a formação da Organização da Unidade Africana, sendo que os principais institutos a serem alcançados envolviam a cooperação continental para alcançar os fins econômicos e sociais adequados, bem como a exposição de um forte sentimento anticolonizador, bem como a proteção dos países recém-formados, de modo a não se intrometerem diretamente em suas relações.

Como amplamente divulgado e estudado, tais décadas foram marcadas por inúmeros conflitos sociais e civis, que envolviam diversos governos autoritários e muitas mortes. Assim, o que se almejava com a formação da Organização estava sendo completamente deturpado e gerando uma pressão internacional massiva sobre o futuro do continente. Por exemplo, a primeira guerra civil sudanesa ocorreu entre 1955 e 1972, bem como a Nigéria, desde 1953, vê um conflito entre cristãos e muçulmanos, sem contar em outras nações como Ruanda, Burundi e a Angola. Dessa forma, a carta de Banjul precisava ter sua força garantida para que o continente pudesse funcionar em harmonia.

Destacando o texto da Carta, que traz um novo período, bem como a exposição do que ocorria na África do Sul, centralizada na figura de Nelson Mandela, como grande líder e humanitário que foi. Portanto, em vigor desde 21 de outubro de 1986, a carta, feita em 1981, é constituída de preâmbulo, deveres, direitos e disposições específicas.

Portanto, são abordados direitos de diversas gerações diferentes. Estão presentes os da primeira, segunda e terceira, a partir de especificações necessárias ao continente, principalmente as atinentes ao direito dos povos, que estavam constantemente em lutas internas. Apesar de escaparem dos malefícios da colonização, ainda havia as diversas consequências territoriais e culturais.

Um dos direitos mais simples, porém, mais estruturais e elementares da obra está contido no art. 4º, *in verbis*: “O direito ao respeito pela vida e integridade pessoal”, de forma que o modelo a ser seguido era o de proteção aos direitos mais elementares, mas

que não eram respeitados pelas ditaduras e guerras violentas. Atente-se também para o art. 21, que versa sobre os direitos dos povos a dispor livremente de suas riquezas.

Nessa esteira, faz-se mister compreender que muitos conceitos relativos à liberdade individual e coletiva, à organização financeira, aos impostos e até mesmo à liberdade de ir e vir, de certo modo, já estabelecidos nas Américas e na Europa, tinha uma sustentação muito frágil na África, de modo que a necessidade de serem reforçados envolvia a luta pela vida e pela propriedade em si.

Pertinente trazer à baila os esclarecimentos de Heintze:

“O Sistema Africano de Direitos Humanos desenvolveu-se em duas etapas. A primeira etapa constituiu-se da aceitação da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de 1981, também chamada de “Banjul-Charta”, pela Organização da Unidade Africana (Organization of African Unity — OAU), substituída em 2002 pela União Africana (African Union — AU). A AU conta hoje com 53 Países-Membros. A segunda etapa seguiu-se em 2004 com a criação da Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos (African Court on Human and Peoples’ Rights — ACHPR) pela União Africana. A Corte foi oficialmente inaugurada em 2006.” (2010, p. 8)

Sendo assim, chega-se à segunda e à parte final da análise. O estudo sobre as instituições que surgem como garantidoras do cumprimento dos preceitos estabelecidos pela Carta, dando destaque à Comissão Africana, prevista no art. 30, à Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e à Corte Africana de Justiça e Direitos Humanos.

A partir deste ponto, serão apreciados tais institutos, com enforque nas cortes. A principal função atrelada à Corte é a de que deverá servir como um apoio, um ente que compatibilize sua função em decorrência da comissão. Em conformidade com o disposto por Piovesan (2012, p.196), a Comissão Africana é responsável por “apreciar relatórios a serem enviados pelos Estados Partes, a cada 2 anos, a respeito das medidas legislativas e outras adotadas com vistas a efetivar os direitos e liberdades garantidos pela Carta”.

Conforme protocolo, possuem garantia e acesso para a apresentação de demandas: a própria Comissão Africana; o Estado signatário do Protocolo que tenha apresentado o caso à Corte; o Estado signatário do Protocolo que tenha sido apontado como polo passivo na demanda; o Estado signatário do Protocolo cujo cidadão tenha sido vítima de violação; e as organizações internacionais africanas como detentores desta faculdade.

Ainda nessa esfera, segundo Mazzuoli, *in verbis*:

“O texto da Carta de Banjul, diferentemente do que ocorre no sistema interamericano, não deixa clara (expressa) a possibilidade de os indivíduos peticionarem à Comissão Africana. Dos artigos 47 a 54, a Carta Africana regula a possibilidade de um Estado demandar outro Estado perante a Comissão. Dos artigos 55 a 59 – Seção intitulada “Das outras comunicações” –, a Carta de Banjul diz apenas que outras comunicações “que não emanam dos Estados-Partes na presente Carta” podem ser enviadas ao secretário da Comissão, o qual fará uma lista das comunicações recebidas e, antes de cada sessão, comunicará aos membros da Comissão, os quais poderão tomar conhecimento de seu conteúdo e submetê-las à Comissão” (art. 55, §1.º)” (2014, p. 148)

Oportuno compreender como o sistema de proteção africana demora para se firmar. Apenas em 1998 foi criado o primeiro protocolo referente à criação da Corte, de modo que se passaram anos da criação da Carta e o continente ainda estava mergulhado em diversos problemas que perduravam há décadas. Saliente-se ainda que o continente africano conta com diversas culturas e modernizações atrasadas, e enfrenta vários problemas para a efetivação do instrumento que tem como base a união cultural, econômica e social do continente.

6. ESTUDO DE CASO

Um ponto bastante interessante, citado por Matthes (2013) em sua obra, sobre o sistema africano de proteção aos direitos humanos, é que, diferentemente dos sistemas americano e europeu, foi o pioneiro na inclusão de outros direitos além dos civis e políticos dentre os tutelados pelas comissões. Registre-se que, dentre os direitos que o aludido sistema defende, estão os direitos sociais, econômicos, culturais e o direito ao meio ambiente.

Relativamente ao direito ambiental, Matthes (2013) discorre que, ao se analisar o histórico do continente africano, as violações a esse direito sempre foram presentes. Devido ao histórico de colonização da África, as afrontas ao direito ambiental sempre foram comuns e, por esse motivo, a sua proteção foi acrescentada ao rol de direitos protegidos pelo sistema africano. Mazzuoli (2012, p. 941) consigna a importância dessa inovação atinente aos outros sistemas já citados, textualmente:

Assim, a Carta não distinguiu a ‘natureza’ dos direitos, atribuindo-lhes igual força jurídica e submetendo-lhes (todos) ao controle da Comissão Africana, o que significa que (ao menos teoricamente) a Comissão (e, posteriormente, também, a Corte) pode vir a ser

provocada a se manifestar em questões de índole econômica, social ou cultural. Em outras palavras, diferentemente das Convenções Europeia e Interamericana de Direitos Humanos, a Carta Africana não atribuiu qualquer ênfase aos direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) sobre os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais). Pelo contrário: ao adotar uma postura 'coletivista' ou 'holística' dos direitos humanos, que enfatiza 'o direito dos povos' expressamente, a Carta Africana acaba por compreender a proteção do indivíduo não sob uma ótica liberal ou individualista, mas sob a ótica social ou coletiva.

Essa preocupação e a inserção do supracitado direito teve como base a alçada do meio ambiente ecologicamente equilibrado como condição de direito humano dada pela Conferência de Estocolmo, de 1972, e, após isso, a introdução deste direito no sistema global de proteção encabeçado pela ONU. Desta forma, a proteção regional do meio ambiente pelo sistema africano foi implantada de acordo com as tratativas internacionais já existentes, o que protagonizou o tema da sua aplicação regional e incentivou os outros sistemas.

Desta feita, alguns casos já foram analisados pelo sistema africano. Porém, será visto que há muito a ser feito sobre o tema, já que a aplicação da proteção jurídica ainda se mostra tímida e, muitas vezes, criticada pela Doutrina internacional. Mister salientar que o caso a ser apresentado foi considerado emblemático na proteção dos direitos humanos, ainda mais por demonstrar que, mesmo com todas as limitações existentes, o sistema africano de proteção aos direitos humanos se mostra atuante.

6.1 Caso 155/96 Centro ações de direitos sociais e econômicos e Centro de direitos econômicos e sociais X Estado da Nigéria.

O caso em epígrafe trata-se de uma demanda proposta ao sistema africano de proteção aos direitos humanos, que se tornou emblemática pelas partes envolvidas e pela gravidade do problema. Na denúncia constava o fato de que o governo militar da Nigéria esteve diretamente envolvido na produção de petróleo por meio da Companhia Nacional do Petróleo da Nigéria (NNPC), o que teria ocasionado uma série de violações tanto ao meio ambiente quanto também ao povo *Ogoni* que habita a região.

A gravidade do problema envolvia o fato de que a NNPC explorou o local, conhecido como *Ogoniland*, sem levar em conta os danos ao meio ambiente e também à saúde da população local. Dentre as denúncias apresentadas, estava a de que a NNPC destruía lixos tóxicos no meio ambiente, nos rios e nos canais locais, o que violava claramente os padrões internacionais existentes, além de derramamentos claramente tóxicos nas dependências das suas instalações.

Por conta desse comportamento totalmente negligente por parte do consórcio, o que provocou a contaminação generalizada tanto do ar, quanto do solo e água, as consequências começaram a aparecer nas pessoas que viviam na região, em forma de problemas de saúde recorrentes. Entre os problemas identificados e citados na denúncia, estavam doenças gastrointestinais e respiratórias, aumento de cânceros, doenças de pele e até mesmo problemas reprodutores e neurológicos.

O governo da Nigéria, por sua vez, se manteve inerte no que diz respeito a fiscalização da atividade em apreço, o que configurou, na denúncia, a sua participação. A participação restou-se mais do que clara pelo fato de só serem possíveis tais violações ao meio ambiente e à saúde pública com a participação e a ciência do governo, já que não havia o monitoramento e, muito menos, o atendimento a medidas de segurança exigíveis em operações industriais desse porte.

Além de não interferir e muito menos fiscalizar as atividades do consórcio petrolífero, foi alegado na comunicação que este ainda dava total cobertura e apoio à NNPC. O apoio em referência vinha por meio dos poderes legais e militares do estado que se mostraram totalmente a serviço das companhias petrolíferas, o que pode ser comprovado por meio de memorandos que evidenciavam esse tipo de apoio militar.

Com a degradação cada vez mais agressiva da região, foi criado um movimento chamado "Movimento de Sobrevivência do Povo *Ogoni* – MOSOP". Tal movimento protestava contra a degradação do meio ambiente da localidade afetada pelas empresas petrolíferas, mas foi duramente atacado pelas forças nigerianas. Na repressão a este movimento, houve a combinação da força da Polícia, do Exército, das Forças Aéreas e da Marinha, incluindo artilharia pesada e com uso de tanques de guerra em alguns casos.

Quando os grupos não eram atacados pelas forças do governo, como já citado, os ataques provinham de homens armados e não identificados, que atuavam durante a noite. As denúncias mostravam que esses ataques tinham grande probabilidade de também pertencerem ao governo, já que a forma de ataque era similar, assim como o calibre das armas utilizadas. Além disso, esses ataques nunca eram investigados pelas autoridades nigerianas, o que aumentou, ainda mais, a suspeita sobre a participação do governo.

A participação do Exército nesses ataques repressivos era indubitável. Tal fato foi provado por vários documentos anexados junto a denúncia. Nesse sentido, era possível verificar trocas de memorandos entre o alto escalão do Exército e a força interna de segurança do estado Rivers, responsável pelas represálias ao povo *Ogoni*. Ademais, consta na denúncia o depoimento de um general em que este deixou explícito que suas ordens eram com o intuito de livrar o povo da região dos integrantes do MOSOP.

Outro ponto contido na denúncia diz respeito ao sufocamento dos meios alimentares do povo *Ogoni* nesse período. Além da contaminação do solo e da água da região, as tropas do governo saqueavam as poucas plantações restantes, além de assassinar os animais da região, obrigando boa parte da população a buscar outras regiões para viver.

Após a apresentação dos fatos envolvidos, passa-se para o procedimento que foi utilizado no caso em análise. A denúncia foi recebida no dia 14 de março de 1996 e, em 13 de agosto do mesmo ano, uma cópia foi enviada para ciência do governo nigeriano. A denúncia foi declarada admissível em outubro daquele ano, na 20ª Sessão Ordinária ocorrida nas Ilhas Maurícias, o que fez com que fosse apresentada às autoridades para uma missão planeada à Nigéria.

Durante a 28ª Sessão ordinária ocorrida no ano de 2000 em Cotonou, o Estado da Nigéria submeteu uma nota verbal se defendendo, já que havia um novo governo. Relatou na referida nota que várias ações haviam sido tomadas pelo governo para se retratar das ações que foram ajuizadas contra ele, dentre as quais podem-se citar:

- a) O estabelecimento, em forma inédita, de um ministério do meio ambiente da Nigéria, que contaria com recursos adequadas para enfrentar os problemas pelos quais o país estava passando na esfera ambiental;
- b) A aprovação de uma legislação específica para o desenvolvimento da região do Delta do Niger (NDDC) e outras áreas produtoras de petróleo;
- c) A instauração de uma comissão judicial de inquérito, com o intuito de investigar questões de violações de direitos humanos. Além disso, informaram que todos os pedidos de inquérito feitos pelo povo *Ogoni* teriam prioridade máxima nas investigações.

Já na 30ª sessão ocorrida na cidade de Banjul, na Gâmbia, no ano de 2001, a comissão chegou a uma decisão de mérito sobre esta denúncia. No mérito dessa decisão, foi sublinhada a obrigatoriedade dos papéis relativos ao Estado. Nessa esteira, foram consubstanciadas as obrigações de respeitar os direitos fundamentais, de proteger os sujeitos de direito de outros sujeitos, de promover o gozo dos direitos humanos e de concretizar os direitos e liberdades que ele mesmo adotou por livre escolha e vontade. Assim, o mérito da ação decisória deixou explícita a violação pelo governo nigeriano da Carta Africana de direitos humanos, mais especificamente os seus artigos 2º, 4º, 14, 16, 18, 21 e 24.

Sob essa perspectiva, a comissão suscitou ao governo nigeriano que garantisse a proteção do meio ambiente, da saúde e, principalmente, da subsistência do povo *Ogoni* por meio das seguintes ações:

- a) Interrupção imediata de todos os ataques da força tarefa de segurança do estado Rivers às comunidades *Ogoni* e aos seus líderes, assim como permitir o seu livre acesso a todo o território africano;
- b) Condução de uma investigação sobre todas as violações citadas na denúncia, assim como processar os agentes das forças de segurança, NNPC e agências envolvidas após comprovação de culpa;
- c) Garantia de compensação às vítimas das violações, por meio de auxílio e reassentamento dessas pessoas, por exemplo. Além disso, providenciar a regeneração das terras e rios danificados pelas operações petrolíferas;
- d) Assegurar que todas as futuras e atuais operações petrolíferas tivessem suas avaliações de impactos ambientais feitas por companhias independentes de órgãos fiscalizadores da indústria petrolífera;
- e) Que constassem também nessas avaliações de impacto todos os relatórios sobre possíveis riscos à saúde e ao meio ambiente, além de manutenção do diálogo com as populações afetadas por qualquer empreendimento possivelmente danoso, baseada principalmente na transparência das informações.

Nesta sessão, além de reconhecer o mérito da denúncia e estabelecer todas as ações citadas para a reparação das violações, foram requisitadas informações sobre os compromissos firmados na 28ª sessão.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O histórico de transgressões aos direitos humanos no continente africano impulsionou e acabou por pressionar a origem de um sistema que pudesse proteger seus indivíduos, surgindo, assim, o sistema africano de proteção aos direitos humanos. Como exteriorizado nessa pesquisa científica, tal sistema é recente e luta contra obstáculos comuns durante sua atuação em casos concretos.

Ademais, o sistema africano, desde as suas origens, lida com críticas por parte dos doutrinadores e juristas. A questão do Universalismo *versus* Africanismo foi um marco desde sua concepção. Note que o universalismo previa a aplicação da proteção aos direitos humanos, assim como o disposto nos outros sistemas de proteção sob a temática. Já o

Africanismo preconizava a aplicação dos direitos humanos mais voltada ao povo africano e às suas peculiaridades, o que inclui o seu vasto e triste histórico de abuso de direitos.

Superada essa concepção e origem do sistema, constata-se que o sistema africano de proteção aos direitos humanos apresenta, como diferencial, a tutela dos direitos de primeira, segunda e terceira geração, o que inclui, por exemplo, a proteção ao meio ambiente, fortemente influenciada pela Conferência de Estocolmo, de 1972, que aconteceu pouco antes da elaboração da Carta de Banjul.

Sobre a Carta dos Direitos do Homem e dos Povos, conhecida também como Carta de Banjul, considerada o marco do sistema em comento, pode-se expressar que ela contempla a proteção de um grande leque de direitos humanos, o que representou um marco sobre proteção aos aludidos direitos no cenário internacional.

Ressalte-se, ademais, que o trabalho abordou características gerais do sistema africano, o que incluem as partes que tem legitimidade para acionar o sistema, assim como os critérios de seleção dos magistrados da Corte e dos membros da Comissão.

No que concerne ainda às características do sistema, as informações como os requisitos de admissibilidade no peticionamento de documentos merecem destaque, já que, além das partes envolvidas e capazes para este, devem ser atendidos alguns requisitos básicos para poder ser recebida a denúncia com o fito de posterior análise e julgamento. Um exemplo que deve ser enfatizado consiste na necessidade de, para que haja a efetivação do peticionamento do documento por meio de indivíduo, é necessário que o Estado contra o qual este esteja fazendo a denúncia, tenha aceitado e seja signatário de denúncias individuais, o que hoje ainda representa um pequeno grupo dos Estados-membros, fato que interfere diretamente na quantidade de denúncias atendidas.

Relevante retomar a importância do caso colocado como estudo de caso nessa pesquisa científica. Tal caso foi escolhido por se tratar da proteção ao meio ambiente, o que não ocorre, por exemplo, nos sistemas interamericano e europeu de proteção dos direitos humanos. O caso citado foi analisado somente pela Comissão Africana, já que, à época, não existia a Corte. Nesse passo, ao proferir decisão de mérito reconhecendo a culpa do Estado da Nigéria, a comissão suscitou que fossem realizadas as ações de reparação, em que pese a decisão da Corte não possuísse característica vinculante.

Com fulcro no exposto, pode-se explicar que o sistema africano de proteção aos direitos humanos está em constante busca pela promoção e proteção dos direitos humanos no continente, mesmo que, para alcançar a aludida proteção, a superação de vários obstáculos se mostre imprescindível. Em relação aos obstáculos, vislumbra-se a pouca flexibilidade em relação à Comissão por conta das restritivas disposições jurídicas. Outrossim, ainda sobre a Comissão, a própria cultura dos Estados-membros africanos é

peculiar quando se busca alcançar os meios corretos de execução de suas funções, dependendo, portanto, dos próprios Estados-membros a permissão para que os avanços conquistados sejam aplicados de forma eficaz.

Desta feita, com o intuito de auxiliar a Comissão Africana, surgiu a figura da Corte Africana de proteção aos direitos humanos, embora não garantisse, por si só, a observância dos direitos preconizados, contando, assim, para ser efetiva, com o apoio político e o senso de tolerância por parte dos envolvidos.

Em vista do exposto, a busca em evitar as atrocidades passadas é constante no continente africano e conta, em tese, com mecanismos capazes de promover essa proteção dos direitos humanos do povo africano, visando à contenção da violência, à negociação da paz, à reparação das violências cometidas e à responsabilização dos infratores às normas jurídicas.

8. REFERÊNCIAS

ÁLVAREZ, Yuria Saavedra. **El Sistema Africano De Derechos Humanos y de los Pueblos. Prolegómenos.** Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM - Anuario Mexicano de Derecho Internacional. 2008. vol. VIII.

Article 7." **Journal of the History of International Law** / Revue d'histoire du droit international, 2020. E. J. BRILL. Disponível em: <https://brill.com/view/journals/jhil/jhil-overview.xml>. Acesso em: 25 abr. 2021.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, Carta de Banjul. Janeiro de 1981. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/afrika/banjul.htm>. Acesso em: 04 maio 2021.

Carta das Nações Unidas. 1945. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/A-Carta-das-Nac%CC%A7o%CC%83es-Unidas.pdf> Acesso em: 06 maio 2021.

Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. "História." CADHP, https://www.achpr.org/pr_home. Acesso em: 28 abr. 2020.

Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_homem.pdf . Acesso em: 06 maio 2021.

GALENO, Paula. **O sistema regional africano de proteção dos direitos humanos e dos povos.** Jus.com.br, 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/33757/o-sistema-regional-africano-de-protecao-dos-direitos-humanos-e-dos-povos>. Acesso em: 16 maio 2021.

HAFNER, Gerhard. '**Subsequent Agreements and Practice: Between Interpretation, Informal Modification, and Formal Amendment**', in *Treaties and Subsequent Practice*, ed. Georg Nolte (Oxford: Oxford University Press, 2013), 105–122, 107–108.

HEINTZE, Hans Joachim. **Introdução ao Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos**. In: PETERKE, Sven (Org.) CARVALHO RAMOS, André de; HEINTZE, Hans-Joachim [et al] (Colab.). **Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais** Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2010. p. 22 a 82.

KANNYO, Edward. '**The Banjul Charter on Human and Peoples' Rights: Genesis and Political Background** ', in *Human Rights and Development in Africa*, ed. Meltzer Welch (Albany: State University of New York Press, 1984).

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 2ª ed. São Paulo: Métodos, 2014.

_____. **Os Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos: Uma Análise Comparativa dos Sistemas Interamericano, Europeu e Africano**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

MATTHES, Rafael Antonietti. **O direito humano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no sistema africano e a intervenção da corte africana de direitos humanos**. In: XXII Encontro nacional do CONPEDI/ UNINOVE., 2013, São Paulo. **Anais**, São Paulo: Universidade Nove de Julho, 2013. Pág. 330 a 356.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 3. ed. São Paulo, Saraiva. 2012.

_____. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2007.

PLAGIS, Misha Ariana; RIEMER, Lena. "**From Context to Content of Human Rights: The Drafting History of the African Charter on Human and Peoples' Rights and the Enigma**."

RUBNER, '**Origens da Carta Africana**' 2008 (n. 19), capítulo 7 e, especificamente, 925–926.

Tribunal Africano dos Direitos dos Homens e dos Povos. Disponível em: <https://pt.african-court.org/index.php/12-homepage1/1-welcome-to-the-african-court>. Acesso em: 04 maio 2021.

A CORRUPÇÃO POLÍTICA NO BRASIL: OS REFLEXOS NA EFETIVAÇÃO DA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS

JOSILAINE ALEXANDRE POLVERE:

Graduanda de Direito pelo Centro
Universitário de Santa Fé do Sul-SP
(UNIFUNEC)

ANA MARIA ORTEGA ALONSO

(orientadora)

RESUMO: Este estudo é sobre a corrupção política no Brasil e seus reflexos na efetivação da garantia dos direitos fundamentais e sociais. A corrupção é uma conduta ilícita e fundamenta-se no Código Penal Brasileiro. Na Constituição Federal de 1988, estão dispostos os direitos fundamentais e sociais em seus artigos 5º e 6º, assim como os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência dispostos no artigo 37. Esses princípios e direitos estão sendo desrespeitados por meio dos atos corruptos, e como consequência gera o mau funcionamento dos serviços públicos essenciais. Por este motivo o objetivo da pesquisa é demonstrar a história da corrupção política no Brasil, seus aspectos conceituais, as formas em que são praticados os atos corruptos, e demonstrar as estratégias de controle de outros países. A pesquisa se justifica diante dos escândalos de corrupção decorrentes no país. O estudo foi feito a partir do método hipotético-dedutivo, no qual foi possível concluir que a corrupção não pode ser combatida totalmente, mas seus efeitos podem ser amenizados por meio de educação, prevenção, fiscalização e transparência, e que este é um trabalho de médio à longo prazo e que precisa dos esforços dos órgãos públicos e da colaboração da sociedade.

Palavras-chave: Corrupção. Política. Brasil.

ABSTRACT: This study is about political corruption in Brazil and its effects on the effectiveness of the guarantee of fundamental and social rights. Corruption is illegal conduct and is based on the Brazilian Penal Code. In the Federal Constitution of 1988, the fundamental and social rights are set out in its articles 5 and 6, as well as the principles of legality, impersonality, morality, publicity and efficiency set out in article 37. These principles and rights are being disrespected through of corrupt acts, and as a consequence generates the malfunction of essential public services. For this reason, the objective of the research is to demonstrate the history of political corruption in Brazil, its conceptual

aspects, the ways in which corrupt acts are practiced, and to demonstrate the control strategies of other countries. The research is justified in view of the corruption scandals arising in the country. The study was made from the hypothetical-deductive method, in which it was possible to conclude that corruption cannot be completely fought, but its effects can be mitigated through education, prevention, inspection and transparency, and that this is a work of medium to long term and that needs the efforts of public bodies and the collaboration of society.

Keywords: Corruption. Politics. Brazil

1 INTRODUÇÃO

Muitos são os meios pelos quais manifestam-se os atos corruptos, no entanto, esta pesquisa se concentra a estudar a corrupção no meio político, visto que diante da proporção em que ocorre, ocasiona maior prejuízo a coletividade, que além de retardar o crescimento econômico do país, fere princípios e direitos constitucionais.

A consequência dos desvios das verbas públicas gera a ineficácia dos serviços públicos essenciais que estão garantidos na Constituição Federal de 1988, dentre os quais são: saúde, educação, moradia, segurança, assistência aos desamparados, trabalho, etc.

Sendo assim, o objetivo da pesquisa é estudar a corrupção no espaço político, demonstrar a história da corrupção no país, seus aspectos conceituais, as formas em que são praticados os atos corruptos, assim como, demonstrar as estratégias de controle adotadas em outros países.

A pesquisa se justifica pela atualidade da problemática dos escândalos de corrupção no meio político, ademais, deve-se ter em vista os prejuízos sociais, culturais e econômicos que ela causa à sociedade, por este motivo é relevante fazer um estudo sobre seus diferentes aspectos, para compreender as ações corruptas e os meios empregados ao seu controle.

A metodologia empregada ao estudo é o método hipotético-dedutivo, feito por meio de revisão bibliográfica, no qual teve como fontes de estudo; a Constituição Federal Brasileira de 1988, livros doutrinários de Direito, artigos científicos, e outras obras pertinentes ao assunto.

O artigo está dividido em 7 (sete) tópicos, após a introdução é demonstrado no tópico 2 os aspectos conceituais de corrupção, no tópico 3 são apresentadas as formas de corrupção praticadas no meio político, o tópico 4 retrata a história da corrupção política

no Brasil, o tópico 5 demonstra como a corrupção fere os direitos e princípios constitucionais, o tópico 6 aponta o controle no combate à corrupção feito por outros países, finalizando no tópico 7 o qual é referente a conclusão do estudo.

2 ASPECTOS CONCEITUAIS DE CORRUPÇÃO

Segundo o dicionário da Língua Portuguesa Aurélio, corrupção vem do Latim “*corruptione*”, e significa: “1. ato ou efeito de corromper-(se); decomposição. 2. Devassidão, depravação. 3 Suborno; peita.” (FERREIRA, 2010, p. 203).

Quanto ao conceito de corrupção entre os estudiosos e filósofos, o estudo da corrupção está aliado à ética e à moral, é o que diz Figueira, (2009) “Resgatar uma dimensão de moralidade para pensar o tema da corrupção significa buscar uma visão abrangente que dê conta dos significados que ela pode assumir na esfera pública”.

Como afirma Medeiros, (2016) a palavra corrupção entende-se por algo deteriorado e se compara a podridão moral de uma determinada sociedade.

Tal afirmação já era feita pelo filósofo Montesquieu, ao expor em sua obra O Espírito das Leis a frase; “A corrupção de cada Governo começa quase sempre pela corrupção dos seus princípios”. (MONTESQUIEU, 2004, P. 145)

Para Montesquieu o combate à corrupção não está na conscientização da mudança desses princípios, mas na aplicação de sanções mais severas.

O que se espera é que o temor à essas punições surtam o efeito de freio aos atos ilícitos dos agentes corruptos, pois quanto mais branda for a lei trará mais segurança aos que cometem impunidades, é o que ele demonstra ainda em seu livro.

Assim como uma certa confiança faz a glória e a segurança de uma Monarquia, ao contrário uma República precisa temer algo.

O temor dos Persas manteve as Leis entre os Gregos Cartago e Roma se intimidaram uma à outra, e se firmaram.

Coisa singular! Esses Estados, como as águas demais tranquilas, quanto mais seguros mais sujeitos à corrupção. (MONTESQUIEU, 2004, p. 149)

No meio jurídico a corrupção denomina-se como uma conduta ilícita e fundamenta-se no Direito Penal, o Código Penal traz em seus artigos 317 e 333, os conceitos de corrupção ativa e passiva e suas sanções, que se resume a buscar vantagem indevida patrimonial para si ou para outrem, a corrupção ativa é praticada quando é oferecido vantagem indevida ao funcionário público em troca de benefícios, e a corrupção passiva é praticada somente pelo funcionário público, as penas para a corrupção passiva e ativa, são de dois a doze anos de reclusão, e multa. (BRASIL, 1940).

3 AS FORMAS MAIS COMUNS DE CORRUPÇÃO PRATICADAS NO MEIO POLÍTICO

Os meios mais comuns de corrupção praticadas no meio político são: nepotismo, fraudes, superfaturamento, evasão de dívidas, peculato, concussão, suborno, enriquecimento ilícito, dentre outros.

No Código Penal Brasileiro estão previstos os crimes contra a administração pública, que são crimes praticados por funcionários públicos em razão de sua função ou cargo, isso acontece quando o funcionário público aproveita-se da facilidade de ter o bem ou dinheiro em seu poder por conta de seu cargo ou função, aproveitando para praticar a conduta corrupta.

Dentre os crimes contra a administração pública está o peculato no artigo 312 do Código Penal, ele ocorre quando o funcionário público apropria-se ou desvia de sua função dinheiro ou bem móvel, público ou particular, estando em sua posse por razão do cargo para proveito próprio ou de terceiro, a pena é de reclusão de dois a doze anos, e multa. (BRASIL, 1940)

Outro ato de corrupção comum é a concussão, disposta no artigo 316 do Código Penal, na concussão o funcionário exige vantagem indevida para si ou para outrem, um exemplo é quando o agente público exige valor pago ou outra vantagem de donos de estabelecimentos para liberar alvará de funcionamento ou não interdição, a pena nesses casos é de reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Brasil, 1940)

Uma prática muito comum de corrupção é o nepotismo. Na Constituição Federal de 1988, encontra-se os princípios da impessoalidade, moralidade e igualdade que são contrários ao nepotismo, o Decreto N° 7.203, de 04 de Junho de 2011 veda o nepotismo no âmbito dos órgãos e entidades da administração pública federal.

O nepotismo ocorre quando um agente público contrata ou favorece pessoas até o segundo grau de parentesco. Como previsto no artigo 177 da Lei N° 8.112/1990 nos

incisos VIII e IX, esta Lei dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Art. 117. Ao servidor é proibido:

VIII - manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil;

IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;

O servidor público responderá civilmente, administrativamente e penalmente sempre que cometer irregularidades no desempenho de suas funções.

Segundo o artigo 121 da referida Lei "a responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros". (Brasil,1990)

Quando o servidor causar dano a terceiros responderá em ação regressiva perante a Fazenda Pública.

Ainda em análise dessa Lei, a demissão será aplicada nos casos de crimes: contra a administração pública; aplicação irregular de dinheiros públicos; lesão aos cofres públicos, dilapidação do patrimônio nacional e corrupção; entre outros crimes.

Outro ato de corrupção comum é o superfaturamento, que ocorre quando há a venda de algo por preço superior ao preço normal de mercado, ou ainda a fraude em contratos de licitação que demonstre preço superior ao acordado, visando desviar esse dinheiro para proveito próprio ou de terceiros.

A nova Lei sobre Licitações e Contratos N °14.333/2021 em seu capítulo sobre processo licitatório dispõe sobre o superfaturamento em seu artigo 11, manifestando o controle das licitações no qual propõe "evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;" a Lei determina que este controle deve ser feito por monitoramento e na implementação de processos e estruturas de controles internos estratégicos em acordo com a Lei orçamentária, visando a eficiência, efetividade e eficácia nas contratações. (BRASIL, 2021)

Os crimes de corrupção política provocam a desordem na economia brasileira, e assim geram outros problemas sociais, isso tem ocorrido ao longo da história política do país.

4 HISTÓRIA DA CORRUPÇÃO POLÍTICA NO BRASIL

Quanto a origem da corrupção no Brasil há indícios de que ocorre desde a época do descobrimento deste território, a começar pelo período colonial. Tem ocorrido de diversas maneiras, entretanto, houve uma evolução na prática da corrupção, na aceitação do que é considerado uma prática corrupta ou não pela sociedade, quanto aos meios de combatê-la o poder legislativo tem criado diversas leis ao longo do tempo.

O Brasil passou por vários sistemas de governo que são as fases: colonial, imperial, republicana, parlamentarista, e presidencialista que se tornou permanente até o dia de hoje após um período na época antecedente a ditadura.

A fase ditatorial ocorreu com a bandeira do conservadorismo moral e empenho contra a corrupção, mas o regime autoritário inviabilizava a fiscalização dos atos dos governantes, além de não haver transparência, foi uma época brutal de desrespeitos aos Direitos Humanos.

Três anos após o término da Ditadura Civil-Militar no Brasil, que ocorreu de 1964 a 1985, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, também chamada de Constituição Cidadã por trazer em seu diploma direitos e garantias fundamentais aos cidadãos.

Desde então, dos anos de 1985 até 2018, ocorreram sete eleições, sendo que o primeiro presidente pós-ditadura foi José Sarney, eleito primeiramente como vice-presidente, assumiu a Presidência da República após o falecimento de Tancredo Neves, que apesar de eleito não assumiu em decorrência de seu falecimento.

Em 1989 Fernando Collor foi eleito presidente com a campanha de combate à corrupção, entretanto, após denúncias de corrupção em seu governo, foi instaurada uma CPI que descobriu o famoso caso “Esquema PC Farias” comandado pelo tesoureiro de sua campanha, que deu início ao pedido de impeachment do presidente, mas antes que o pedido de impedimento fosse aprovado pelo Congresso, Collor renunciou a Presidência da República, com apenas dois anos de mandato.

O Sucessor de Collor foi seu vice Itamar Franco, cuja a administração do seu governo trouxe um avanço na economia brasileira com o plano URV (Unidade Real de

Valor), uma moeda brasileira que diminuiu a inflação no país, dando início a uma reforma econômica, essa moeda mais tarde foi transformada no plano real, moeda que permanece até hoje.

O plano Real foi apresentado pelo então Ministro da fazenda Fernando Henrique Cardoso, também conhecido como FHC, devido ao sucesso do plano econômico e sua popularidade, ele foi eleito presidente da República no ano de 1994.

Diante da estabilidade econômica em que seu governo atingiu, o presidente conseguiu se reeleger, algo inédito no Brasil, que só foi possível por meio de uma emenda constitucional aprovada pelo Congresso que tornou possível as reeleições presidenciais no país.

O governo de FHC conseguiu controlar a inflação e deu início a expansão econômica no país, desenvolveu diversos programas sociais, e foi responsável por trazer um importante mecanismo jurídico de fiscalização no combate à corrupção, a Lei Complementar N° 101 de 04 de Maio de 2000, que dispõe sobre normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, como demonstrado:

Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.

§ 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar. (BRASIL,2000)

Contudo, apesar da expansão econômica em diversas áreas e desenvolvimento de importantes políticas públicas, o seu governo foi alvo de denúncia de corrupção, como demonstra a matéria da revista virtual Rede Brasil Atual.

Na sexta feira (21), o ex-gerente da diretoria de Serviços da Petrobras, Pedro Barusco, depois de fazer acordo de delação premiada como forma de diminuir seu possível tempo de prisão, relatou em depoimento à Polícia Federal e ao Ministério Público Federal, que recebeu cerca de US\$ 100 milhões em propinas por negócios escusos na Petrobras desde 1996, no governo Fernando Henrique Cardoso (PSDB). Barusco se aposentou na Petrobras em 2010 e, a partir daí, foi diretor de Operações da Sete Brasil, empresa que tem contrato atualmente com a Petrobras.(STEPHANOWITZ, 2014)

Após os oito anos de mandato de FHC que terminou em 2002, o Brasil teve como presidentes: Luís Inácio Lula da Silva (2003-2010); Dilma Vana Rousseff (2011-2016); Michel Temer (2016-2018); e o atual presidente Jair Messias Bolsonaro 2019 até o presente momento.

No governo Lula, muitos esquemas de corrupção foram descobertos, como o "Escândalo dos Bingos" um caso de extorsão para arrecadar fundos para a campanha eleitoral do PT e PSDB, o "Escândalo do Dossiê" o "Escândalo dos Sangues Sugars", entre outros.

Mas o mais notório foi o Escândalo do Mensalão denunciado em 2005, que se tratava de um esquema de compra de votos do partido dos Trabalhadores (PT) aos parlamentares do Congresso, eles recebiam uma espécie de mesada denominada "Mensalão" em troca de apoio na aprovação de reformas que o PT apresentava, esta denúncia que foi feita pelo deputado Roberto Jefferson levou a cassação do Ministro da Casa Civil, José Dirceu acusado de ser o comandante do esquema.

No governo de Dilma Rousseff entre 2014-2015, iniciou-se a operação Laja-jato, a Polícia Federal considera o maior escândalo de corrupção dos últimos tempos no Brasil, por isso o artigo traz um maior destaque à este acontecimento.

A operação foi conduzida pela Polícia Federal e teve a atuação do ex-Juiz Sérgio Moro, a investigação apontou o envolvimento da empresa estatal Petrobrás e políticos de diversos partidos em um esquema de lavagem de dinheiro, além de outras denúncias apuradas na operação, ainda no começo das investigações o professor Luiz Flávio Gomes já havia publicado um artigo relatando o prejuízo aos cofres públicos de R\$ 10 (dez) bilhões de reais.

Existem apontamentos de que as investigações começaram após o Tribunal de Contas da União rejeitar as contas de governo da então presidente, ressalta-se que as cobranças da mídia aos membros da corte foram imprescindíveis nas intervenções judiciárias. O processo levou a ex-presidente ao impeachment por crime de responsabilidade. (COUTINHO, 2019)

No entanto, o primeiro passo da investigação foi a quebra de sigilo de um posto de gasolina, o Posto da Torre em Brasília, isso aconteceu para apurar informações sobre um esquema de lavagem de dinheiro no Paraná, entre os investigados estava o doleiro Alberto Youssef, que teve sua prisão decretada por outro esquema de corrupção, com isso foi possível desvendar seu envolvimento com o ex-diretor da Petrobras, Paulo Roberto Costa.

Nas investigações foi descoberto que Youssef havia dado um carro luxuoso de presente para o ex-diretor da Petrobras, com isso iniciou-se uma investigação na casa de Paulo Roberto, para saber qual era sua ligação com Alberto Youssef, na qual os policiais encontraram diversas anotações detalhando esquemas de grandes empreiteiras e envolvimento com vários políticos, este foi o começo da operação Lava Jato, que começou por acaso, a partir de outra investigação de corrupção, e que se tornou segundo a polícia federal “o maior escândalo de corrupção dos últimos tempos”.

O esquema funcionava da seguinte forma, a Petrobras é uma empresa Estatal cujo o acionista majoritário é o Governo do Brasil (União) sendo assim, quem paga as despesas da empresa como licitações e obras é o Estado, por meio do dinheiro público, ou seja, dinheiro arrecado em forma de tributo, impostos, taxas, que são cobrados da população e é convertido em verba pública destinada à voltar para a sociedade em forma de serviços públicos, como construção de escolas, hospitais, rodovias, e na prestação desses serviços.

As grandes empreiteiras que participavam das licitações da empresa Petrobras para fazerem as obras públicas, superfaturavam os contratos, com isso parte do dinheiro superfaturado era distribuído entre executivos da Petrobras e a outra parte era distribuída entre os operadores do esquema, políticos, empresários e doleiros que redistribuíam o dinheiro para financiar campanhas eleitoras, dentre os partidos que recebiam a propina estão, o Partido dos Trabalhadores (PT), Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) e Partido Progressista (PP).

Por causa da complexidade do esquema a operação durou cerca de sete anos, e passou por diversas fases, muitos políticos e empresários foram presos, entre eles estão; José Dirceu, Marcelo Odebrecht, Sérgio Cabral, Eduardo Cunha, o ex-presidente Lula, e muitas outras pessoas de alto poder político e econômico, ressalta-se que as delações premiadas (colaborações) dos acusados foram imprescindíveis para se chegar a mais nomes e apurar novos fatos.

Apesar de passar por diversas fases frustradas, como a descoberta da parcialidade do ex-Juiz Sérgio Moro na condenação do ex-presidente Lula, que levou a decisão do STF de anular a condenação, essa operação foi um marco na história do Brasil, não só por ter investigado o maior esquema de corrupção dos últimos tempos mas também porque nunca antes na história do Brasil tantos políticos e poderosos tinham sido presos, além de ter sido devolvido aos cofres públicos a quantia de mais de 4 bilhões de reais segundo informações do site do Ministério Público Federal.

Contudo, independentemente da operação ter atingido destaque pelas prisões e recuperação do dinheiro público, a cada época são descobertos novos casos de corrupção no meio político, isso traz um prejuízo econômico no país e gera a descredibilidade da política brasileira.

É o que tem ocorrido no atual governo, no governo Bolsonaro foi implantado um plano anticorrupção para o período de 2020 a 2025, segundo o Comitê Interministerial de Combate à Corrupção os objetivos do plano é alinhar-se aos mecanismos já existentes desde de 2019, como o Pacote Anticrime, pacote Anticorrupção e a Estratégia Federal de Desenvolvimento para o Brasil instituída pelo Decreto nº 10.531, de 26 de outubro de 2020. (BRASIL, 2020)

Entretanto, apesar dos esforços, em 2021 foi aberta uma CPI para investigar a denúncia de caso de corrupção de superfaturamento na pandemia do Covid-19.

Como demonstrado, em todos os governos existentes sempre existiram casos de corrupção, o fato é que a corrupção não pode ser combatida totalmente. Espera-se que haja uma maior prevenção, detecção e responsabilização dos agentes corruptos, o que pode ser feito por meio de fiscalização, transparência e aprimoramento das normas já existentes, assim como, novos mecanismos devem ser elaborados. Além disso, a recuperação das verbas públicas, deve ocorrer, sendo estes valores restituídos aos cofres públicos.

5 COMO OCORRE A INEFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS

Como disposto no artigo 37 "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência" também estão dispostos na artigo 5º e 6º os direitos fundamentais e sociais: que são: art. 5º "a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, art. 6º "São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição". (BRASIL, 1988)

Ocorre que a ineficiência na prestação dos serviços públicos tem acontecido diante da má distribuição da renda para este fim, isso acontece por decorrência dos desvios das verbas.

A prestação dos serviços públicos se viabiliza graças à arrecadação de tributos que são destinados para as áreas da saúde, educação, segurança, dentre outras áreas. O sistema tributário brasileiro é importante para garantir a efetivação desses serviços. No entanto, um dos problemas é que muitas vezes esse dinheiro não retorna à sociedade devido aos desvios dessas verbas.

Existem cerca de 80 tributos no país, que são divididos em diversas categorias. São eles: impostos, contribuição de melhorias, empréstimo compulsório, contribuições sociais e taxas, ou seja, quando o indivíduo compra um produto ou usa um determinado serviço, parte do dinheiro pago é arrecadado e convertido em verbas públicas, para fins de serviços públicos, construção de escolas, hospitais, rodovias, compra e manutenção de aparelhos, materiais, pagamento de funcionários públicos, etc, dessa forma esse dinheiro desviado, está sendo levado do bolso do contribuinte.

No momento atual o país está enfrentando um sério problema de prejuízo na área da saúde; em decorrência dos desvios das verbas por meio de superfaturamento que ocorre por exemplo, quando há a venda de algo por preço superior ao preço normal de mercado, visando comprar algo inferior, desviando o dinheiro superfaturado para proveito próprio ou de terceiros.

Na pandemia do Covid-19 ocorreram muitas mortes de pessoas que esperavam a desocupação de leitos de UTI ou necessitavam de aparelhos respiratórios, a respeito disto, foi instaurada uma CPI para apurar casos de denúncias de desvios de recursos públicos.

A denúncia é de superfaturamento na compra de aparelhos respiratórios destinados ao combate da pandemia, além dessa denúncia, surgiu no mês de julho de 2021 a denúncia de superfaturamento na compra de vacinas contra o SARS-CoV-2, causador do Covid-19.

Com essas milhões de verbas desviadas muitos hospitais poderiam ser construídos, muitos aparelhos essenciais à vida poderiam ser comprados, além de ambulâncias, e profissionais da área da saúde poderiam ser contratados, evitando assim tantas mortes.

A área da saúde é a mais afetada com a corrupção política, segundo Coelho e Brito (2020) estima-se uma perda de R\$ 1,8 bilhões na área da saúde, sendo que a pesquisa analisa dados de 2007 até 2020.

A respeito das outras áreas prejudicadas, segundo a Fundação Getúlio Vargas, todos os anos, há uma perda de R\$ 30 trinta bilhões na economia brasileira, isto significa uma perda de 1% a 4% do Produto Interno Bruto (PIB). Segundo dados da Controladoria-Geral da União, (CGU) a área da educação é a segunda mais prejudicada, depois da saúde. (JORNAL DO BRASIL, 2009).

6 COMO OUTROS PAÍSES CONSEGUIRAM CONTROLAR A CORRUPÇÃO

Especialistas em combate à corrupção da Universidade de Sussex na Inglaterra, dizem que acabar totalmente com a corrupção é impossível, o que se pode é diminuir os efeitos deste problema. Estes mesmos estudiosos de outros países fizeram uma análise no escândalo da Petrobrás apurado na operação Lava Jato, e identificaram como problema central a falta de transparência em contratos públicos. (BANDEIRA, 2016)

Diante deste estudo internacional a pesquisa traz alguns exemplos de outros países no controle e combate à corrupção, a começar por Hong Kong, considerado modelo nesse tipo de ação pelo Centro de Pesquisa U4. Isso se deu pelo fato de que, além de criar uma comissão independente com um sistema de justiça eficaz, focaram na educação moral que começa desde o jardim da infância. Como resultado, ao longo dos anos a sociedade conscientizou-se da importância da colaboração, e hoje cerca de 70% das denúncias partem da população. (BANDEIRA, 2016)

A conduta corrupta é inerente ao ser humano, ela é a falta ou rompimento de princípios éticos e morais de cada um, no exemplo de Hong Kong esses princípios e valores morais foram inseridos na formação das crianças já nos primeiros anos de vida, quando está sendo feita a formação do caráter, o que ocorre desde o jardim de infância, aqui o combate à corrupção deve ser visto como um trabalho de resultado à longo prazo.

Na Geórgia até 2003 imperava a cultura da corrupção. A mudança ocorreu após uma revolução chamada de “Revolução Rosa” que tirou o presidente do poder, o novo presidente então, demitiu 16 mil agentes corruptos e colocou um sistema de monitoramento e transparência nos novos agentes, mudando significativamente o comportamento corrupto no país. (BANDEIRA,2016)

Em um relatório sobre combate à corrupção apresentado à OCDE, foi demonstrado o modelo das Filipinas, em que o governo focou primeiramente na identificação e punição dos grandes políticos corruptos em fraude eleitoral, o foco da ação de governo também incluía convencer os cidadãos e empresários da importância de suas participações no acompanhamento e fiscalização, trabalhando principalmente com a transparência. (BANDEIRA, 2016)

Neste ponto deve-se considerar a ideologia do filósofo Montesquieu, de que o freio da corrupção está no temor à punição, aqui a estratégia se faz por meio das leis que devem ser de igual proporção às más condutas, a exemplo disto, foi demonstrado o caso das Filipinas que se concentrou na identificação e punição dos grandes políticos corruptos, o que ocorreu também na Geórgia, que além de punir os agentes corruptos e demiti-los, criou um sistema de monitoramento aos novos agentes, causando assim um temor em serem pegos.

Na Índia, segundo Bandeira, (2016), o que tem favorecido a mudança no país é a participação da sociedade por intermédio de um site de denúncias criado por dois ativistas, este site permite também que os usuários participem na elaboração de políticas públicas, no Brasil existe a Lei de acesso à informação que pode ser acessada no portal da transparência, no entanto, muitos não sabem da existência deste portal, um melhor aproveitamento poderia ocorrer por meio de campanhas de incentivo para que a população conheça e utilize o site.

A luta contra a corrupção não é uma tarefa fácil, mas como menciona o filósofo Rudolf Von Ihering em seu livro *A Luta Pelo Direito*, “O fim do direito é a paz, o meio de que se serve para consegui-lo é a luta”. (2004, p. 27)

Em outro ponto ele diz: “A vida do direito é a luta: luta dos povos, dos governos, das classes sociais, dos indivíduos”. (2004, p. 27)

Isto traz uma importante reflexão sobre a responsabilidade que cada um tem na luta do controle e combate à corrupção, a cooperação tem de ser mútua entre os entes republicanos e a sociedade civil para prevenir e coibir atos de corrupção.

Primeiramente o poder está nas mãos do povo, a prevenção começa na escolha dos candidatos que os cidadãos vão eleger, isto significa ter responsabilidade e confiabilidade para inserir os seus representantes na gestão pública, os cidadãos devem valer-se não só de seus direitos mas também de seus deveres para o bem comum, e pensar na proteção e desenvolvimento da coletividade.

Aos órgãos públicos ficam as funções de criar estratégias eficazes, colaborando na prevenção, no controle e punição.

O procurador-geral da República Augusto Aras, que participou do Fórum: O Controle no Combate à Corrupção 2020, falou da importância de estratégias para implementar *compliance* não só nas medidas internas dos órgãos públicos como também no setor privado, segundo ele, é o que recomenda a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, (OCDE). (PLANALTO, 2020)

No ordenamento jurídico já existem leis específicas como a lei que tipifica o crime de lavagem de dinheiro, leis de transparência e acesso à informação, e leis de combate às organizações criminosas, além do mais novo plano anticorrupção apresentado no atual governo, que é formado pelos seguintes órgãos: Controladoria Geral da União, Ministério da Justiça e Segurança Pública; Ministério da Economia; Gabinete de Segurança Institucional; Advocacia-Geral da União; e o Banco Central do Brasil, juntos na cooperação do controle interno no âmbito administrativo.

Contudo, apesar de haver Leis específicas, faltam esforços para que elas sejam cumpridas de forma eficaz, um ponto negativo é a lentidão em que o judiciário julga esses casos.

7 CONCLUSÃO

Diante do exposto, comprova-se que a corrupção política fere o princípio da dignidade da pessoa humana, entre outros princípios como o da eficiência, da impessoalidade, moralidade, igualdade e desrespeita o direito mais importante que é o direito à vida.

Comprova-se assim, que a ineficácia na prestação dos serviços públicos não está em consonância com os princípios e direitos constitucional, refletindo negativamente na efetivação da garantia dos direitos fundamentais e sociais.

A ideia do filósofo Rudolf Von Ihering, traz a importante reflexão de que a luta pelo combate à corrupção não deve limitar-se aos órgãos públicos, mas deve ser uma luta dos povos, governo e sociedade civil, que devem se unir.

Nesta linha de raciocínio, conclui-se que o controle e combate à corrupção é um trabalho de médio a longo prazo, e que deve-se trabalhar primeiramente a educação ética e moral. No demais, aumentar as penas, a fiscalização e transparência.

É necessário também a colaboração das mídias nas denúncias e cobranças ao judiciário, aliás, a participação da sociedade civil como demonstrado nos modelos de outros países é de extrema importância. Reforça-se a necessidade de campanhas ao incentivo do acesso ao portal da transparência e do uso da Lei de acesso à informação, além disto, é imprescindível políticas públicas que conscientizem a responsabilidade dos cidadãos nas eleições.

REFERÊNCIAS

ATUALIDADES ONLINE. **Operação Lava Jato (parte 1)**. Disponível em:><https://youtu.be/06e7vwwtng>> Acesso em: 13 de novembro de 2021.

BANDEIRA, Luiza. **Algum país já conseguiu acabar com (ou pelo menos diminuir bastante) a corrupção?** 2016. BBC Brasil em Londres. Disponível em:
<<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-36758910>> Acesso em: 16 jul. 2021.

BRASIL. **Código Penal****DECRETO-LEI N° 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 12 jul. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**, Artigos 1° ao 6°. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 12 jul. 2021.

BRASIL. **Lei Complementar N° 101 de 04 de Maio de 2000.** Dispõe sobre normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm> Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. **LEI N° 8.112, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.ftm> Acesso em: 11 de novembro de 2021
BRASIL. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7203.htm

BRASIL. **LEI N° 14.133, DE 1° DE ABRIL DE 2021.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm> Acesso em: 11 de novembro de 2021

BRASIL. **Plano Anticorrupção: Diagnóstico e Ações do Governo Federal.** Brasília. 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/anticorrupcao>> Acesso em: 14 jul. 2021.

COELHO, Henrique. BRITO, Carlos. **GLOBO. COM, G1.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/09/29/esquemas-de-corrupcao-desviaram-quase-r-18-bilhao-da-saude-do-rj-desde-2007-valor-supera-gastos-com-a-pandemia.ghtml>> Acesso em: 14 jul. 2021.

COUTINHO, Doris de Miranda. **O ovo da serpente: As razões que levaram a corrupção a se alastrar pelo Brasil.** A frustração dos órgãos de controle no combate aos malfeitos. A relevância do papel do cidadão na fiscalização dos gastos dos governantes para se consolidar uma nova ética pública. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. 200p. ISBN 978-85-450-0661-9.

CONTROLADORIA –GERAL DA UNIÃO. **Nepotismo.** Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/etica-e-integridade/nepotismo>> Acesso em: 11 de novembro de 2021

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **MINIAURÉLIO:** o dicionário de língua portuguesa/ Aurélio Buarque de Holanda Ferreira; coordenação Marina Baird Ferreira.- 8. ed. rev. atual.- Curitiba: Positivo, 2010. Pag. 203.

FIGUEIRAS, Fernando. **A TOLERÂNCIA Á CORRUPÇÃO NO BRASIL: UMA ANTINOMIA ENTRE NORMAS MORAIS E PRÁTICA SOCIAL.** Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/op/a/8vW5w5whdMLRD3sqWPV6fgg/?lang=pt>> Acesso em: 12 jul. 2021.

GOMES, Luiz, Flávio. **O CUSTO DA CORRUPÇÃO.** Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/139906808/o-custo-da-corrupcao-no-brasil>> Acesso em: 12 jul. 2021.

IHERING, Rudolf Von. **A LUTA PELO DIREITO.** Ed. Martin Claret, tradução de Pietro Nasseti. 2004. Pg. 27.

JORNAL DO BRASIL. FGV: **corrupção custa R\$ 30 bi ao ano para a economia do País.**

Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/politica/fgv-corrupcao-custa-r-30-bi-ao-ano-para-a-economia-do-pais,d6aa6f7d7fc4b310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>>

Acessado em: 14 de jul. 2021.

MEDEIROS, Alexsandro, M. **PODER E CORRUPÇÃO.** Disponível

em: <<https://www.sabedoriapolitica.com.br/ci%C3%AAncia-politica/poder-e-corrupcao/>> Acesso em: 12 jul. 2021.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baronde, 1689-1755. **O ESPÍRITO DAS LEIS:** as formas de governo a federação, a divisão dos poderes/ Montesquieu; introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota.- 8. Ed. Revista.- São Paulo: Saraiva, 2004, pgs. 145, 149.

PLANALTO. **Fórum: O Controle no Combate à Corrupção 2020.** Disponível em:

<<https://youtu.be/BDacWOeONiE>> Acesso em: 14 de jul. 2021.

PROCURADORIA DA REPÚBLICA DO PARÁ. **Operação Lava Jato.** Disponível

em: <<http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/valor-devolvido-pela-lava-jato-ja-ultrapassa-os-r-4-bilhoes>> Acesso em: 13 de novembro de 2021

STEPHANOWITZ, Helena. **Investigações aumentam ligações da gestão FHC à corrupção na Petrobras.** Disponível em: <<https://www.redebrasilatual.com.br/blogs/2014/11/investigacoes-aumentam-ligacoes-da-gestao-fhc-a-corrupcao-na-petrobras-6737/>> Acesso em: 29 jun. 2021.

A PANDEMIA DA COVID-19 E OS DIREITOS DOS REFUGIADOS

PAULO ROBSON MARTA DA SILVA:

Graduado em Gestão em Agronegócio pelo Instituto Federal do Tocantins (IFTO). Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO. 2º Sargento da Polícia Militar do Estado do Tocantins. Exerce atribuições de Operador Aerotático.

RÔNISON APARECIDO DOS SANTOS²⁷

(coautor)

SERGIANO REIS DA CONCEIÇÃO²⁸

(coautor)

RESUMO: A crise sanitária mundial provocada pelo novo coronavírus causa a morte de milhares de pessoas diariamente, em razão da alta transmissibilidade e letalidade da doença. Apesar de os Estados estarem promovendo medidas para o enfrentamento à Covid-19, os números tendem a crescer e a provocar discussões sociais sobre violações de Direitos Humanos no mundo. O Brasil, país signatário em diversos tratados internacionais, tem em seu ordenamento a proteção dos refugiados, sendo as suas decisões pautadas em normas nacionais e internacionais. Nesse sentido, o presente trabalho buscou apresentar, à luz dos tratados internacionais e da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), os desafios encontrados pelos imigrantes refugiados no Brasil em tempos de pandemia. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica de trabalhos publicados recentemente, bem como as publicações de artigos em sites oficiais de monitoramento e controle sobre os efeitos da pandemia nos direitos humanos. Por fim, verificou-se que, no tocante aos refugiados que já residem no território nacional, houve medidas que contrariaram pontualmente os tratados firmados pelo Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Covid-19. Direitos Humanos. Refugiados.

27 Especialista em Direito Tributário pela Escola Nacional de Administração Pública (ENAP). Bacharel em Engenharia de Alimentos pela Universidade Federal de Viçosa (UFV). Bacharelado do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO. Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil (RFB).

28 Tecnólogo em Análise e Desenvolvimento de Sistemas pela Universidade Norte do Paraná. Bacharelado do curso de Direito na Universidade Estadual do Tocantins. E-mail: sergianoreis@gmail.com

ABSTRACT: The global health crisis caused by the new coronavirus causes the death of thousands of people daily, due to the high transmissibility and lethality of the disease. Although the States are promoting measures to combat Covid-19, the numbers tend to grow and the provoke social discussions about human rights violations in the world. Brazil, a signatory to several international treaties, has the protection of refugees in its legal system and decisions are based on national and international standards. In this sense, the present work sought to highlight, according to the provisions of international treaties and the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 (CRFB/1988), the challenges faced by refugee immigrants in Brazil in times of pandemic. The methodology used was the bibliographic review of recently published works, as well as publications on official websites for monitoring and controlling the effects of the pandemic on human rights. Finally, it was found that, regarding to refugees who already reside in the national territory, there were measures that punctually contradicted the treaties signed by Brazil.

KEYWORDS: Covid-19. Human rights. Refugees.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Levantamento histórico dos direitos dos refugiados. 3. A responsabilidade do brasil com refugiados durante a pandemia. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O ano de 2019 foi marcado pelo que seria o início de um surto de pneumonia na cidade de Wuhan na China, província de Hubei. No entanto, foi confirmado que se tratava de uma cepa do coronavírus, tanto que, no dia 7 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde – OMS, identificou-o como novo coronavírus (SARS-CoV-2), causador da Covid-19, doença altamente contagiosa e letal (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE – OPAS, 2021).

A pandemia tem causado desequilíbrio nas relações jurídicas, econômicas e consequentemente social. Os sujeitos, que já eram marginalizadas no cotidiano nacional, passaram a invisibilidade diante do número de mortos pela Covid-19, entre eles, pessoas negras, indígenas e o público-alvo do presente estudo, os refugiados (MORAES, 2020).

Sabendo-se de que este momento ficará marcado historicamente por diferentes campos de conhecimento, assim como, quando há referência a Segunda Guerra Mundial, retomam-se saberes culturais e populares de diversas violações de direitos humanos. Isso porque, apesar dos diversos esforços envidados pelas autoridades competentes de caráter internacional, o cenário caótico mundial estava, há pouco tempo, com seus olhares voltados basicamente à procura da cura ou vacina para combater a doença em comento. Pontue-se que, por meio dela, foi possível remediar os estragos ocasionados pela Covid-

19. Porém, nesse ambiente de incertezas e aumento da pobreza, ocorreram violações de Direitos Humanos no tocante à dignidade dos refugiados.

A Organização Internacional para as Migrações (OIM) aponta que no Brasil existem 1,1 milhão de migrantes internacionais e destaca que, até o ano de 2050, o Brasil contará com 229 milhões de migrantes. Explícite-se que, dessa totalidade de migrantes, 86,6% ocupam centros urbanos. À medida que se acentuavam as crises Sul-Americanas, o número estimado de migrantes pode variar. O Brasil criou, no ano de 2017, a autorização de residência para os venezuelanos refugiados, aqueles que não são classificados para asilo. Importante denotar que já foram concedidas 148,8 mil autorizações aos venezuelanos de 2014 a 2019/2020 (OIM, 2021; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU, 2021).

O Brasil está vinculado ao acolhimento de imigrantes pela Lei n. 13.445/2017, a qual foi regulamentada pelo Decreto n. 9.199/2017, além da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) e de tratados internacionais de direitos humanos ratificados internamente. Destaque-se que os Direitos dos Refugiados estão vinculados à Lei n. 9.474/2017, que deu reconhecimento ao estatuto dos refugiados da Convenção de 1951.

Nesse sentido, o presente trabalho visa apresentar, à luz dos tratados internacionais e da CRFB/1988, os desafios encontrados pelos imigrantes refugiados no Brasil através de revisão bibliográfica publicada entre os anos de 2020 e 2021.

Relativamente aos aspectos metodológicos, a abordagem do aludido trabalho é qualitativa, uma vez que busca compreender o processo normativo e a efetivação de direitos fundamentais. Oportuno exteriorizar que a presente pesquisa foi desenvolvida de maneira exploratória, de modo a auxiliar no desenvolvimento analítico da temática, com supedâneo na metodologia disponibilizada por Cervo e Bervian (2006).

Diante do cenário atual, a crise ocasionada pelo novo coronavírus deixará marcas indelévels na humanidade, devido às inúmeras modificações sociais que tem provocado. Ademais, percebe-se que, no Brasil, há uma proteção garantida pelas normas jurídicas em favor daqueles que se instalaram no País. No entanto, pertinente que se observem os direitos dos refugiados para que estes direitos não sejam suspensos ou modificados devido à crise provocada pelo novo coronavírus. Além disso, devem ser avaliadas as consequências dos atos de modo que estes sejam analisados pelo caráter humanitário universal.

2. LEVANTAMENTO HISTÓRICO DOS DIREITOS DOS REFUGIADOS

O conceito refugiado nasce do processo migratório de pessoas que, para sobrevivência, deslocavam-se de um local para o outro para garantir a subsistência. Na Grécia antiga, tal termo expressava a situação de exclusão política, passando-se a

configurar na palavra asilo, e denotava o direito de refúgio de perseguições, chegando ao então modelo moderno de proteção (SOUSA, 2019).

Nos processos migratórios históricos, a humanidade passou por três grandes marcos a serem destacados, a Primeira e a Segunda Guerra Mundial, além da Revolução Russa, gerando uma média de 4 a 5 milhões de pessoas sem local de moradia, sem cidadania e direitos, tanto sociais como políticos, o que causou discussão sobre esse tema (HOSBAWN, 1995).

Foi então que, no ano de 1948, por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o tema de Direitos Humanos, em escala Internacional, ganhou destaque, alcançando proteções mínimas, principalmente no que versa o artigo 3º da referida convenção, *ipsis litteris*: “Todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” (Organização das Nações Unidas - ONU, 1948).

Neste mesmo contexto de proteção aos refugiados, após o período pós-guerra, a ONU passou a atuar na “(1) identificação, registro e classificação dos refugiados, (2) auxílio e assistência, repatriação, proteção jurídica e política, (3) transporte e reassentamento e (4) restabelecimento de refugiados” no então chamado Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR). Mesmo que pertencente à ONU, autônomo e composto por mandatos de três a cinco anos, o órgão protege pessoas refugiadas no âmbito universal, regulado pela Convenção de 1951 (JUBILUT, 2007, p. 79).

Esta convenção foi recepcionada pelo Brasil, consoante o sedimentado pela Lei n. 9.474, de 22 de julho de 1997, a qual definiu quais os mecanismos para a implementação do estatuto dos Refugiados no território nacional (BRASIL, 1997). Desta forma, o País está comprometido com as normas de proteção ao refugiado. Sublinhe-se, outrossim, que o Brasil compõe o Conselho Executivo do ACNUR desde 1958.

Além desses instrumentos garantidores de direitos, a Carta Magna de 1988 enfatizou, dentre os seus princípios fundamentais, a prática de acolhimento internacional e a dignidade da pessoa humana, os quais são os pilares dos Direitos Humanos no Brasil. Outros dispositivos da CRFB/88 que pregam os direitos em comento podem ser observados em seu artigo 5º quando destaca que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País [...]”, o que traz à baila a preocupação do País em garantir a dignidade dos estrangeiros (BRASIL, 1988).

Percebe-se, portanto, uma evolução de direitos, a qual permeia até os tempos atuais. Não é demais afirmar que esses direitos foram conquistados a partir de uma série

de violações de direitos humanos, não devendo, por conseguinte, ser regredidos, solapados ou cessados.

3. A RESPONSABILIDADE DO BRASIL COM REFUGIADOS DURANTE A PANDEMIA

Sabe-se que a pandemia causada pela Covid-19 promoveu uma mudança global nas dinâmicas sociais e sanitárias. Observou-se que a rapidez com que o vírus se espalhou entre os países e a sua letalidade são fatores que impediram a sua contenção desde o começo da referida crise sanitária, conforme demonstra Werneck e Carvalho (2020). Oportuno expor que, em abril de 2020, poucos meses depois da descoberta de sua existência, o vírus já havia feito 2 milhões de infectados e 120 mil mortos.

O Brasil promoveu algumas medidas que buscavam garantir que a aludida crise não afetasse a sua responsabilidade subjetiva quanto à tutela social de direitos, considerando os preceitos Constitucionais, sendo que o primeiro e o mais importante direito a ser tutelado pelo Estado é a saúde. Tal garantia “é um direito de todos e um dever do Estado”.

Segundo o Centro de Pesquisas e Estudos de Direito Sanitário (CEPEDISA, 2020), no ano de 2020, foram elaboradas 3.049 normas relacionadas à Covid-19. Dessas normas, as medidas provisórias foram: 865, do Ministério da Saúde; 514, do Ministério da Economia; 382, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária; 166, da Presidência da República; 128, do Ministério da infraestrutura; 121, do Ministério da Cidadania; 102, do Desenvolvimento Regional; 99, do Ministério da Educação; 69, de Minas e Energias; 48, do Ministério da Defesa; e 41, do Ministério do Meio Ambiente.

No contexto desses aparatos legais, foi criada a política assistencial que instituiu o auxílio emergencial a trabalhadores informais, consoante campanha institucional do Ministério do Desenvolvimento Social (MDS). Com o apoio da ACNUR e da OIM, foi produzida uma plataforma de atendimento para refugiados e migrantes que buscavam ajuda em tempos de Covid-19.

Apesar disso, o Brasil justificou o fechamento de suas fronteiras com vistas à contenção da disseminação do novo coronavírus entre os países. Observe que, no dia 18 de março de 2020, foi publicada a Portaria 120/2020, que restringiu a entrada de estrangeiros oriundos da República Bolivariana da Venezuela no prazo de quinze dias. A medida em apreço ocasionou a estagnação de acampamentos no local, sendo necessária a intervenção humanitária conjunta da ONU com entidades nacionais.

Consoante o explicitado por Alves (2020), este fechamento demonstrou o interesse do País em promover o acolhimento aos refugiados venezuelanos que sofriam graves violações de Direitos Humanos no plano internacional. Para o autor, se o fechamento da fronteira causou mais mortes quando comparado ao contexto em que as fronteiras

estavam sem barreiras de entrada, a medida não merece prosperar, carecendo, portanto, de justificativas.

Apesar do fechamento das fronteiras, segundo Centro Scalabriniano de Estudos Migratórios (2021), alguns órgãos, como ACNUR, ONU e Pastoral do Migrante, instalaram-se nos locais de fronteira e promoveram ações para conter a pandemia, bem como garantir condições mínimas de dignidade humana, com instalações de saúde, oferecimento de serviços jurídicos e sociais.

4. CONCLUSÃO

Apesar de o direito dos refugiados somente ter sido positivado em 1948, posteriormente, portanto, ao panorama da Segunda Guerra Mundial, o seu conceito foi construído ao longo das relações sociais existentes no mundo. Mister salientar que, no Brasil, o processo de normatização sobre a temática vem se desenvolvendo após a CRFB/88, contando, assim, com normas específicas sobre o direito dos refugiados.

Mesmo com avanços legislativos e normativos na seara em comento ao longo dos tempos no País, no ano 2020, a pandemia do novo coronavírus provocou mudanças em diversas normas instituídas pelo Brasil. Sendo assim, as políticas de enfrentamento à disseminação da Covid-19 repercutiram positiva e negativamente para os refugiados: a primeira se apresenta na disponibilização do atendimento universal preconizado pela CRFB/88 e na disponibilização do auxílio emergencial; a segunda no fechamento das fronteiras que provocou violações de direitos humanos básicos como o direito à saúde, necessitando do apoio de organismos internacionais para ajudar a combater a problemática.

Imperioso mencionar que os refugiados têm, ainda que em momento de pandemia, direitos que foram conquistados e, assim, não podem ser violados. Isso porque, no processo histórico, cultural e político, o Brasil ratificou leis as quais garantiam que os refugiados e imigrantes não pudessem ser deportados em massa e que tais indivíduos tivessem o direito à saúde e à proteção humanitária em caráter universal.

Por fim, o combate à pandemia do novo coronavírus não pode provocar o aniquilamento dos direitos conquistados pelos refugiados e demais imigrantes. Sob esse prisma, o Estado deve formular políticas públicas que garantam os direitos dos refugiados e de outros indivíduos que estejam em condições de vida inapropriadas, de modo a aumentar a proteção universal da saúde e da dignidade de todas as pessoas.

5. REFERÊNCIAS

ALVES, T. A. L. **OS refugiados venezuelanos no brasil: os novos desafios trazidos pela pandemia de covid-19.** ERIRio 2020. Disponível em: <https://integri.com.br/trabalhos-apresentados/eririo-2020/os-refugiados-venezuelanos-no-brasil-os-novos-desafios-trazidos-pela-pandemia-de-covid-19/> Acesso em: 27 mar. 2021.

BRASIL, Ministério do Desenvolvimento Social. **Refugiados e Migrantes podem ter direito ao Auxílio Emergencial.** 2021. Disponível em: <http://blog.mds.gov.br/redesuas/auxilio-emergencial-para-refugiados-e-migrantes/> Acesso em: 27 mar. 2021.

BRASIL, Portaria nº 120, de 17 de março de 2020. Dispõe sobre a restrição excepcional e temporária de entrada no País de estrangeiros oriundos da República Bolivariana da Venezuela, conforme recomendação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa. **Diário Oficial da União.** Publicado em: 18/03/2020 | Edição: 53 | Seção: 1 | Página: 1.

BRASIL. Constituição Federal. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Publicada no **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 26 mar. 2021.

BRASIL. Decreto n. 9.199, de 20 de novembro de 2017. Regulamenta a Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 de novembro de 2017b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9199.htm. Acesso em: 26 mar. 2021.

BRASIL. Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017. **Institui a Lei de Migração.** **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 de maio de 2017a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 26 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.747 de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm Acesso em: 26 mar. 2021.

CENTRO SCALABRIANO DE ESTUDOS MIGRATÓRIOS. **Fechamento das fronteiras e o desafio do acolhimento a migrantes e refugiados em meio à pandemia.** 2020. Disponível em: https://www.csem.org.br/csem_em_foco/roraima-fechamento-das-fronteiras-e-o-desafio-do-acolhimento-a-migrantes-e-refugiados-em-meio-a-pandemia/ Acesso em: 27 mar. 2021.

CEPEDISA. Boletim 10 Direitos na pandemia. **Conectas:** São Paulo, 20 jan. 2021. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2021/01/boletim-direitos-na-pandemia.pdf> Acesso em: 27 mar. 2021.

CERVO, A. L.; BERVIAN, P. A. **Metodologia científica**, 5ª ed. São Paulo: Pearson, 2002.

HOBBSAWM, E. **Era dos extremos: o breve século XX.** Editora Companhia das Letras, 1995.

JUBILUT, L. L. **O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007. 240p.

MORAES, G.R.M.A. **O importante papel da justiça do trabalho em tempos de pandemia**. In: BAENINGER, R.; VEDOVATO, L.R.; NANDY, Shailen (coord.). Migrações internacionais e a pandemia de Covid-19. Campinas: Nucleo de Estudos de População Elza Berquo Nepo Unicamp, 2020. Disponível em: encurtador.com.br/eyKMS Acesso em: 26 mar. 2021.

OPAS, **Folha informativa COVID-19 - Escritório da OPAS e da OMS no Brasil**, Atualizada em 12 de fevereiro de 2021. disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19> Acesso em: 26 mar. 2021.

ONU, **Plataforma de coordenação para refugiados e migrantes da Venezuela**. 9 de março de 2021. Disponível em: <https://r4v.info/en/situations/platform> Acesso em: 26 mar. 2021.

ONU. Assembleia Geral. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. 1948.

OIM. Migration data portal **The bigger Picture**. 20 de jan. 2021. Disponível em: https://migrationdataportal.org/?i=stock_abs_&t=2020&cm49=76 Acesso em: 27 mar. 2021.

SOUSA, V. M. de. O conceito de refugiado: historicidade e institucionalização. ANPUH – Brasil – 30º **Simpósio Nacional de História** – Recife, 2019. Disponível em: https://www.snh2019.anpuh.org/resources/anais/8/1554764413_arquivo_historicidadedoconceitoderefugiado_anpuh-recife.pdf. Acesso em 27 mar. 2021.

UNIVERSITY OF WASHINGTON. Novel Coronavirus (COVID-19) **Infection Map global trend**. Last update: 2021-03-27. Disponível em: <https://hgis.uw.edu/virus/>. Acesso em: 27 mar. 2021.

WERNECK, G.L.; CARVALHO, M.S. A pandemia de COVID-19 no Brasil: crônica de uma crise sanitária anunciada. **Cadernos de Saúde Pública** [online]. v. 36, n. 5 e00068820. Disponível em: <https://scielosp.org/article/csp/2020.v36n5/e00068820/> Acesso em: 27 mar. 2021.

APONTAMENTOS ACERCA DO CONTRATO SOCIAL

LEO BENJAMIN FISCHER:

Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestrando em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Advogado em São Paulo

FELIPE SAMMARCO MILENA²⁹

(coautor)

Resumo: O presente artigo tem por objetivo tecer comentários acerca das teorias que buscaram tratar da origem, finalidade, bem como dos limites do contrato social, sendo este considerado uma construção da filosofia moral e política cujo objetivo é justificar, legitimar e estabelecer limites ao poder exercido pelo Estado sobre os cidadãos. Serão abordados os pensamentos dos principais filósofos, desde a Antiguidade, com Sócrates, Idade Moderna, com Hobbes, Locke, Rousseau e a contemporaneidade com John Rawls.

Palavras-Chave: Filosofia do Direito; Contrato Social; Contratualismo; Jusnaturalismo; Estado.

Abstract: *The object of this article is to comment on the theories that sought to address the origin, purpose, as well as the limits of the social contract, which is considered a construction of moral and political philosophy whose objective is to justify, legitimize and establish limits to the power exercised by the state over citizens. The thoughts of the main philosophers will be approached, from Antiquity, with Socrates, Modern Age, with Hobbes, Locke, Rousseau and the contemporaneity with John Rawls.*

Keywords: *Philosophy of law; Social contract; Contractualism; Jusnaturalism; State.*

Sumário: Introdução – 1. Sócrates (circa 470-399 a.C.) / Platão (circa 428-347 a.C.) – 2. Thomas Hobbes (1588-1679) – 3. John Locke (1632-1704) – 4. Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) – 5. John Rawls (1921-2002) – 6. Considerações Finais.

Introdução

O contrato social é uma construção da filosofia moral e política cujo objetivo é justificar, legitimar e estabelecer limites ao poder exercido pelo Estado. O alicerce desta

²⁹ Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestrando em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Advogado em São Paulo.

construção é a premissa de que, de forma expressa ou implícita, com base em uma realidade histórica ou apenas em um passado hipotético, ou, ainda, por um dever moral, os indivíduos racional e voluntariamente consentiram em submeter-se à autoridade do Estado, renunciando a certas liberdades em troca de segurança social.

O contrato social é evidentemente um mito, uma ficção fundacional que serve para unir e organizar a sociedade. É a aceitação das mesmas ficções que induz os indivíduos a obedecer às mesmas leis e a cooperar de forma eficiente³⁰.

Teorias acerca da origem, finalidade e limites do contrato social surgiram, de forma mais ou menos sistematizada, já na Antiguidade, mas foi entre os séculos XVI e XVIII que foram lançadas as bases do moderno contratualismo.

Neste trabalho iremos expor, de forma sucinta, o pensamento de Sócrates, tal qual relatado por Platão em *Crito* e *A República*, acerca das obrigações implícitas que os cidadãos da cidade-estado têm para com as "leis".

Em seguida, iremos resumir o pensamento de Hobbes, Locke e Rousseau, os três maiores teóricos do contrato social do Iluminismo, tal qual exposto no *Leviatã*, *Segundo Tratado sobre o Governo* e o *Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens/Contrato Social*, respectivamente.

Os três filósofos filiam-se ao jusnaturalismo, exceto que, conforme explicado mais adiante, Hobbes vale-se, nas palavras de Norberto Bobbio, de meios jusnaturalistas para alcançar objetivos positivistas³¹. Em verdade, para Hobbes e Rousseau, ao passar do estado de natureza para a sociedade civil o indivíduo renuncia aos seus direitos naturais (em favor do soberano e da coletividade, respectivamente), enquanto que para Locke o Estado nasce para melhor assegurar os direitos naturais fundamentais.

Finalmente, faremos breve referência ao pensamento de John Rawls, provavelmente o mais importante contratualista do Século XX, tal qual exposto em *Uma Teoria da Justiça*.

1. Sócrates (circa 470-399 a.C.) / Platão (circa 428-347 a.C.)

Em *Crito*³², Sócrates tenta convencer a seu interlocutor e amigo, Crito, de que, apesar da injusta pena de morte a que foi condenado, seria indigno fugir do cativo

30 HARARI, Yuval Noah. Post-Truth "in" **21 Lessons for the 21st Century**. Spiegel & Grau, 2018, p.238

31 BOBBIO, Norberto. **Locke e o Direito Natural**. Editora UnB, 2^a Edição, 1997, p. 41.

32 PLATÃO. **Crito**. The Internet Classics Archive. Disponível em: <http://classics.mit.edu/Plato/crito.html>. Acesso em 24/10/2019.

ateniense para buscar refúgio em outra cidade-estado. Para tanto, imagina um hipotético diálogo entre ele, Sócrates, e as leis de Atenas³³. Neste tocante, as leis argumentam que Sócrates tem a obrigação de obedecê-las porque foram elas que asseguraram seu modo de vida (e.g., viabilizaram o casamento de seus pais e o nascimento de filhos legítimos, bem como obrigaram os pais a deles cuidar; garantiram sua segurança).

Ademais, a relação entre as leis e os cidadãos não seria baseada em coerção, já que estes estariam livres para abandonar Atenas a qualquer momento. Ao optar por permanecer na cidade, na qual residiu por setenta anos, Sócrates estaria consentindo em obedecer às leis e aceitar a punição que lhe foi imposta. Ou seja, Sócrates teria tacitamente celebrado um "contrato social" com a cidade de Atenas ao optar por lá permanecer e, em decorrência, deverá submeter-se às suas leis, ainda que a pena que lhe foi imposta possa ser considerada injusta. O argumento básico da lei, com o qual Sócrates parece assentir, é que o Estado entraria em colapso se o "contrato social" fosse rompido. Em decorrência, Sócrates rejeita a oferta de Crito de subornar os guardas e fugir de Atenas.

No Livro II de *A República*³⁴, Gláucon ao discorrer acerca da natureza da justiça a fundamenta em uma espécie de contrato social, a saber:

"Dizem que cometer injustiça é naturalmente bom e sofrê-la naturalmente mau, mas que o mal de sofrer injustiça excede a tal ponto o bem de cometê-la que aqueles que a cometeram e sofreram, tendo experimentado as duas posições, quando [afinal] lhes falta a capacidade de cometê-la e de se esquivarem de sofrê-la, decidem ser vantajoso estabelecer um acordo mútuo e comum de não a cometer nem a sofrer. Daí o surgimento de leis e contratos e o que a lei determina classificam com justo e lícito. Isso, de acordo com eles, constitui a origem e a essência da justiça. É o meio-termo entre o melhor e o pior: o melhor é perpetrar injustiça sem ser punido; o pior é sofrê-la sem ser capaz de vingar-se. A justiça é um ponto mediano desses dois extremos. As pessoas a estimam não como um bem, mas porque são demasiado fracas para cometer injustiça com impunidade. Aquele, todavia, que possui o poder de cometê-la e é um homem autêntico, não celebraria nenhum acordo para não cometer injustiça a fim de não a sofrer. Para ele isso seria loucura. Conforme tal teoria, Sócrates, eis, portanto, aí a natureza da justiça e sua origem."

³³ Ibidem, p. 8 et seq.

³⁴ PLATÃO. **A República**. Editora Edipro, 3ª Edição, 2019, p. 83, § 359a.

Sócrates não compartilha deste ponto de vista já que para ele a justiça pertence àquela categoria de bens que tem valor intrínseco e extrínseco:

“Bem, onde enquerras a justiça?”

‘Eu a situo entre os bens mais excelentes’, eu disse, ‘como algo a ser amado por aquele que será abençoado com a felicidade, tanto devido à própria justiça quanto devido aos seus efeitos.’³⁵

Vale notar que não há contradição entre o discurso de Sócrates em *Crito* e o seu discurso em *A República*. Para Sócrates o homem justo respeita as leis do Estado e reconhece sua importância moral e política. A justiça, porém, não se resume a obediência recíproca à lei conforme sugerido por Gláucon. Quando em *Crito* Sócrates invoca o seu contrato com Atenas não o faz com o intuito de identificar a origem e a natureza da justiça. A intenção de Sócrates é tão somente explicar a Crito o porquê de sua decisão de submeter-se às leis de Atenas. Para Sócrates rejeitar a sentença a que foi condenado seria violar as leis de Atenas, o que equivaleria a negar a responsabilidade do cidadão de obedecer a lei.

Conforme veremos em seguida, a versão do contrato social de Gláucon tem forte semelhança com aquela de Thomas Hobbes.

2. Thomas Hobbes (1588-1679)

Após quase dois mil anos de relativa hibernação, a noção do contrato social como base de obrigações morais, políticas e legais do indivíduo para com a sociedade ressurgiu no Iluminismo na figura de Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau. Como se sabe, o Iluminismo suplantou a tradição aristotélica da escolástica religiosa com sua explanação teológica do universo, substituindo-a por uma visão calcada fortemente na razão.

Em *Leviatã* (1651)³⁶, Hobbes discorre acerca das leis naturais, a saber:

“A lei natural (lex naturalis) é a norma ou regra geral estabelecida pela razão que proíbe o ser humano de agir de forma a destruir sua vida ou privar-se dos meios necessários a sua preservação.”

35 PLATÃO. **A República**. Editora Edipro, 3ª Edição, 2019, p. 82, § 358a.

36 HOBBS, Thomas. **Leviatã** (1651). Editora Martin Claret, 1ª Edição, 2014 (6ª reimpressão, 2019), p. 111-112.

...

Uma vez que a condição humana (como vimos no capítulo anterior) é a da guerra de uns contra os outros, cada qual governado por sua própria razão, e não havendo algo de que o homem possa lançar mão para ajudá-lo a preservar a própria vida contra os inimigos, todos têm direito a tudo, inclusive ao corpo alheio. Assim, perdurando esse direito de cada um sobre todas as coisas, ninguém poderá estar seguro (por mais forte e sábio que seja) de que viverá durante todo o tempo que normalmente a Natureza nos permite viver. O esforço para obter a paz, durante o tempo em que o homem tem esperança de alcançá-la, fazendo, para isso, uso de toda as ajudas e vantagens da guerra, é uma norma ou regra geral da razão. A primeira parte dessa regra encerra a lei fundamental da Natureza, isto é, procurar a paz e segui-la. A segunda, a essência do direito natural, que é defendermo-nos por todos os meios possíveis.

Da lei fundamental da Natureza, que ordena aos homens que procurem a paz, deriva esta segunda lei: o homem deve concordar com a renúncia a seus direitos sobre todas as coisas, contentando-se com a mesma liberdade que permite aos demais, na medida em que considerar tal decisão necessária à manutenção da paz e de sua própria defesa. Se cada qual fizer tudo aquilo a que tem direito, reinará a guerra entre os homens. Entretanto, se todos os outros homens não renunciarem a seus direitos, não haverá razão para que alguém se prive daquilo a que tem direito, pois isso significaria oferecer-se como presa (ao que ninguém é obrigado), e não dispor-se à paz. Esta é a lei do Evangelho: 'Tudo aquilo que queres que os outros te façam, faze-o tu a eles', e esta a lei de todos os homens: Quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris ('Não faças aos outros o que não queres que te façam')."

Hobbes acredita que o contrato social é a única forma do homem escapar do estado de guerras constantes ("*bellum omnium contra omnes*") que caracteriza o estado de natureza em que "*a vida do homem é solitária, miserável, sórdida, brutal e curta*" e nada é imoral ou injusto.

O homem, na visão de Hobbes, é essencialmente egoísta. Por ser dotado de razão, porém, optou por abrir mão de parte de sua liberdade para assegurar sua autopreservação. Neste contexto, a função do contrato social seria afastar a insegurança e violência que caracteriza o estado de natureza ("*homo homini lupis*").

O contrato social hobbesiano é o acordo mediante o qual os indivíduos transferem seus direitos naturais ao soberano e é composto de dois elementos - de uma renúncia ao estado de natureza, com a criação de normas de convivência, e da submissão a uma autoridade soberana encarregada de aplicar estas normas:

“Conferir toda a força e o poder a um homem, ou a uma assembleia de homens, que possa reduzir as diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade, é o único caminho para instituir um poder comum, capaz de defender a todos das invasões estrangeiras e das injúrias que uns possam fazer aos outros, garantindo-lhes, assim, segurança suficiente para que, mediante seu próprio trabalho e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos; isso equivale a dizer: é preciso designar um homem ou uma assembleia de homens para representar a todos, considerando-se e reconhecendo-se cada membro da multidão como autor de todos os atos que aquele que representa sua pessoa praticar, em tudo o que se refere à paz e à segurança comuns, submetendo, assim, suas vontades à vontade do representante, e seus julgamentos a seu julgamento. Isso significa muito mais do que consentimento ou concórdia, pois é uma unidade real de todos, numa só e mesma pessoa, por meio de um pacto de cada homem com todos os homens, de modo que seria como se cada homem dissesse ao outro: desisto do direito de governar a mim mesmo e cedo-o a este homem, ou a esta assembleia de homens, dando-lhe autoridade para isso, com a condição de que desistas também de teu direito, autorizando, da mesma forma, todas as suas ações. Dessa forma, a multidão assim unida numa só pessoa passa a chamar-se Estado (em latim, Civitas).”³⁷

Neste tocante, em *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*³⁸, Bobbio ao discorrer sobre o pensamento de Hobbes afirma que:

37 HOBBS, Thomas. **Op. cit.**, p. 141-142.

38 BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Ícone Editora, 1995, p. 35. Disponível em:

https://aprender.ead.unb.br/pluginfile.php/19632/mod_resource/content/1/Norberto%20Bobbio%20-%20O%20positivismo%20juridico%2C%20Li%C3%A7%C3%B5es%20da%20Filosofia%20do%20Direito.pdf
f. Acesso em 25/11/2019.

“A partir do momento em que se constitui o Estado, deixa portanto de ter valor o direito natural (que na realidade não era respeitado tampouco antes, no estado de natureza) e o único direito que vale é o civil ou do Estado.”

Ao que parece, para Hobbes ainda que o soberano exerça suas funções de forma abusiva, o seu poder é absoluto e deve ser respeitado, já que o retorno ao estado de natureza deve ser evitado a todo custo. Na realidade, o soberano está acima da lei e a nenhum súdito é permitido acusá-lo de injustiça.³⁹

No limite, porém, na medida em que o soberano venha a eventualmente se tornar uma ameaça à vida dos súditos, estes poderão recorrer ao direito natural de autopreservação e, em decorrência, insurgir-se:

“O direito natural, a que muitos autores comumente chamam jus naturale, é a liberdade que cada homem tem de utilizar seu poder como bem lhe aprouver, para preservar sua própria natureza, isto é, sua vida; conseqüentemente, é a liberdade de fazer tudo aquilo que, segundo seu julgamento e razão, é adequado para atingir esse fim.”⁴⁰

Para Hobbes, o homem transfere ou renuncia voluntariamente um direito ao Estado partindo do pressuposto que será reciprocamente beneficiado com outro.⁴¹ A obrigação dos súditos perante o Estado, portanto, permanece apenas enquanto dura o poder por meio do qual este os protege⁴²

Vê-se, pois, que apesar de Hobbes ser frequentemente taxado de “pai do absolutismo”, seu pensamento contém as sementes do liberalismo que, em geral, é associado mais fortemente com John Locke.

Para Norberto Bobbio⁴³, apesar de Hobbes pertencer à tradição do jusnaturalismo, ele é igualmente um precursor do positivismo jurídico.

Hobbes, na visão de Bobbio, adota a doutrina do direito natural não para limitar o poder civil mas para reforçá-lo, já que para afastar a insegurança reinante no estado de

39 Ibidem, p. 145.

40 Ibidem, p. 110-111.

41 Ibidem, p. 113.

42 Ibidem, p. 179.

43 BOBBIO, Norberto. **Locke e o Direito Natural**. Editora UnB, 2ª Edição, 1997.

natureza os homens teriam renunciado a todos os direitos que tinham no estado de natureza (exceto o direito à vida) e os transferiram para o soberano.

Afirma Bobbio que:

“Na doutrina jusnaturalista tradicional, considera-se que o indivíduo deve obedecer às leis naturais antes das leis civis. Entretanto, se a lei natural se resolve na obrigação que têm os súditos de obedecer às leis civis, a outra obrigação de obedecer primeiramente à lei natural se transforma no seu contrário: o súdito é obrigado a obedecer antes de tudo às leis civis.

Para resumir o pensamento hobbesiano sobre a validade da lei natural e da lei civil, podemos dizer que a lei natural põe toda a sua força a serviço do direito positivo e, desta forma, morre ao dar à luz o seu filho.”⁴⁴

Não se trata, porém, de uma morte “absoluta”, já que nas lacunas do direito positivo Hobbes admite a aplicação da “lei da equidade natural”⁴⁵.

3. John Locke (1632-1704)

O pensamento político-filosófico de Locke está essencialmente contido no *Dois Tratados sobre o Governo* (1690)⁴⁶ publicado aproximadamente quarenta anos após o *Leviatã*.

O *Primeiro Tratado* é dedicado principalmente a refutar o pensamento de Robert Filmer, conforme exposto em *Patriarcha; or The Natural Power of Kings* (1680)⁴⁷. Filmer foi o grande sistematizador da doutrina patriarcalista e do direito divino dos reis (*jure divino*). Acreditava, ao contrário de Locke, para o qual no estado de natureza somos todos iguais,

⁴⁴ Ibidem, p. 44.

⁴⁵ Ibidem, p. 43.

⁴⁶ LOCKE, John. **Second Treatise of Government** (1690). Hackett Publishing Company, Inc. Disponível em: <https://epdf.pub/second-treatise-of-government4b1bd5115b698dcbc3f8f202ae606e7453259.html>. Acesso em 31/10/2019.

⁴⁷ FILMER, Robert. **Patriarcha; or The Natural Power of Kings** (1680). Dodo Press, 2010.

que alguns nascem predestinados a governar mediante poderes que lhes foram legados por Adão (o primeiro monarca do mundo)⁴⁸.

É no *Segundo Tratado* que Locke desenvolvem, de forma mais evidente, sua teoria política.

Para a compreensão do pensamento de Locke, é essencial ressaltar que Locke possui uma visão muito diferente da de Hobbes acerca do estado de natureza. Enquanto que para este o estado de natureza é de interminável guerra, confronto e sofrimento, Locke acredita que os homens eram capazes de conviver em harmonia mesmo antes de se organizar em sociedade. Neste tocante, afirma no *Segundo Tratado*:

"To understand political power right, and derive it from its original, we must consider, what state all men are naturally in, and that is, a state of perfect freedom to order their actions, and dispose of their possessions and persons, as they think fit, within the bounds of the law of nature, without asking leave, or depending upon the will of any other man.

*A state also of equality, wherein all the power and jurisdiction is reciprocal, no one having more than another; there being nothing more evident, than that creatures of the same species and rank, promiscuously born to all the same advantages of nature, and the use of the same faculties, should also be equal one amongst another without subordination or subjection, unless the lord and master of them all should, by any manifest declaration of his will, set one above another, and confer on him, by an evident and clear appointment, an undoubted right to dominion and sovereignty."*⁴⁹

48 Ibidem, p. 15.

49 Tradução livre: "Para entender corretamente o poder político e derivá-lo de sua origem, devemos considerar, em que estado todos os homens estão naturalmente, ou seja, um estado de perfeita liberdade para ordenar suas ações e dispor de seus bens e pessoas, como eles pensam. caber, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir licença, ou dependendo da vontade de qualquer outro homem.

*Um estado também de igualdade, onde todo o poder e jurisdição são recíprocos, nenhum tendo mais do que outro; não havendo nada mais evidente do que que criaturas da mesma espécie e categoria, nascidas promiscuamente para todas as mesmas vantagens da natureza e o uso das mesmas faculdades, também sejam iguais entre si sem subordinação ou sujeição, a menos que o senhor e o mestre de todos eles deve, por qualquer declaração manifesta de sua vontade, colocar um acima do outro, e conferir-lhe, por uma nomeação evidente e clara, um direito indubitável de domínio e soberania" (LOCKE, John. **Op. cit.**, p. 8, § 4.)*

Destarte, não obstante o fato de que o estado de natureza ser um estado pré-político, as pessoas ainda assim estão sujeitas às leis da natureza, que na visão de Locke, são a base de toda a moral (a qual nos é dada por Deus) e que nos proíbe de causar dano um ao outro no tocante a "vida, saúde, liberdade ou posses".

Embora para Locke o estado de natureza difere do estado de guerra visualizado por Hobbes, o estado de natureza pode eventualmente transformar-se em estado de guerra. O estado de guerra ocorreria em geral quando alguém apodera-se da propriedade de outrem ou tenta escravizá-lo. É a ausência de uma autoridade superior capaz de evitar o conflito que induz as pessoas a abandonar o estado de natureza e celebrar o contrato social, a saber:

*"If man in the state of nature be so free, as has been said; if he be absolute lord of his own person and possessions, equal to the greatest, and subject to no body, why will he part with his freedom? why will he give up this empire, and subject himself to the dominion and control of any other power? To which it is obvious to answer, that though in the state of nature he hath such a right, yet the enjoyment of it is very uncertain, and constantly exposed to the invasion of others: for all being kings as much as he, every man his equal, and the greater part no strict observers of equity and justice, the enjoyment of the property he has in this state is very unsafe, very unsecure. This makes him willing to quit a condition, which, however free, is full of fears and continual dangers: and it is not without reason, that he seeks out, and is willing to join in society with others, who are already united, or have a mind to unite, for the mutual preservation of their lives, liberties and estates, which I call by the general name, property."*⁵⁰

50 Tradução livre: "Se o homem, no estado de natureza for tão livre, como foi dito; se ele for senhor absoluto de sua própria pessoa e posses, igual ao maior e não sujeito a nenhum corpo, por que ele se separará de sua liberdade? Por que ele desistirá deste império e se sujeitará ao domínio e controle de qualquer outro poder? Ao que é óbvio responder que, embora no estado de natureza ele tenha tal direito, ainda assim o gozo dele é muito incerto e constantemente exposto à invasão de outros: por todos serem reis tanto quanto ele, todo homem seu igual, e na maior parte sem observadores estritos de equidade e justiça, o gozo da propriedade que ele tem neste estado é muito inseguro, muito inseguro. Isso o torna disposto a abandonar uma condição que, por mais livre que seja, está cheia de medos e perigos contínuos: e não é sem razão que ele procura e está disposto a se juntar à sociedade com outros que já estão unidos, ou têm a intenção de unir, para a preservação mútua de suas vidas, liberdades e propriedades, que chamo pelo nome geral, propriedade" (Ibidem, p. 65-66, § 123.)

Em decorrência, dentre outras razões, de suas visões divergentes acerca do estado de natureza, anterior a organização do Estado, Locke não compartilha do entendimento de Hobbes de que ao povo é, de regra, defeso se insurgir contra o soberano, até porque um retorno ao estado de natureza não implica necessariamente o estado de guerra.

Para Locke, o governo está sujeito ao consentimento do povo. Ademais, a violação da lei, quer pelo executivo quer pelo legislativo, é inaceitável, mesmo porque o soberano, ao contrário do que Hobbes parece sustentar, não está acima da lei.

Em verdade, para Locke o poder supremo é detido pelo legislativo que, não obstante, detém apenas um "*poder fiduciário*", sendo certo que um "*poder supremo*" remanesce a todo tempo com o povo, qual seja, o poder de remover e modificar o legislativo:

*"Though in a constituted common-wealth, standing upon its own basis, and acting according to its own nature, that is, acting for the preservation of the community, there can be but one supreme power, which is the legislative, to which all the rest are and must be subordinate, yet the legislative being only a fiduciary power to act for certain ends, there remains still in the people a supreme power to remove or alter the legislative, when they find the legislative act contrary to the trust reposed in them: for all power given with trust for the attaining an end, being limited by that end, whenever that end is manifestly neglected, or opposed, the trust must necessarily be forfeited, and the power devolve into the hands of those that gave it, who may place it anew where they shall think best for their safety and security."*⁵¹

Para Locke a revolta contra o governo se justifica sempre que o mesmo ousar buscar poderes absolutos no tocante "*as Vidas, Liberdades e Propriedades das Pessoas*":

"... And thus the community perpetually retains a supreme power of saving themselves from the attempts and designs of any body, even

⁵¹ Tradução livre: "*Embora em uma nação constituída, alicerçada em suas próprias bases, e agindo de acordo com sua própria natureza, isto é, agindo para a preservação da comunidade, só pode haver um poder supremo, que é o legislativo, ao qual todos os demais são e devem ser subordinados, mas sendo o legislativo apenas um poder fiduciário para agir para determinados fins, resta ainda, no povo, um poder supremo para remover ou alterar o legislativo, quando o ato legislativo for contrário à confiança nele depositada. : pois todo poder concedido com base na confiança para atingir um fim, sendo limitado por esse fim, sempre que esse fim for manifestamente negligenciado ou oposto, a confiança deve necessariamente ser perdida, e o poder retornar às mãos daqueles que o deram, que podem colocá-lo novamente onde acharem melhor para sua segurança e proteção"* (LOCKE, John, **Op. cit.**, p. 77-78, § 149).

of their legislators, whenever they shall be so foolish, or so wicked, as to lay and carry on designs against the liberties and properties of the subject: for no man or society of men, having a power to deliver up their preservation, or consequently the means of it, to the absolute will and arbitrary dominion of another; when ever any one shall go about to bring them into such a slavish condition, they will always have a right to preserve, what they have not a power to part with; and to rid themselves of those, who invade this fundamental, sacred, and unalterable law of self-preservation, for which they entered into society. And thus the community may be said in this respect to be always the supreme power, but not as considered under any form of government, because this power of the people can never take place till the government be dissolved.”⁵²

É válido concluir que, para Locke o contrato social se presta essencialmente para proteger valores que os seres humanos já detinham antes da criação do Estado (e.g., vida, liberdade, propriedade). Se o Estado vier a atacar estes valores, os cidadãos têm o direito de rebelar-se e reaver seus direitos.

Norberto Bobbio ao comentar o *Primeiro Tratado sobre o Magistrado Civil* (1661) observa que, para Locke, as leis consistem em um conjunto de dispositivos provenientes de Deus ou da razão, que impõem aos homens, sem qualquer distinção, a adoção de condutas, comissivas ou omissivas.⁵³

Ademais, para o autor, o contrato social de Locke é caracterizado pela renúncia parcial aos direitos naturais, compreendendo somente o direito de fazer justiça por si mesmo, e não quase total, como defendido por Hobbes (uma vez que abrangia todos os direitos, exceto o direito à vida). Dessa forma, o Estado de Locke surge com poderes bem

52 Tradução livre: “*E assim a comunidade mantém perpetuamente o poder supremo de se salvar das tentativas e desígnios de qualquer corpo, mesmo de seus legisladores, sempre que eles forem tão tolos ou tão perversos a ponto de estabelecer e executar desígnios contra as liberdades e propriedades de o sujeito: para nenhum homem ou sociedade de homens, tendo o poder de entregar sua preservação, ou consequentemente os meios dela, à vontade absoluta e domínio arbitrário de outro; sempre que alguém tentar trazê-los a uma condição tão servil, eles sempre terão o direito de preservar o que não têm o poder de se separar; e livrar-se daqueles que invadem esta lei fundamental, sagrada e inalterável de autopreservação, pela qual entraram na sociedade. E assim pode-se dizer que a comunidade é sempre o poder supremo, mas não como considerado sob qualquer forma de governo, porque esse poder do povo nunca pode ocorrer até que o governo seja dissolvido.*” (Ibidem, p. 78, § 149).

53 BOBBIO, Norberto. **Locke e o Direito Natural**. Editora UnB, 2ª Edição, 1997, p. 93.

mais limitados do que o de Hobbes e a parte mais importante da vida do homem é desenvolvida nas instituições econômicas e na família, sendo anterior ao Estado.⁵⁴

4. Jean-Jacques Rousseau (1712-1778)

A visão de Rousseau acerca do contrato social é objeto do *Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens* de 1753⁵⁵ (conhecido como o *Segundo Discurso*) e do *Contrato Social* de 1762⁵⁶. No *Segundo Discurso* Rousseau nos oferece a sua versão acerca do estado de natureza e da evolução do homem para a sociedade civil. No *Contrato Social*, por sua vez, Rousseau expõe seu pensamento acerca de como a liberdade do indivíduo pode ser assegurada face a existência do Estado.

Tal qual Hobbes e Locke já haviam feito, no *Segundo Discurso* Rousseau especula acerca do caráter do homem no estado de natureza.

Para Rousseau no estado de natureza os homens tinham uma existência solitária sem necessidade de confrontarem-se, já que a natureza era abundante e a população restrita. Eram moralmente puros e naturalmente capazes de sentir compaixão. Essencialmente, o que diferenciava o homem dos outros animais era sua “perfectabilidade” (sua capacidade de aprender e identificar novas formas de satisfazer suas necessidades).

O crescimento populacional, a divisão do trabalho, a abundância, a tecnologia e o lazer resultante da otimização do trabalho (que permitiu que os membros da comunidade se comparassem uns com os outros e assim passassem a se invejar, desprezar, etc.) e, acima de tudo, a invenção da propriedade privada foi que causou a “queda” do homem:

“O primeiro que, após cercar um terreno, atreveu-se a dizer isto é meu encontrou pessoas simples o suficiente para crê-lo e foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos crimes, guerras, homicídios, quantas misérias e horrores não teria evitado ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas e enchendo o fosso, tivesse gritado aos seus semelhantes: ‘Abstende-vos de escutar esse impostor; estais perdidos se esqueceis de que os frutos são de todos e que a terra não é de ninguém!’”⁵⁷

54 Ibidem, p. 223.

55 ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens** (1753). Edipro, 1ª Edição, 2017.

56 Idem. **Do Contrato Social** (1762). Editora Martin Claret, 9ª reimpressão, 2019.

57 ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens** (1753). Edipro, 1ª Edição, 2017, p. 95.

A propriedade privada serviu para exacerbar as desigualdades sociais e assim surgem as classes sociais.

Rousseau acredita que foi a classe dos proprietários que instituiu o governo, justamente para protegê-los das classes destituídas (de propriedade), dos menos hábeis e dos menos violentos. O governo, porém, apesar de afastar "*o mais horrível estado de queda*", serviu para institucionalizar a desigualdade:

*"Tal foi ou deve ter sido a origem da sociedade e das leis, que deram novos entraves ao fraco e novas forças ao rico, destruíram irreparavelmente a liberdade natural, fixaram para sempre a lei da propriedade e da desigualdade, fizeram de uma hábil usurpação um direito irrevogável e, em proveito de alguns ambiciosos, sujeitaram, a partir de então, todo o gênero humano ao trabalho, à servidão e à miséria."*⁵⁸

O *Contrato Social* é a resposta de Rousseau aos males produzidos pela instituição da sociedade civil. No famoso parágrafo de abertura do Capítulo I afirma que:

*"O homem nasceu livre, porém, por toda parte, encontra-se sob os grilhões. Quem acredita ser senhor de outros não deixa de ser mais escravo que eles. Como ocorreu essa mudança? Não sei. O que poderia torná-la legítima? Creio poder responder a essa pergunta."*⁵⁹

O *Contrato Social* permitiria conciliar a liberdade individual com a autoridade do Estado, a saber:

"... encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e por meio da qual cada um, ao se unir a todos, somente obedeça a si mesmo e permaneça tão livre quanto antes.

...

Por fim, cada um se doando a todos não se dá a ninguém, e, como não há um associado sobre o qual não se adquire o direito que se

58 Ibidem, p. 112.

59 ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social** (1762). Editora Martin Claret, 9ª reimpressão, 2019, p. 17

*cede sobre si mesmo, ganha-se o equivalente de tudo que foi perdido, e mais força para conservar o que se tem.*⁶⁰

Para alcançar tal objetivo basta a cada um obedecer a vontade geral, ou seja, a vontade coletiva da comunidade.

Para Rousseau, ao renunciar à liberdade de que gozava no estado de natureza o indivíduo deixa de buscar seu interesse particular para consentir em se submeter ao interesse coletivo. Não se torna menos livre porque não estaria se submetendo a uma autoridade externa, mas sim a sua própria vontade, agora representada pela coletividade:

"Mas pergunta-se como um homem pode ser livre, e forçado a se conformar às vontades que não são a sua. Como os opositores são livres e sujeitos às leis que eles não consentiram?"

*Respondo que a pergunta é mal colocada. O cidadão consente com todas as leis, mesmo aquelas que são aprovadas malgrado ele, e mesmo aquelas que o punem quando ele ousa violar uma delas. A vontade constante de todos os membros do Estado é a vontade geral e é por meio dela que eles são cidadãos e livres. Quando se propõe uma lei na assembleia do povo, o que se pergunta não é precisamente se ela aprova a proposição ou se a rejeita, mas se a lei é conforme ou não à vontade geral; cada um, ao dar seu sufrágio, diz seu voto, e do cálculo das vozes se extrai a declaração da vontade geral. Quando, portanto, o voto contrário ao meu prevalece, isto não demonstra outra coisa senão que eu me enganei, e que o que eu considerava ser a vontade geral não o é. Se meu voto particular prevalecesse, eu teria feito outra coisa que não o que queria, e então não teria sido livre.*⁶¹

Para o professor de filosofia política da Universidade de Wisconsin Patrick Riley⁶², o trecho do *Contrato Social* reproduzido acima é mais fácil de compreender se a expressão "*vontade geral*" for substituída pela expressão "*bem comum*". Assim, ficaria evidente que a vontade geral é uma vontade constante e que os cidadãos não estão sendo convocados

⁶⁰ ROUSSEAU, Jean Jacques, **Do Contrato Social** (1762). Editora Martin Claret, 9ª reimpressão, 2019, p. 27.

⁶¹ Ibidem, p. 108-109.

⁶² RILEY, Patrick. **A Possible Explanation of Rousseau's General Will in the Social Contract Theorists** (1999). Rowman & Littlefield Publishers, Inc.

a votar a favor ou contra uma proposta, mas sim consultados no tocante a conformidade da proposta com o bem comum⁶³.

Rousseau tece, ademais, uma distinção entre a vontade geral (que é sempre “reta”) e não deve ser confundida com a vontade de todos (a preferência de cada um dos votantes):

“Muitas vezes, há uma diferença entre a vontade de todos e a vontade geral; esta não considera senão o interesse comum, a outra diz respeito ao interesse privado e não é senão uma soma de vontades particulares: mas afastem dessas mesmas vontades os mais e os menos que se anulam uns aos outros, o que resta como soma das diferenças é a vontade geral.”⁶⁴

Ao obedecer a vontade geral, o indivíduo estaria obedecendo a si mesmo na qualidade de integrante de uma comunidade política. Para Rousseau o soberano é constituído de todos os cidadãos agindo coletivamente. Juntos expressam a vontade geral e instituem as leis do Estado.

Rousseau concebeu, assim, não uma democracia representativa mas, ao contrário, uma forma direta de democracia que exigiria assembleias periódicas, viáveis apenas em comunidades relativamente pequenas (e.g., Genebra, sua cidade natal):

“Seja lá como for, no momento em que um povo se dá representantes, não é mais livre, sequer é povo.”

Tudo bem examinado, não considero que seja desde então possível ao soberano conservar entre nós o exercício de seus direitos se a cidade não for muito pequena.”⁶⁵

Norberto Bobbio explica que enquanto que para Locke o contrato social não implica renúncia total aos direitos naturais (mas apenas uma renúncia a fazer justiça com as próprias mãos) para Hobbes e Rousseau constitui uma renúncia coletiva a tais direitos, com

63 RILEY, Patrick. **Op. cit.**, p. 183-184.

64 ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social** (1762). Editora Martin Claret, 9ª reimpressão, 2019, p. 38.

65 Ibidem, p. 98.

uma diferença relevantíssima: a renúncia em Hobbes é feita em favor de um terceiro (o soberano); a renúncia em Rousseau é feita por cada um em favor de todos.⁶⁶

5 John Rawls (1921-2002)

Dentre os filósofos políticos do Século XX que se filiam ao contratualismo o maior expoente é, sem dúvida, John Rawls, que constrói, em grande parte, sua tese sobre a teoria do contrato originário de Immanuel Kant (1724-1804), com o objetivo de elaborar uma teoria de justiça distributiva que represente uma alternativa ao pensamento utilitarista, conforme expressamente declarado em *Uma Teoria da Justiça*⁶⁷.

Para Kant, o estado de natureza é necessariamente transitório e sua passagem para o estado civil ("estado de justiça") peremptório, um dever moral decorrente de "imperativo categórico", já que o estado de natureza é fundamentalmente injusto e imoral. O contrato social para Kant não é um fato histórico, mas uma ideia da razão, um princípio que deve ser obrigatoriamente atendido de sorte a justificar racionalmente a constituição do Estado⁶⁸.

Rawls se socorre da tradição moral e filosófica do contrato social para buscar não a origem da sociedade civil, mas uma forma de avaliar a legitimidade das instituições sociais e apontar caminhos, tendo como parâmetro básico a ideia de "*justiça como equidade*". Afirma Rawls:

"Meu objetivo é apresentar uma concepção de justiça que generalize e eleve a um nível mais alto de abstração a conhecida teoria do contrato social conforme encontrada em, digamos, Locke, Rousseau e Kant. Para isso, não devemos achar que o contrato original tem a finalidade de inaugurar determinada sociedade ou de estabelecer

66 "... tanto Hobbes quanto Rousseau concebem o contrato social como um contrato de alienação dos próprios direitos. Mas, enquanto para Hobbes a alienação acontece em favor do soberano, considerado como uma entidade distinta da multidão que o investe dos próprios direitos (tratando-se, portanto, de um verdadeiro pactum subiectionis), para Rousseau a alienação acontece em favor da comunidade inteira, ou do corpo político, do qual é manifestação suprema a vontade geral (razão pela qual deve-se falar de um pactum societatis, em lugar de subiectionis), que é exatamente a vontade dos indivíduos contraentes. Diferentemente da renúncia de Hobbes, que leva a abandonar a liberdade natural para obter a servidão civil, a renúncia de Rousseau deveria levar a abandonar, sim, a liberdade natural, mas para reencontrar uma liberdade mais plena e superior, que é a liberdade civil, ou liberdade no estado. Eis, pois, resumindo, as três fórmulas: de liberdade do Estado (Locke), de servidão ao Estado (Hobbes), de liberdade no Estado (Rousseau)." BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Editora UnB, 2ª Edição, 1984, p. 46-47.

67 RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Martins Fontes, 4ª Edição, 2016.

68 BOBBIO, Norberto. **Op. cit.**, Parte IV, Capítulo 1.

uma forma específica de governo. Pelo contrário, a ideia norteadora é que os princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade constituem o objeto do acordo original. São eles os princípios que pessoas livres e racionais, interessadas em promover seus próprios interesses, aceitariam em uma situação inicial de igualdade como definidores das condições fundamentais de sua associação. Esses princípios devem reger todos os acordos subsequentes; especificam os tipos de cooperação social que se podem realizar e as formas de governo que se podem instituir. Chamarei de justiça como equidade essa maneira de encarar os princípios da justiça.”⁶⁹

Rawls denomina esta situação inicial de igualdade, análoga ao estado de natureza, de posição original que é “... o status quo inicial apropriado para garantir que os acordos fundamentais nele alcançados sejam equitativos. Esse fato gera a expressão ‘justiça como equidade’.”⁷⁰

De sorte a induzir os partícipes da posição original a escolher princípios justos para reger a sociedade, estes princípios deverão ser estabelecidos sob um véu de ignorância, para assegurar que todos se comportem de forma imparcial. O véu de ignorância impede que o indivíduo conheça antecipadamente o “status” que lhe será alocado na sociedade (gênero, raça, idade, habilidades/limitações, fortuna, etc.):

“Os princípios de justiça são escolhidos por trás de um véu de ignorância. Isso garante que ninguém seja favorecido ou desfavorecido na escolha dos princípios pelo resultado do acaso natural ou pela contingência de circunstâncias sociais. Já que todos estão em situação semelhante e ninguém pode propor princípios que favoreçam sua própria situação, os princípios de justiça são resultantes de um acordo ou pacto justo. Dadas as circunstâncias da posição original, a simetria das relações de todos para com todos os demais, essa situação inicial é equitativa entre os indivíduos tidos como pessoas morais, isto é, como seres racionais com objetivos próprios e capacitados, presumirei, para ter um senso de justiça. A posição original é, pode-se dizer, o status quo apropriado e, assim, os consensos fundamentais alcançados nela são equitativos.”⁷¹

69 RAWLS, John. **Op. cit.**, p. 13-14.

70 RAWLS, John. **Op. cit.**, p. 21.

71 RAWLS, John. **Op. cit.**, p. 15.

Ou seja, a partir da posição original, indivíduos, não natural ou necessariamente altruístas ou egoístas, elegem seus princípios de justiça, sob o artifício do véu de ignorância.

Rawls acredita que nestas condições os indivíduos elegeriam dois princípios básicos:

“Primeiro princípio

Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para todos.

Segundo princípio

As desigualdades econômicas e sociais devem ser dispostas de modo a que tanto:

(a) se estabeleçam para o máximo benefício possível dos menos favorecidos que seja compatível com as restrições do princípio de poupança justa, como

(b) estejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.”⁷²

O primeiro princípio é denominado de princípio da igualdade (ou princípio maior de liberdades equitativas) e visa garantir a todos liberdades fundamentais.

O segundo princípio é denominado princípio das diferenças e embora não condene as desigualdades econômicas, só as admite desde que também beneficiem aqueles que ocupam a base da pirâmide social. Ademais, este princípio visa assegurar a todos igualdade de oportunidades.

Na visão de Rawls, em conjunto estes dois princípios permitiriam alcançar a distribuição socialmente justa de bens em uma sociedade fundada em um contrato social hipotético e a-histórico.

6.Considerações Finais

Neste trabalho, foi exposto, de forma breve, o pensamento de Sócrates, no que diz respeito a possível ideia de contrato social criada por ele, conforme relatado por Platão em Crito e A República.

72 RAWLS, John. **Op. cit.**, p. 376.

Ainda, conforme exposto, salienta-se que Hobbes, Locke e Rousseau especularam acerca da condição humana antes do surgimento da sociedade civil, cada qual a sua maneira, para então dar a sua versão do motivo pelo qual os indivíduos teriam racionalmente consentido em abandonar o estado de natureza para aderir ao contrato social e, a partir daí, submeter-se à vontade do soberano absoluto (Hobbes), a legisladores eleitos (Locke) ou à vontade geral externada em assembleia sem a intermediação de representantes (Rousseau).

Por fim, John Rawls, provavelmente o mais importante contratualista do Século XX, ao invés de buscar o contrato social na transição do estado de natureza para a sociedade civil, vale-se de uma hipotética “posição original” para especular acerca do melhor caminho para se construir uma sociedade civil justa baseada na equidade.

Bibliografia

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Editora UnB, 2ª Edição, 1984.

BOBBIO, Norberto. **Locke e o Direito Natural**. Editora UnB, 2ª Edição, 1997.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Ícone Editora, 1995. Disponível em: https://aprender.ead.unb.br/pluginfile.php/19632/mod_resource/content/1/Norberto%20Bobbio%20-%20O%20positivismo%20juridico%2C%20Li%C3%A7%C3%B5es%20da%20Filosofia%20do%20Direito.pdf. Acesso em 25/11/2019.

FILMER, Robert. **Patriarcha; or The Natural Power of Kings** (1680). Dodo Press, 2010.

HARARI, Yuval Noah. Post-Truth “in” **21 Lessons for the 21st Century**. Spiegel & Grau, 2018, p.238

HOBBS, Thomas. **Leviatã** (1651). Editora Martin Claret, 1ª Edição, 2014 (6ª reimpressão, 2019).

LOCKE, John. **Second Treatise of Government** (1690). Hackett Publishing Company, Inc. Disponível em: <https://epdf.pub/second-treatise-of-government4b1bd5115b698dcbc3f8f202ae606e7453259.html>. Acesso em 31/10/2019.

PLATÃO. **A República**. Editora Edipro, 3ª Edição, 2019.

PLATÃO. **Crito**. The Internet Classics Archive. Disponível em: <http://classics.mit.edu/Plato/crito.html>. Acesso em 24/10/2019.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Martins Fontes Editora, 4ª Edição, 2016.

RILEY, Patrick. **A Possible Explanation of Rousseau's General Will in the Social Contract Theorists** (1999). Rowman & Littlefield Publishers, Inc.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens** (1753). Edipro, 1ª Edição, 2017.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social** (1762). Editora Martin Claret, 9ª reimpressão, 2019.

A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO INSTRUMENTO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS SOCIAIS: UM ESTUDO SOBRE OS SEUS ASPECTOS CONCEITUAIS, HISTÓRICOS E PRINCIPOLÓGICOS

RÔNISON APARECIDO DOS SANTOS:

Especialista em Direito Tributário pela Escola Nacional de Administração Pública (ENAP). Bacharel em Engenharia de Alimentos pela Universidade Federal de Viçosa (UFV). Bacharelado do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO. Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil (RFB).

KATIA GOMES DA SILVA⁷³

(coautora)

LUCAS FERNANDES DE MORAIS VIDOVIX⁷⁴

(coautor)

RESUMO: No presente artigo, foram explanadas as características basilares do modelo de justiça restaurativa. Nesse sentido, foram tratados: - os principais elementos balizadores da justiça restaurativa, em que foi demonstrada a multiplicidade de significados do termo "justiça" e foram apreciadas a conceituação, a estrutura e a finalidade do modelo de justiça restaurativa; - um breve panorama histórico da justiça restaurativa, no qual foram evidenciados os elementos indiciários da origem da justiça restaurativa, sobretudo dos Estados Unidos da América e do Brasil; e - os vetores informadores da justiça restaurativa, que devem ser observados com vistas à solução pacífica dos conflitos. Essa pesquisa visou compreender a importância e os atributos mais relevantes acerca do modelo de justiça restaurativa, salientando a sua influência na concretização da justiça nos meios litigiosos. Para tal, foram envidados esforços para a realização de uma ampla pesquisa científica, de caráter exploratório e analítico, e foram explicitadas as fundamentações de especialistas, a fim de alcançar o objetivo central do artigo. Por fim, foram exteriorizadas as considerações

73 Especialista em Legislação Educacional pela UNITINS. Especialista em Docência de Ensino Superior pela Faculdade Sulamérica. Bacharel em Sistemas de Informação pelo Centro Universitário Luterano de Palmas (CEULP/ULBRA). Bacharelada do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO.

74 Bacharel em Engenharia Civil pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Bacharelado do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO. Servidor público efetivo do Município de Porto Nacional. E-mail: lucasfermorais@hotmail.com

finalis acerca da temática desenvolvida no presente trabalho e as referências bibliográficas utilizadas na construção da plataforma teórica.

Palavras-chave: Justiça. Justiça Restaurativa. Práticas Restaurativas. Conflitos. Vetores da Justiça Restaurativa.

ABSTRACT: In this article, the basic characteristics of the restorative justice model were explained. In this sense, were discussed: - the main elements of restorative justice, in which the multiplicity of meanings of the term “justice” was demonstrated and the conceptualization, structure and purpose of the restorative justice model were appreciated; - a brief historical overview of restorative justice, in which the evidential elements of the origin of restorative justice were highlighted, especially in the United States of America and Brazil; and - the informative vectors of restorative justice, which must be observed with a view to the peaceful resolution of conflicts. This research aimed to understand the importance and the most relevant attributes about the restorative justice model, emphasizing its influence on the achievement of justice in litigation. To this end, efforts were made to carry out a broad, analytical e exploratory scientific research, and the ideas of specialists was made explicit, in order to achieve the central objective of the article. Finally, the conclusion about the theme developed in the present work and the references used in the development of this article were externalized.

Keywords: Justice. Restorative Justice. Restorative Practices. Conflicts. Restorative Justice Vectors.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Justiça Restaurativa e Seus Principais Elementos Caracterizadores. 3. Breve Panorama Histórico da Justiça Restaurativa. 4. Vetores da Justiça Restaurativa. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

No contexto atual, a justiça restaurativa mostra-se muito relevante, uma vez que a sociedade está imersa em situações que podem gerar conflitos, os quais são, comumente, julgados pelo Poder Judiciário. Devido ao alto número de processos, a esfera judicial se encontra em um patamar de sobrecarregamento de seus servidores e juízes. Sob esse prisma, vislumbra-se a necessidade de instrumentos alternativos, sobretudo os extrajudiciais, que permitem a participação de todas as partes envolvidas com vistas à solução dos conflitos.

Nesse passo, foram criadas as práticas restauradoras as quais trazem maior efetividade e praticidade no âmbito de resolução dos conflitos, de modo a evidenciar a responsabilidade de cada indivíduo direta ou indiretamente atrelado ao litígio e a possibilitar a reparação do dano ocasionado. Ademais, as aludidas práticas se caracterizam

por incidir, de forma específica, sobre os atributos estruturais do conflito. Nessa linha, a justiça restaurativa prioriza a compreensão de características interpessoais e comunitárias que influenciam ou determinam a eclosão do litígio.

Ante o exposto e considerando que ainda há fragilidades no tocante ao entendimento dos fundamentos da justiça restaurativa, faz-se mister um estudo acerca das características principais do instituto em exame de modo que possa verificar as suas balizas estruturais e principiológicas, além de denotar a sua importância na resolução harmoniosa de conflito nos tempos modernos.

Curial pontuar que a pesquisa científica do trabalho consistiu em estudo exploratório e descritivo, enfatizando os conhecimentos consolidados alusivos ao objeto do trabalho, com revisão teórica da temática por meio de análises comparativas e conclusivas das informações evidenciadas por autoridades no assunto.

2. A JUSTIÇA RESTAURATIVA E SEUS PRINCIPAIS ELEMENTOS CARACTERIZADORES

Em primeiro plano, fundamental vislumbrar o significado de justiça. Sabe-se que a conceituação de justiça é polêmica devido ao seu amplo aspecto semântico. Nesse sentido, interessantes as informações pesquisadas por Maia (2018, online), *in verbis*.

Ainda analisando a História, além dessas concepções de justiça que deram o início ao pensamento em torno do assunto, outras importantes ideias de justiça foram sendo formuladas no decorrer do tempo, sendo possível registrar que elas até hoje nos proporcionam grande inspiração para entender o que pode ser compreendido como justiça: tratar outrem tal como os membros da comunidade consuetudinariamente se tratam uns aos outros (percepção de comunidades primitivas); a virtude, esta que é o meio entre dois extremos (compreensão de Aristóteles); dar a cada um o que é seu, o que lhe é devido (*suum cuique*); não fazer ao outro o que não quer que te façam (regra de ouro); faz o bem e evita o mal, pois todos os homens devem ser bem tratados, e não maltratados (compreensão de Tomás de Aquino); age sempre de tal modo que a máxima do teu agir possa por ti ser querida como lei universal (imperativo categórico de Kant); aquele que faz o bem se deve fazer o bem, àquele que faz mal se deve fazer o mal (*Vergentug* ou justiça retributiva); para uma igual prestação de trabalho, um salário igual, para mercadoria igual, um preço igual ou a igual prestação de trabalho cabe igual salário, cabendo igual participação no produto do trabalho (visão formulada por Marx); a cada um segundo as suas necessidades (compreensão

Cristã); a liberdade individual como valor supremo (a liberdade negativa no contrato social); todo homem ser tratado por igual (compreensão a partir da igualdade).

Nessa senda, percebe-se que as concepções de justiça se diferenciam de acordo com referido especialista. Comparando-as, pode-se verificar que há sobre o termo conceituações complementares e outras até contraditórias, estando todas elas atreladas a atributos pautados em valores e princípios.

Pois bem, inicie-se a abordagem conceitual da justiça restaurativa. O professor Howard Zehr (2012), um dos especialistas pioneiros nos estudos sobre justiça restaurativa, em seu livro "Trocando as lentes: Um novo foco sobre o crime e a justiça", publicado em 1991, aborda que a justiça restaurativa pode ser caracterizada como um paradigma, uma lente por meio da qual se compreende, sob uma dada perspectiva, a realidade que envolve um fenômeno.

Pertinente ressaltar que Zehr registrou os seus posicionamentos acerca da justiça restaurativa, visando à convivência pacífica em sociedade, em virtude de sua indignação com o sistema criminal de justiça norte-americano. Sobreleva anotar que, para o aludido professor, a justiça deveria ser sedimentada em decisões não só punitivas como também restauradoras, de modo que fossem criadas oportunidades para a reconstrução das identidades dos envolvidos no conflito.

Nesse giro e desdobrando a ideia de Zehr, observa-se uma necessidade de avaliação de contextos específicos para um melhor entendimento das situações conflituosas. Denote-se que, em regra, não é o meio mais adequado a aplicação de conhecimentos jurídicos em sua modelagem abstrata e universal aos casos fáticos. Pinto (2007) tem uma ideia semelhante, visto que, para o autor, a justiça restaurativa não se amolda ao modelo conceitual padronizado do senso comum jurídico, devendo ser observada por prismas peculiares ao quadro concreto.

Para o psicólogo e professor criminologista belga Walgrave (2008, p. 21), a justiça restaurativa "é uma opção para fazer justiça após a ocorrência de uma ofensa que, em primeiro lugar, está orientada para reparar o dano individual, relacional e social causado pela ofensa".

Sob esse prisma, o laureado Zehr (2012) explicita que a justiça restaurativa visa a reparar os danos ocasionados e a conciliar as partes, envolvendo não só as partes diretamente envolvidas como também a comunidade, visto que o ato inquinado pode trazer reflexos no meio social.

Conforme enfatizado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (2013), a Justiça Restaurativa consiste em um método de aprendizagem cooperativa, baseada em práticas ideológicas multiculturais, destacando os valores e os princípios presentes no seio social. Outrossim, ela busca, por meio de ferramentas e habilidades pautadas em diálogo, em comunicação não-violenta e em reuniões restaurativas e reconstrutivas, reduzir e prevenir conflitos.

O Ministério Público do Estado de São Paulo (2013) sustenta que a justiça restaurativa aumenta, por meio de práticas restaurativas, a conscientização dos indivíduos, inseridos em uma ambiência de conflito, sobre preceitos e valores éticos e sociais que promovam o diálogo, a solidariedade, a inclusão, a conexão, a cooperação e a harmonia na resolução dos conflitos. Nesse ângulo, os envolvidos encaram os conflitos como oportunidades de mudanças e de aprendizagem. Ressalte-se, por relevante, que tais práticas abrangem um conjunto de procedimentos que buscam desenvolver laços sociais, identificar necessidades não atendidas e restaurar a harmonia entre as partes.

De acordo com Boonen (2011), quando se trata de justiça restaurativa, deve-se partir de uma perspectiva temporal delineada no momento presente para a busca de soluções pacíficas e não de uma visão de períodos passados em que se concentra a necessidade de punição e de retribuição ao caso concreto. Para a autora, as técnicas da justiça restaurativa preceituam uma atuação dos envolvidos mais horizontal e pluralista sob a esfera da situação conflituosa. Nessa linha, busca-se o entendimento da origem ou da causa do conflito por meio da apreciação de preceitos e valores específicos, de modo que se avalie os parâmetros da justiça sob o enfoque de cada envolvido no conflito.

Melo, Ednir e Yazbek (2008) explicam que a justiça restaurativa está atrelada à justiça social, uma vez que, para se garantir a implementação apropriada do modelo de justiça restaurativa ao caso concreto, deve-se ter em mente o caráter interpessoal nas relações entre os envolvidos e o envolvimento social decorrente da comunidade. Diante disso, constata-se a necessidade de uma maior compreensão das temáticas sociais que assolam a sociedade com vistas à seleção de propostas e ações que previnam ou atenuem os conflitos.

Maia (2018) dispõe que as concepções de justiça se vinculam a uma experiência de atuação coletiva ou individual, pautada por princípios como o respeito, a responsabilidade e o relacionamento. Relata ainda que as práticas restaurativas consistem em um conjunto de procedimentos de restauração da eficácia dos princípios formadores da justiça. Para o autor, tais práticas são implementadas quando se está diante de um fenômeno conflituoso permeado por desrespeito, desunião e irresponsabilidade.

Por derradeiro, observa-se a dificuldade de se estabelecer uma conceituação para justiça restaurativa. Assim como o termo “justiça” é carregado de significados, a expressão “justiça restaurativa” apresenta-se com um valor semântico complexo, tendo em vista o seu uso em diversos campos do conhecimento. Porém, pode-se sublinhar que a justiça restaurativa compreende um conjunto de técnicas, estratégias e procedimentos aplicados sobre o caso fático, ou seja, o dano e as partes envolvidas, visando à solução pacífica dos conflitos existentes.

3. BREVE PANORAMA HISTÓRICO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Sabe-se que os conflitos integram a natureza humana. Para solucioná-los, o ser humano deve empregar técnicas e estratégias que visem a uma melhor compreensão sobre os fenômenos conflituosos. Nessa esteira, o ser humano consegue administrar os seus conflitos e trazer à baila forças de aprendizagem e crescimento social.

Sobreleva registrar que, no século XX, houve o fortalecimento de muitos movimentos nas searas política, social e cultural. Por exemplo, desenvolveram-se movimentos de cunho feministas, étnicos e de orientação sexual, entre outros, no seio social.

Nesse sentido, diante de um cenário de uma gama de mudanças, pluralidades e conflitos, o papel do Poder Judiciário na resolução das demandas interpessoais se mostrou cada vez mais necessário, visto que houve uma maior busca pela implementação da justiça nos casos concretos.

Devido a toda essa conjuntura, o eminente Zehr (2018) versa que a justiça restaurativa surgiu na década de 1970 objetivando a correção de fraquezas do sistema jurídico ocidental. Nesse contexto, começou-se a verificar uma maior preocupação com as vítimas e suas necessidades e uma pretensão de responsabilizar, verdadeiramente, os infratores a ponto de eles reconhecerem e repararem o dano gerado em uma situação conflituosa.

Suares (1999) cita que a arbitragem e a mediação de conflitos, consistente na busca pela cultura do diálogo, da paz e do respeito interpessoal e baseada na justiça restaurativa, surgiu, nos âmbitos privado e público, a partir da segunda metade do século XX nos Estados Unidos da América. Sob esse prisma, MCCOLD (2001) registra que, na Califórnia, entre outros Estados, há uma fase obrigatória de solução pacífica dos conflitos, que ocorre antes do julgamento realizado pelo Poder Judiciário. Note-se também a fundação em 1971 do *Institute for Mediation and Conflict Resolution* em Manhattan na cidade de New York, que estabeleceu técnicas de mediação criminal.

Por oportuno, Armstrong (2007) explicita que, nos EUA, uma gama de conflitos nas searas cíveis e criminais, são solucionados por meio de procedimentos de mediação, conciliação e arbitragem realizados por agências privadas ou especialistas do ramo, com reduzidos custos de honorários.

Liebmann (2007) consigna que, no Canadá, as metodologias centradas na justiça restaurativa foram inseridas, inicialmente, na resolução de conflitos no meio extrajudicial, desde 1974. Contudo, somente a partir dos anos 1995, a justiça restaurativa foi utilizada no país, de forma mais alargada, em vários ramos do Direito.

Anota Ministério Público do Estado de São Paulo (2013) que a justiça restaurativa advém do campo da justiça criminal tendo como pilares as práticas restaurativas oriundas de comunidades indígenas, sobretudo as do Sudeste Asiático e as do Canadá. Ademais, com supedâneo em estudos concluídos em comunidades autóctones, os autores Barton (2003) e Dayly e Hayes (2001) apontam que a Justiça Restaurativa tem a sua origem na Nova Zelândia e Austrália.

Disserta Boonen (2011) que a mediação surgiu na Inglaterra a partir do início dos anos de 1970. No referido país, as técnicas em justiça restaurativa englobavam 2 (dois) setores: o público e o privado. No público, a justiça restaurativa era utilizada como instrumento de suporte ao Poder Judiciário. Já no privado, a justiça restaurativa era empregada em serviços de caráter social.

No contexto da América Latina, Boonen (2011) sustenta que a Argentina foi o país que iniciou a prática de técnicas fulcradas em justiça restaurativa. Como exemplo, a autora sublinha a institucionalização, por meio de corpo de especialistas, da mediação como ferramenta alternativa de solução de conflitos pelo Poder Executivo argentino em 1992.

Sobre a temática, relevante pontuar que a Organização das Nações Unidas (ONU) revelou a essencialidade da utilização de instrumentos de mediação e justiça restaurativa na solução de conflitos criminais quando editou a Resolução nº 1999/26, de 28/07/1999, a Resolução nº 2000/14, de 27/07/2000, e a Resolução nº 2002/12, de 24/07/2002. Todos esses atos promoveram uma maior consolidação de elementos práticos e teóricos alusivos à justiça restaurativa na solução de conflitos.

Explicita Maia (2018) que, no Brasil, foi dada a devida importância à justiça restaurativa quando editado o Decreto nº 7.037, de 21/12/2009, que aprovou o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3). Nesse diploma jurídico, verificou-se a necessidade de priorizar a solução dos conflitos mediante práticas restaurativas. Sob esse giro, somente em último caso, dever-se-ia utilizar práticas de restrição de liberdade

(encarceramento). A partir daí, diversas ações nacionais e regionais foram sendo promovidas no País para materializar as práticas da justiça restaurativa.

Deve-se salientar, por relevante, que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 154, de 13/07/2012, que fortaleceu a utilização das ferramentas da justiça restaurativa. Ademais, importante consubstanciar que o CNJ editou a Resolução nº 225, de 31/05/2016, a qual dispõe sobre a política nacional de justiça restaurativa no âmbito do Poder Judiciário com enfoque em projetos e em medidas restaurativas.

Atualmente, o cerne da justiça restaurativa está se espalhando por diversos campos. Nessa esteira, Maia (2018) cita que as estratégias e as ferramentas da justiça restaurativa são utilizadas na solução de conflitos bélicos, escolares, raciais, religiosos, de gênero etc., o que dá suporte ao caráter multifacetado de utilização da justiça restaurativa na solução de conflitos.

4. VETORES DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Preliminarmente, curial realçar que a justiça restaurativa se norteia na resolução dos conflitos a partir da análise do dano causado e das relações interpessoais e comunitárias observadas entre os envolvidos. Sendo assim, as suas técnicas transcendem, no tocante aos fins, a utilização burocratizada de regras abstratas ou conceituais presentes no arcabouço jurídico-constitucional.

Em seus estudos, Zehr e Mika (1998) explanaram os vetores intrínsecos da justiça restaurativa, os quais revelaram a ampla abrangência do ramo em apreço. Passa-se a expô-los, resumidamente, com adaptações delineadas por Dick e Malacarne (2014).

O primeiro vetor consiste em focar nos danos causados e não nas leis infringidas.

O segundo vetor assenta que se deve mostrar, de forma igualitária, preocupação e compromisso com as partes envolvidas no conflito (vítimas e ofensores), inserindo-as no processo de produção da justiça.

O terceiro vetor descreve que se deve trabalhar pela recuperação das vítimas, de modo a emponderá-las e a atender as suas necessidades.

O quarto vetor se pauta no apoio aos ofensores, de modo que os incentive a compreender, aceitar e cumprir suas obrigações.

O quinto vetor consigna que se deve reconhecer que as obrigações não devem ser impostas aos infratores como castigo e devem ser exequíveis.

O sexto vetor evidencia que se deve proporcionar, se for conveniente, oportunidades para um diálogo direto ou indireto entre vítimas e ofensores.

O sétimo vetor ressalta que se deve envolver e capacitar a comunidade afetada pelo conflito, além de aumentar sua capacidade de reconhecer e responder às suas causas.

O oitavo vetor versa que se deve estimular a colaboração e reintegração de vítimas e ofensores, em vez de coação e isolamento.

O nono vetor evidencia que se deve dar atenção às consequências não intencionais e indesejadas das ações e programas de práticas de justiça restaurativa.

O décimo vetor preceitua que se deve respeitar todas as partes envolvidas, direta ou indiretamente, no conflito, tais como vítimas, ofensores e operadores jurídicos.

Realizando uma apertada discussão sobre os aludidos vetores, observa-se que a justiça restaurativa parte da perspectiva de restauração de um dano gerado pelo ofensor à vítima e à comunidade, na forma indireta. Ancora-se em metodologias que permitem entender o perfil comportamental dos envolvidos e, assim, possibilitar que eles compreendam o conflito, dialoguem, quando pertinente, engajem-se e busquem uma solução pacífica para o caso. Nessa linha, o ofensor deve compreender as consequências de seus atos, ser responsabilizado por eles e cumprir as obrigações no tocante à restauração ou correção do dano. Já no tocante aos afetados, geralmente a vítima, em uma visão mais direta, e a sociedade, numa perspectiva indireta, devem ser apreciadas as suas necessidades, de modo a satisfazê-las exitosamente, a empoderá-las e a capacitá-las, objetivando a prevenção de novos litígios.

Por derradeiro, a justiça restaurativa se enraíza em princípios atinentes à solidariedade e à reintegração na sociedade, afastando-se, por conseguinte, o isolamento e a coação dos indivíduos inseridos no contexto litigioso.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho visou realizar um estudo abrangente acerca das características do modelo de justiça restaurativa. Nesse sentido, foram abordados: - os principais elementos balizadores da justiça restaurativa, por meio dos quais foi demonstrada a multiplicidade de significados do termo “justiça” e foram apreciadas a conceituação, a estrutura e a finalidade do modelo de justiça restaurativa; - um breve panorama histórico da justiça restaurativa, no qual foram evidenciados os elementos indiciários da origem da justiça restaurativa, sobretudo dos Estados Unidos da América e do Brasil; e - os vetores informadores da justiça restaurativa.

Constatou-se que o objetivo do trabalho foi alcançado e que a temática sobre justiça restaurativa tem especial importância no tocante à solução dos conflitos, visto que ela se consubstancia em procedimentos e estratégias práticas e efetivas aplicadas no cenário conflituoso que permitem entender as especificidades de suas partes envolvidas, sobretudo no que tange aos aspectos psicológicos e emocionais. Ademais, com a utilização das práticas restaurativas, obtém-se, quando oportuno, uma maior aproximação entre as partes, de modo a valorizar os direitos atrelados à dignidade humana no processo de solução de conflitos.

Nesse contexto e considerando todos os seus fundamentos atinentes à solidariedade, à responsabilidade, à reintegração e ao respeito mútuo, a justiça restaurativa revela-se como um relevante instrumento alternativo de resolução de conflitos sociais, além de poder ser utilizado em meio extrajudicial, reduzindo a demanda excessiva do Poder Judiciário. Outrossim, basilar consignar que a justiça restaurativa tem como pilar o empoderamento comunitário, pois a conscientiza da necessidade de reparação do dano provocado pelo ofensor no âmbito do conflito e da recomposição das relações sociais, além da importância da capacitação dos indivíduos com vistas à redução de litígios no meio social.

6. REFERÊNCIAS

ARMSTRONG, David. **Resoluções Alternativas de Disputas**: a experiência americana em arbitragem e mediação. 2007. Disponível em: <<https://esmec.tjce.jus.br/palestra-com-o-tema-resolucoes-alternativas-de-disputas-a-experiencia-americana-em-arbitragem-e-mediacao-david-t-armstrong/>>. Acesso em: 2 abr. 2021.

BARTON, Charles K. B. **Restorative Justice**: the empowerment model. Sydney: Hawkins Press, 2003.

BOONEN, Petronella Maria. **A Justiça Restaurativa, um desafio para a educação**. Tese (Doutorado em Educação. Área de Concentração: Sociologia da Educação). Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo. São Paulo, 260 p. 2011.

DAYLY, Katheleen; HAYES, Hennessy. **Restorative Justice and Conferencing in Australia. Trends and Issues in Crime and Criminal Justice**. 2001. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/29455339_Restorative_Justice_and_Conferencing_in_Australia>. Acesso em: 13 mar. 2021.

DICK, Vera Lucia; MALACARNE, Vilmar. **Justiça Restaurativa e Círculo da Paz**: combatendo a violência com o cuidado. 2014. Disponível em: <http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/cadernospde/pdebusca/producoes_pde/2014/2014_unioeste_hist_artigo_vera_lucia_dick.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2021.

LIEBMANN, Marian. **Restorative justice**: how it works. London: Jessica Kingsley Publishers, 2007.

MAIA, Diego Dall' Agnol. **A ideia de uma justiça restaurativa**. Revista Âmbito Jurídico. ISSN 1518-0360, ano 2018, n. 169. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-169/a-ideia-de-uma-justica-restaurativa/>>. Acesso em: 2 abr. 2021.

MCCOLD, Paul. **Primary restorative justice practice**. In: MORRIS, Allison; MAXWELL, Gabrielle. Restorative Justice for Juveniles. Conferencing, Mediation and Circles. Oxford: Hart, 2001.

MELO, Eduardo Rezende; EDNIR, Madza; YAZBEK, Vania Curi. **Justiça Restaurativa e comunitária em São Caetano do Sul**: aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover a cidadania. São Paulo: Cecip, 2008.

Ministério Público do Estado de São Paulo. **Curso de introdução à justiça restaurativa para professores mediadores escolares e comunitários – Manual prático**. 2013. Disponível em: <<http://www.educacao.sp.gov.br/spec/wp-content/uploads/2013/02/Manual-Prático-de-Justiça-Restaurativa-Ministério-Público.pdf>> Acesso em: 2 abr. 2021.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça Restaurativa. O paradigma do encontro**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1496, 6 ago. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10238>>. Acesso em: 2 abr. 2021.

SUARES, Marinés. Mediación. **Conducción de disputas, comunicación y técnicas**. Buenos Aires: Paidós Mediación, 1999.

WALGRAVE, Lode. **Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship**. Portland: Willian Publishing, 2008.

ZEHR, Howard; MIKA, Harry. **Principles of Restorative Justice. Signposts of Restorative**. 1998. Disponível em: <<https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/cj-jp/victim/rest.html>> Acesso em: 30 mar. 2021.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. São Paulo: Palas Athena Editora, 2012.

ZEHR, Howard. **Restorative Justice? What's that?** 2018. Disponível em: <<http://zehr-institute.org/what-is-rj/>>. Acesso em: 4 abr. 2021.

O DIREITO COMO SUBSISTEMA FUNCIONAL DA SOCIEDADE MODERNA

CAROLINE LIMA DOS SANTOS:

Advogada trabalhista, especialista em direitos fundamentais, mestranda em filosofia do direito

Resumo: O presente artigo possui como finalidade de resgatar a compreensão de Niklas Luhmann e sua contribuição por meio da teoria dos sistemas, onde analisaremos o direito como um subsistema funcional na atual sociedade contemporânea e moderna, realizando uma contraposição com a teoria da ação comunicativa de Habermas, de forma a apresentar a melhor aplicabilidade teórico-prática para o contexto apresentado.

Palavras chaves: Niklas Luhmann, teoria dos sistemas, sociedade moderna.

Abstract: The purpose of this article is to rescue Niklas Luhmann's understanding and his contribution through systems theory, where we will analyze law as a functional subsystem in today's contemporary and modern society, making a contrast with Habermas's theory of communicative action, in order to present the best theoretical and practical applicability for the presented context.

Keywords: Niklas Luhmann, systems theory, modern society.

INTRODUÇÃO

Com os avanços tecnológicos e as diversas críticas sociais que abarcam a sociedade contemporânea, a qual está em constante mudança, é de se esperar que haja anseios para transformações, fato é que as mudanças estão presentes no contexto do direito, e do sistema social como um todo.

Para tanto, o filósofo Niklas Luhmann analisa as mudanças de sociedade moderna supercomplexa, que de certa forma necessitam serem analisadas de dentro do complexo entendimento e compreensão da sociedade, buscando uma capacidade de produzir comunicações eficazes em face de uma sociedade moderna tecnológica que dialoga frente ao tempo que muitas vezes se aparenta curto e imediatista.

Luhmann em sua vasta pesquisa, propõe uma teoria geral da sociedade, que se encontra marcada por duas fases predominantes, num primeiro momento estuda por meio da diferenciação entre o sistema e o meio ambiente (social e não de ambiente natural a se compreender), sendo esta a teoria de sistemas funcional-estrutural. Num segundo momento, encontra-se o estudo dos sistemas autopoieticos.

No presente artigo, tem-se por base a compreensão do sistema autopoiético, o qual dentre tantos, o direito torna-se apenas mais uma parte integrante do todo, possibilitando assim como se dará o direito estritamente como subsistema funcional da sociedade moderna.

A sociedade moderna dinâmica busca por alternativas a resolução de conflitos, conseqüentemente, enseja inovações jurídicas. No entanto, sendo um sistema complexo, ele próprio apresenta resistência e dificuldades para alterações, inovações. Isto porque, analisando de forma panorâmica e inserindo a teoria dos sistemas, nota-se que não há comunicação automática e facilitada com outros sistemas, o econômico, social, político.

Para além de apresentar brevemente a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, o presente artigo analisará a teoria dos sistemas sociais do autor, bem como a diferenciação de seu pensamento com o crítico Habermas, ao qual fundamentará e trará como base a análise do direito como um subsistema da sociedade moderna contemporânea.

Teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann

Niklas Luhmann, nascido em Luneburgo, durante a segunda guerra mundial no auge dos seus 18 anos, foi convocado para Luftwaffe, a força aérea alemã, sendo preso em pouco tempo pelos aliados. Após a sua libertação em 1946 ingressou no curso de Direito da Universidade de Freiburg, finalizando-o em 1949, iniciando sua carreira como funcionário público. No ano de 1961 iniciou o curso de Sociologia na Universidade de Harvard nos Estados Unidos, onde teve seu primeiro contato com a teoria dos sistemas de Talcott Parsons, a qual evidentemente trouxe grande influência na construção de sua própria teoria publicada pela primeira vez em 1964 intitulado como "*Funktionen und Folgen Formaler Organisation*"⁷⁵.

Em 1965 ingressou na Universidade de Münster no curso de Sociologia Política onde iniciou sua carreira universitária finalizando seu doutoramento em 1967, passando a lecionar na sociologia na Universidade de Bielefeld ao qual lecionou até sua aposentadoria em 1993, porém prosseguiu com os trabalhos acadêmicos até seu falecimento em 1998.

Para muitos doutrinadores, Luhmann é considerado como o principal filósofo da teoria dos sistemas do século XX, onde muito embora fosse formado em direito e sociologia sua vasta vida acadêmica abarca grandes obras, encontrando campo no direito, sociologia, religião, economia, pedagogia, dentre outros temas.

75 Tradução: Função e conseqüências da organização formal

Ressalta-se que o autor dedicou sua vida à teoria dos sistemas, fato é este que iniciou a obra "Teoria da Sociedade" em 1984 e a finalizou em 1998, ano de seu falecimento. Além disso, construiu debates profundos com Parsons e Habermas.

Compreender a bibliografia de Luhmann torna-se necessária para compreensão da evolução de sua teoria, que se trata muito além da obra de sua vida, demonstrando sua passagem da Alemanha Nazista e o dever (ou obrigação) de lutar pelo país, sendo preso pelos aliados, levando-o a questionar e a trazer o *minus* aos estudos sociais e de direito, pela crença de que esta era uma das saídas para evitar novas políticas totalitaristas.

Luhmann, preocupa-se com a complexidade do mundo e da sociedade, para tanto sua teoria dos sistemas procura evitar tal complexidade propondo, de certa forma, sua redução, que ainda que seja complexo, é possível de destacar os limites e seu entorno.

Nota-se a complexidade da teoria de Luhmann quando há mais possibilidades do que se pode realizar em dado momento, fato é este que o autor demonstra em sua obra que o sistema não possui uma estrutura imutável que enfrente em ambiente complexo, mas sim a transformação de subsistemas onde cada um desses criados dentro do sistema tem o seu entorno, não havendo agente externo necessário para sua modificação, mas ele próprio o faz suas modificações para adaptação ao sistema.

Assim, o sistema não tem uma estrutura imutável que enfrenta um ambiente complexo, a simples razão pela evolução de seu sistema é a sobrevivência à complexidade do ambiente em que, paulatinamente em certos setores, e de forma abrupta em outros, depara-se com novas possibilidades por diversas vezes incertas, provocando a imprevisibilidade.

Um dos pontos fundamentais da teoria de Luhmann é que: ao tempo em que os subsistemas sociais constituem entornos uns para os outros, a estrutura de relações entre eles define a própria forma como a sociedade organiza suas comunicações. E o aumento da complexidade sistêmica é o elemento que promove a diferenciação da sociedade.

Muito embora em muitos estudos de diversos autores, a teoria dos sistemas de Luhmann não pretende ignorar o indivíduo, mas o eleva a uma compreensão social, que por meio da comunicação, juntamente com a ação categoriza o comportamento humano, por meio da complexidade do ambiente em que se encontra, adquirindo assim um sentido social, trazendo por muitos contextos a atualidade. Porém é necessário destacar que, tal atualidade, não necessariamente se revestirá em uma possibilidade simbólica, ao passo que compreende-se pela complexidade.

A complexidade do mundo não permite orientar ações e vivências, somente a redução da complexidade dota o mundo de sentido. É isso que fazem os sistemas sociais.⁷⁶

Compreendendo assim, a teoria dos sistemas, resumidamente, em seu objetivo central, haja vista a análise da sociedade em si, com o olhar objetivo para as questões sociais e não individuais, é de suma importância sua compreensão para o objetivo do presente artigo ao qual visa demonstrar o direito como subsistema que se relaciona com os demais subsistemas sociais e com a sociedade e o ambiente desta como um todo.

O direito como subsistema social

Conforme supracitado, o direito, dentro da teoria dos sistemas, se apresenta como sendo um subsistema, onde de forma positivada, remete à decisão tanto o estabelecimento quanto a validação do direito.

De maneira limítrofe, o direito é um subsistema, fundado no código lícito e ilícito e em programas condicionais, que desempenham uma função específica no bojo da sociedade moderna. Sendo a sociedade é entendida como sendo o ambiente do subsistema jurídico.

A articulação binária imposta, possibilita que o direito em si se destaque e diferencie dos demais subsistemas, delimitando as interferências no ambiente através dos tempos e das gerações, impossibilitando de forma negativa ou positiva, a sua mutação pela sociedade. É por óbvio que o direito é mutável, mas aqui se faz a reflexão da base do direito, de seus princípios, sendo estes muitas vezes intangíveis, internalizando assim somente questões pertinentes ao termo binário lícito ou ilícito, se mantendo operacionalmente delimitado, possibilitando o sistema como um todo pela sua evolução e segurança jurídica sem que perca a função normativa.

No sentido temporal, o direito tem que ser institucionalizado como sendo modificável, sem que isso limite sua função normativa. Isso é possível. A função de uma estrutura não pressupõe uma constância absoluta, mas apenas exige que a estrutura não seja problematizada nas situações por ela estruturadas. Isso permite que em outras situações (em outros momentos, para outros papéis ou outras pessoas) ela se torne objeto de decisão, ou seja, variável. O que é necessário é apenas uma delimitação claramente perceptível e firmemente institucionalizada, que destaque essas situações. A

76 BACHUR, João Paulo – A teoria de Sistemas de Niklas Luhmann – p. 6

positivação do direito consiste em um tratamento contraditório das estruturas com base na diferenciação dos sistemas (LUHMANN, 1985, p. 10).

Para tanto o direito precisa conciliar a sua função de estabilização das expectativas normativas por meio da regulação e da generalização congruentes nas dimensões temporal, social e material de sentido com a autopoiese dos demais subsistemas funcionais. Tais sistemas funcionais, compõe uma sociedade moderna, podendo somente operar dentro dos seus próprios limites, não podendo assim importar do seu ambiente as estruturas e os elementos que os constituem.

Somente o direito moderno positivado pode ser caracterizado como um subsistema autorreferencial e autopoietico, detentor de uma função específica e fundado em um código próprio e em programas condicionais de decisão. Assim sendo a positividade significa que a decisão, mesmo se vier a alterar radicalmente o Direito, receberá o seu significado normativo do próprio sistema jurídico.

Um caso especial desse desafoamento merece considerações especiais: o desafoamento da atenção e da responsabilidade com respeito às consequências da decisão. É necessário reconhecer que o estilo da decisão jurídica submetida a programações condicionais implica necessariamente que junto com o "se" estatui-se também o "então", aceitando suas consequências sem calculá-las ou valorá-las (LUHMANN, 1985, p. 31).

Assim sendo, considerar o sistema jurídico de direito em sua globalidade, passa a análise e noção de autopoiese que passa a constituir o cerne do conceito de positividade.

A diferenciação funcional do sistema social e a positividade do direito seriam convergentes nesse traço básico de complexidade e contingência superdimensionadas, ou seja, no que concerne a uma sobrecarga que a sociedade se autoimpõe e que desencadeia processos seletivos internos ao sistema jurídico.

Assim sendo, muito embora a visão do direito com a sua função sociointegradora, advinda de Habermas, Luhmann, tem um olhar questionador que realmente é importante ser integrada a sociedade porém com os questionamentos de se tal instrumento de implementação é viável.

Debate entre Luhmann e Habermans

Delimitado a teoria de Luhmann, destaca-se Jürgen Habermas também é um filósofo e sociólogo alemão, sendo um dos membros mais importantes da Escola de Frankfurt, possuindo como uma das obras mais importantes de sua carreira a "Teoria do

agir comunicativo”, onde aborda a teoria crítica, apenas de inúmeras divergências com outros autores, como por exemplo com Niklas Luhman.

Tal autor demonstra-se de suma importância a sua análise comparativa de pensamentos filosóficos e sociológicos, uma vez que deu início o debate entre Habermas que Niklas Luhmann iniciou sua teoria sociológica alemã, argumentando o comprometimento moral com a emancipação prejudica, ou poderia prejudicar, a elaboração de um diagnóstico escorregado da sociedade, o qual deveria ser obtido por uma teoria de sistemas funcionais.⁷⁷ Para tanto as discussões que adviriam de tal oposição onde pode-se até dizer, uma polarização dos pensamentos.

Pois bem, entre o debate dos filósofos, de maneira a contextualizar visivelmente maior possibilidade de compreensão, passa a análise de quadro comparativo.

	Jürgen Habermas	Niklas Luhmann
Direito	Mediação entre o plano dos sistemas	Subsistema social regime de lícito e ilícito
EVOLUÇÃO DO DIREITO	Desenvolvimento da consciência moral	Passagem do direito arcaico ao direito das culturas avançadas pré-modernas e, em seguida, ao direito positivo.
FUNÇÃO DO DIREITO	Articulação entre o mundo da vida e o plano dos sistemas	Estabilização contrafática de expectativas normativas
DIREITO E POLÍTICA	O direito positivo serviria à política como meio de organização e imposição do poder do estado e a política	Subsistemas encontram-se acoplados estruturalmente pelas constituições

⁷⁷ Bachur p. 3

JUSTIÇA	Não possibilidade de associação à conteúdos substantivos necessidade da construção de procedimentos de argumentação racional	Trata-se de um mecanismo que permite obter a melhor consistência interna do sistema diante das exigências do ambiente
---------	--	---

Da contraposição do entendimento dos dois autores podemos delimitar a seguinte compreensão. Para Luhman o direito passa de uma simples regulação de conflitos, mas sim a sua imposição em face da sociedade.

Entende-se que de certa forma para estabilizar as expectativas de regulação do direito, o mesmo tem que interferir, influenciar ou até mesmo irritar de forma a regular ou positivar, criticando o entendimento de Habermas, demonstrando assim que Luhman é bem crítico em impor e ressaltar muito que o direito, muito embora depender da sociedade, ele deve mesmo que ele sempre deve se prevalecer.

Os avanços da sociedade moderna e a aplicabilidade do subsistema funcional

Face a compreensão entre ambos os pensamentos, podemos delimitar que poderia o Direito impor suas autodescrições aos demais subsistemas de modo a pretender regulá-los, se também tais subsistemas detêm códigos específicos a partir dos quais definem sua unidade e reduzem a complexidade do seu ambiente que, ademais, inclui o próprio Direito.

Para tal fato, no entendimento de Luhmann o direito pode ser concebido como um subsistema autorreferencial e autopoietico do sistema social global. Sendo em panorama geral a análise podemos delimitar:

- a) Auto-observação dos sistema jurídico (jurista para jurista);
- b) Observação externa sobre o direito (análise do sociólogo substitui a do jurista)
- c) Teoria Geral da Sociedade.

Assim, como conceitos fundamentais para análise do direito como sistema funcional da sociedade moderna, as expectativas devem ser tratadas a partir das três dimensões de sentido, sendo estas a temporal, social e material.

No que tange ao Direito, Luhmann o define como sendo uma estrutura do sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas nas três dimensões de sentido, sendo a norma seria uma forma de estruturação

temporal das expectativas que consistiria em fixar uma dada expectativa normativa que se mantém mesmo contra a situação que a decepcione.

Já os mecanismos de absorção das frustrações são diversos, passando ao sistema de certa forma de ignorar a violação da norma até o mecanismo da sanção em dimensão temporal, por diversas formas de institucionalização das expectativas pelo procedimento e contrato

Assim a sanção abrange a dimensão temporal, já o consenso fictício abrange uma dimensão social através de programas decisórios condicionais, pela dimensão material utilizando-o formas de absorção das frustrações das expectativas.

Tal análise resulta de uma evolução jurídica que acompanha a evolução social, dentro da evolução e diferenciação funcional do direito, pela positivação e diferenciação funcional, havendo uma passagem de um direito socialmente difuso para um direito que se apresentará como subsistema diferenciado (caráter mutável e fundamentado por decisões), advindo de um direito como subsistema autorreferencial e autopoietico que compõe o sistema social global (sociedades funcionalmente diferenciadas).

Desta feita, as características constitutivas do direito como sistema autopoietico possuem Relação ambígua entre direito e sociedade, onde a sociedade seria o ambiente o direito e, por outro lado, todas as operações do direito se efetuam na sociedade que no caso só existe direito na sociedade.

Já o homem não é uma realidade indiferente para o direito, uma vez que sendo ambiente, ainda que extrassocial, é parte da forma que tem por lado interno direito por meio de críticas que buscam enfatizar o perfil desumanizador de um direito concebido como subsistema de uma sociedade sem homens não merecem guarida, pois simplesmente desconsideram o fato de que o direito está estruturalmente acoplado aos sistemas psíquicos mediante o meio da linguagem.

Assim, as operações por meio das quais o sistema jurídico produz e reproduz seus elementos são uma forma de comunicação sendo ela a comunicação jurídica.

Para que ocorra, assim, a diferenciação e o fechamento do sistema do direito, é necessário, também a especificação da função do Direito (orientação em direção a um sistema social específico), a codificação binária do sistema (lícito/ilícito) que lhe garante a própria autopoiese do sistema, porque permite classificar as condutas como estando em acordo ou desacordo com o direito.

O direito como sistema fechado normativamente e aberto cognitivamente onde ele próprio barra as expectativas normativas, sem se isolar do ambiente. O programa condicional, necessário à abertura cognitiva, exige que as regras normativas da decisão se formulem de tal maneira que seja possível uma dedução acerca dos fatos ("presente a realidade 'a', então a decisão 'x' é conforme o direito). Assim, o Direito pode desempenhar a sua função de estabilização contrafática de expectativas normativas.

Por fim, isso possibilita uma canalização que preserva a autonomia do sistema jurídico com sistemas externos como a sociologia, onde integra uma sociedade moderna.

CONCLUSÃO

O presente artigo demonstrou por base que o direito é abordado como direito positivo na sociedade moderna, cuja análise se dá por meio do funcional-estruturalismo, delimitado a compreensão da sua aplicabilidade para uma sociedade contemporânea moderna, onde frequentemente a teoria de Luhmann pode-se amparar e também contrapor a de Habermas, uma vez que o autor analisa com afinco a sociedade comunicativa por meio de suas teorias.

Para tanto, ao analisar a teoria dos sistemas, muito embora amparada de uma forma positiva, encontra-se a possibilidade de analisar e reduzir a complexidade social por meio da análise autopoietica, contribuindo para a base de um sistema jurídico dinâmico com respaldos e base para a adequação de uma sociedade moderna mutável.

Bibliografia

BACHUR, João Paulo – **A teoria de Sistemas de Niklas Luhmann** – Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 36, n. 2: 77-94, jul./dez. 2020

Bachur, João Paulo. (2010), **Às portas do labirinto: para uma recepção crítica da teoria social de Niklas Luhmann**. Rio de Janeiro, Azougue

FILHO, Willis Santiago Guerra - **Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna** - Porto Alegre, Liv. do Advogado, 1997.

LUHMANN, N. **O conceito de sociedade**. In: NEVES, C. B. ; SAMIOS, E. M. B. (Org.). **Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1997.

APORTES ACERCA DA LEI ANTIMANICOMIAL E O TRATAMENTO PENAL DA LOUCURA

JOÃO GUILHERME TOME PRADO:
Graduando em Direito-Centro
Universitário de Santa Fé do
Sul/UNIFUNEC

REGINA M. DE SOUZA⁷⁸
(orientadora)

RESUMO: O presente estudo se trata de um artigo de revisão, que tem como objetivo central, analisar e interpretar a produção científica acerca da Lei Antimanicomial e do tratamento penal direcionado aos transtornos mentais, que se constituem em transtornos da mente, ou seja, condições com repercussões de ordem psicológica ou psiquiátrica, que podem ser desencadeados por condicionamento genético ou fatores ambientes e que prejudicam a capacidade de autodeterminação do sujeito. Nesse sentido, aponta-se de que modo estão conceituadas as instituições totais, locais em que a subjetividade dos indivíduos está submetida a espaços fechados. Os manicômios judiciários, por sua vez, são instituições destinada a abrigar os criminosos diagnosticados com transtornos mentais e que ou são considerados inimputáveis ou estão em fase de julgamento. Nesses locais, os sujeitos são controlados e afastados da comunidade social, seja com o sentido de cura ou com a visão de proteção da sociedade contra os indivíduos internados. Busca-se estabelecer um paralelo entre esse conceito e os locais que no decurso do tempo foram dispostos como centros de controle das pessoas tidas como loucas. Assim, analisa-se o controle jurídico exercido pelos manicômios e asilos e o empenho em humanizar e dignificar o denominado tratamento penal da loucura.

Palavras-chave: Lei Antimanicomial. Loucura. Dignidade. Instituições Totais. Direito Penal.

ABSTRACT: The present study is a review article, seeking to analyze and interpret the scientific production about the Anti-Asylum Law and the criminal treatment of madness. In this sense, it is pointed out how total institutions are conceptualized, places in which the subjectivity of individuals is molded into closed spaces. In these places, the subjects are controlled and removed from the social community, either with a sense of cure or with a view to protecting society against interned individuals. It seeks to establish a parallel between this concept and the places that in the course of time were arranged as control centers for people considered crazy. Thus, we analyze the legal control exercised by

⁷⁸ Docente do curso de Direito Universitário de Santa Fé do Sul/UNIFUNEC, drareginamsouza@gmail.com

asylums and asylums and the effort to humanize and dignify the so-called penal treatment of madness.

Keywords: Anti-Asylum Law. Crazyness. Dignity. Total Institutions. Criminal Law.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo analisar a Lei Antimanicomial e os aportes do Direito Penal acerca do tratamento à loucura. Realiza-se a tarefa de investigar o decurso histórico do tratamento da loucura, com ênfase nas instituições totais, espaços destinados ao isolamento das pessoas com transtornos mentais. Analisa-se de que modo esses espaços modificam a subjetividade da pessoa e muitas vezes, no decurso da história, significaram a inclusão de práticas de tortura e desumanizantes em busca de uma cura ou de proteger a sociedade contra os indivíduos considerados loucos.

Considera-se o dever estatal em promover a paz e a segurança mediante o direito penal e, desse modo, consolidar instrumentos jurídicos que atuem em direção às pessoas com transtornos mentais que são implicadas em ações delituosas. Todavia, coloca-se como por força constitucional, as normas jurídicas no pós-1988 consolidam um tratamento humano, com ênfase nas medidas de segurança e na proibição de internação - exceto se por avaliação médica com a presença de laudos e em locais cujos parâmetros se adequem a dignidade e humanidade disposta constitucionalmente.

2 Controle Social no Direito Penal: as instituições totais e a hipótese da sociedade disciplinar

O conceito de "Instituições totais" abarca uma utilizada comum dentro da literatura sociológica, dinamizando-se com distintas terminologias. Desde um viés expansivo, a noção de instituições está demarcada pela característica de isolamento, faz menção ao senso físico, concreto, a algo fechado. Erving Goffman é o precursor dessa noção e coloca o caráter total dessas instituições como um limite das dinâmicas sociais com a sociedade. Nessas instituições vigoram proibições de saída, inclusive na própria arquitetura desses lugares, sendo edifícios que possuem portas fechadas, paredes altas, arame farpado, e florestas em seu entorno (PESTANA, 2014).

Nas instituições totais, com enfoque nas prisões, o objetivo de sua construção está no resguardo da comunidade social, não existe a preocupação central com o bem-estar das pessoas que estão internadas nesses lugares. Deve-se considerar que as prisões possuem a finalidade de resguardar a sociedade e não de se preocupar com a manutenção do recluso, de modo que isso provoca múltiplas situações conflituosas. Tem-se, nesse panorama, um cenário de tensão dentro da instituição total, utilizada como ferramenta de contenção do crime e resposta institucional ao agente que pratica a ação delituosa. Desse

modo, a pessoa internada é posta de forma antagonista com os indivíduos que compõe a administração do local e os que se encontram na sociedade (ROSA, 2018)

Em sua sociologia, Goffman, como expõe Rosa (2018), busca entender as ordens sociais específicas não em seus pontos superficiais, mas dispendo as instituições como locais dotados de um sentido sociológico próprio. As instituições totais se tratam de espaços sociais dotados de uma lógica social interna, figurando como estabelecimentos fechados atuantes em regime de internação ou aprisionamento.

Nesse escopo, identifica-se um conjunto de indivíduos que convivem integralmente em um mesmo local, mas que se encontram separados da comunidade social mais ampla - seja por um período ou por toda a vida. Esses locais são formalmente administrados, integram a totalidade de práticas da vida dos sujeitos que estão nesses locais, e as ações das pessoas ocorrem nesse espaço mediante o controle rígido de administradores. As instituições totais implicam uma microfísica do poder pautada por funções de autoridade e de submissão

O modo de controle e apresentação física das instituições totais, pontua Rosa (2018) de modo circular e transparente, implica que um número menor de agentes possa realizar as atividades de vigia de um número elevado de reclusos. Nos reclusos se exerce uma elevada pressão mental, considerando que os reclusos continuam a todo tempo dispostos sobre o olhar daquele que realiza a sua guarda, essa pessoa, por sua vez, observa sem ser percebido. Tem-se que a vigilância é sentida pelos reclusos, ainda que não possua alguém na torre central, visto que somente a força da mera ameaça de existência do local de vigilância, se desdobra em um senso de autovigilância dos internos.

As instituições totais, trata Pestana (2014) são caracterizadas por uma universalidade quanto ao tratamento. Isso significa que se observa a padronização e homogeneização das práticas humanas dos internos que estão em um estado de reclusão direcionado a uma "cura" ou "readaptação" para a vida em coletividade. Nesse sentido, destacam-se os hospitais psiquiátricos e outros espaços que praticam atividades semelhantes às instituições totais. O fundamento das instituições totais está em sua forma de funcionar e no modo como se modela a identidade dos reclusos visando responder às demandas da família, da comunidade social e da equipe administrativa.

Aponta-se que no século XX percebe-se o processo de consolidação e ao mesmo tempo de crise das instituições totais punitivas, tal como os cárceres e os manicômios. Ainda que se consolide uma estrutura punitiva ocidental, as instituições totais, no bojo do século XX, passaram a ganhar elevados questionamentos. Na Europa e nos Estados Unidos da América tem-se a noção de cárcere da modernidade disposta por Foucault associada à

revolução industrial, assenta-se o modelo capitalista e o surgimento das sociedades liberais-democráticas, tratam (FAVILLI E AMARANTE, 2018)

A prisão esteve associada a uma ideologia de inclusão das classes sociais mais desfavorecidas. A noção de cárcere na comunidade social, cujo enfoque se encontra na integração de sujeitos tradicionalmente na margem está posto com o direcionamento de disciplinar essas pessoas. Na atualidade, observa-se uma sociedade pautada na exclusão, desse modo, aprofunda-se os sentidos de marginalização da prisão (SANTOS, 2009).

Ressalta-se, como trata Pestana (2014) que as dinâmicas de poder interpostas pelas instituições totais se estendem fora dos muros da instituição, visto que curar e tratar implica em realizar ajustes e modelar o sujeito visto como pessoa doente. Desse modo, as instituições locais são apresentadas como locais de produção de subjetividades, ajustando-as aos moldes da organização social em voga. O que passa nas instituições totais ocorre mediante a assimilação a uma estrutura de serviço especializado e médico interposto por múltiplas técnicas que moldam as subjetividades, assim como práticas de deformação da realidade. Observa-se a prestação de serviços a pessoa é legitimado como essencial ao bem-estar do indivíduo, assim como a incapacidade, seja no grau que for, é disposta como um despreparo para a vida em liberdade, ao qual se demanda a submissão a um tratamento que justificaria a segregação da pessoa dentro das instituições totais.

No momento em que o interno é posto dentro do hospital ou do cárcere, pontuam Favelli e Amarante (2018) passa por um processo de "mortificação do eu" no qual a sua identidade pessoal é suprimida. Ocorre o enfraquecimento da autonomia da pessoa, seguida da ausência de manutenção de suas comodidades materiais, a perda do poder de decidir sobre a sua própria vida, ademais inúmeras práticas atinentes à instituição fechada.

Assim, a pessoa presa vivencia tensões no escopo do "mundo original", por um lado e de outro, o campo do "mundo institucional" mediante o estabelecimento de múltiplas técnicas de adaptação. Santos (2009), em seu livro *Manicômios, Prisões e Conventos*, dispõe as técnicas utilizadas no internado para a limitação e o enfrentamento de tensões, tal como o "afastamento da situação" em que o sujeito, que não pode manter a confiança nos seus companheiros devido a ausência de lealdade presente na instituição total, expressa uma desatenção e abstenção quanto as mínimas interações (SANTOS, 2009).

Ocorre que a prisão, disposta enquanto uma instituição total encaminhada à proteção da sociedade com relação aos sujeitos vistos como perigosos ao bom andamento da paz social, empreende ações de segregação do sujeito condenado, sem ater-se com seu bem-estar, empenhando-se nas demandas em um único espaço, cujas ações se dão na companhia de múltiplos outros sujeitos, de modo padronizado e mediante a vigilância de somente uma autoridade, reforçando a ausência de identidade do encarcerado. Considerando que o objetivo central do cárcere está em proteger a comunidade social, e

não possuindo a preocupação com a pessoa do recluso, observam-se múltiplas ocorrências de conflito e perda do "eu" do interno. Nesse quadro, tem-se a perpetuação do estigma e a perda de dignidade em um constante processo de inferiorização do apenado (ROSA, 2018)

Destaca-se também, como trata Favilli e Amarante (2018) a denominada "tática da intransigência", de viés temporário e típico relacionado com a fase inicial da internação. Nesse panorama, o paciente ou encarcerado de forma intencional rebate o espaço e as normas da instituição visto que se nega a práticas de cooperação. Tem-se, ainda, a ocorrência de "colonização", que é importante na redução das tensões nos mundos externo e interno da instituição, assim, enfoca-se a vida institucional enquanto algo desejável em vista das más experiências presentes no mundo externo. Sequencialmente, tem-se o momento da "conversão" no qual se estabelece um elevado entusiasmo pela instituição, nesse período o internado aceita a interpretação oficial e busca representar a função do internado em sua perfeição; até o momento de "imunização" onde se dá a naturalização da instituição total na vida do indivíduo.

Considerando tais disposições, a próxima seção analisa as contribuições do movimento antimanicomial no Brasil com ênfase na disposição dos asilos e dos manicômios como instituições totais no qual os indivíduos vistos como loucos eram isolados e apartados da vida social, assim como submetidos a situações de perda de dignidade.

2.2 As Contribuições do Movimento Antimanicomial no Brasil

O modelo manicomial tem origem no final do século XVIII, pautando o isolamento da pessoa como um dos seus fundamentos. Tal modelo está pautado no ato de afastar a pessoa tida como louca da convivência social, isolando-a da cidade, do trabalho, do lazer, da família, da cultura e da vida social. Inaugura-se o primeiro asilo de alienados mentais no ano de 1793, dispondo um novo campo da medicina denominado de medicina mental ou alienismo (AMARENTE E TORRES, 2016)

A proposta principal está no "isolamento terapêutico", base da tecnologia pineliana cujo enfoque se encontrava na cura da alienação mental. Desse período, advém a noção de que a loucura possui como lugar de destaque o hospício, dispondo a reclusão como detentora da função de resguardar a sociedade do sujeito tido como um louco. Fixa-se um duplo processo de isolamento baseado no desenvolvimento dos conhecimentos da medicina mental, que tem como efeito a consolidação da clínica psiquiátrica, e que aporta também as instituições manicomiais baseadas na máxima do isolamento para o conhecimento e no isolamento direcionado para o tratamento (SANTOS, 2009).

A loucura, pontua Pires e Resende (2016), está disposta e analisada de acordo com os momentos sociais, as situações políticas e os contextos culturais da humanidade. A loucura, em muitos momentos, pode ser apresentada em associação com os deuses ou como um castigo divino. A exclusão das pessoas consideradas loucas da esfera do meio social considera o surgimento de um local que acolhe essas pessoas.

Desse modo, surgem os asilos com inúmeros pacientes que aglomerados nesses locais no decurso do tempo e cujas vidas estão adstritas a práticas de acorrentamento, da submissão a tratamentos de tortura, como os banhos gelados e choque elétricos, uma vida eternizada em meio à tortura e à sua dignidade usurpada. No bojo do século XIX, observa-se a troca das correntes como meio de aprisionamento, para a utilização da camisa de força. Assim, a psiquiatria se dinamiza mediante um discurso médico-terapêutico-moral e nesse período permite uma rápida massificação dos asilos (SANTOS, 2009).

O fundamento do isolamento, mediante as estipulações da medicina mental ou alienismo, estão pautadas por um duplo caminho, a influência direta do método da botânica, como apresentado por Pinel, e mediante o uso de uma linguagem classificatória, de viés nosográfico, com a presença de tipologias diagnósticas. Na esfera da linguagem classificatória, disposta no campo da medicina e da psiquiatria, observa-se a doença e a doença mental com a interpretação da experiência de sofrimento e adoecimento dentro dos discursos médico e psiquiátrico modernos (AMARANTE E TORRES, 2018)

Nesse viés, tratam Amarante e Torres (2018) se estabelece o conceito de clínica médica e de clínica psiquiátrica considerando os discursos de verdade científica da modernidade, a questão do isolamento da doença e a observação do ambiente hospitalar. Ocorre que o princípio do isolamento da loucura se faz presente com a noção de que o isolamento é uma necessidade para a observação da ciência, com vistas a experimentação e a comprovação científica. Desse modo, tem-se o desdobramento do modelo de racionalidade científica no campo das ciências naturais, dispondo as questões de modelo do laboratório, do controle experimental, da produção da prova mediante a previsibilidade e reprodutibilidade.

Ressalta-se a concepção da pessoa tida como louca no decurso da história. Essa representação é diversa e alcança até o período da Grécia Antiga, no qual os loucos eram interpretados como enviados dos deuses no Olimpo, e a sua identificação era fundamental para o entendimento das proposições dos deuses. No começo da Idade Média, os loucos eram expressos como a exteriorização das forças oriundas da natureza e assim eram exaltados (PIRES E RESENDE, 2016)

No final da Idade Média, a loucura é posta em consideração com um viés negativo, de modo que os portadores de doenças mentais eram afastados de forma forçosa da comunidade social, relegados ao mesmo espaço que criminosos, e em conjunto com os

indivíduos considerados libertinos, homossexuais, leprosos, sífilíticos e os que de algum modo atrapalhavam a ordem social. Nesse período, existia a demanda de impor uma disciplina e uma moral nos corpos, submetendo os sujeitos vistos como desviantes (PIRES E RESENDE, 2016)

Amarante e Torre (2018) em vista dessas considerações, apontam que, nas últimas décadas, o movimento por reforma psiquiátrica no Brasil se encontra no centro das políticas de saúde mental e de inclusão da diferença. Consolida-se um dos movimentos centrais em prol dos direitos humanos no Brasil, com enfoque nas mudanças atinentes ao tratamento e ao cuidado da loucura e nos modos de integração social e política das pessoas em sofrimento mental. Pontua-se que as inovações atinentes a reforma psiquiátrica, mediante os critérios de integração social da loucura e da diferença, inclusive nas esferas do direito ao trabalho, do direito à cultura e do direito à cidade, têm se destacado e rompem com a delimitação histórica do louco perpetrada pelas instituições e pelas práticas manicomiais.

No começo da década de 1960, colocam Pires e Resende (2016) as práticas engendradas por Franco Basaglia contribuem para transformar o Hospício de Gorizia, na Itália, e promover ações que se estendem a partir desse exemplo. Nesse sentido, observa-se a promoção de tratamento médico digno aos pacientes desde um viés humanizado e considerando a abertura desses espaços para a comunidade. A influência dessas práticas se perpetua de modo que no ano de 1978 é promulgada a Lei nº 180, no qual fixam-se modificações quanto a condição do paciente, dispondo-o como um cidadão dotado de pleno direito.

As suas proposições inovadoras quanto ao tratamento da saúde mental foram centrais para as ações nesse sentido, no Brasil. Assim, juridicamente, as práticas similares são encabeçadas pelo deputado Paulo Delgado que pauta o Movimento pela Luta Antimanicomial no meio legislativo. De fato, o Movimento da Luta Antimanicomial começa no país ao fim da década de 1970, dispondo a luta pelos direitos das pessoas com doenças mentais, expondo o debate acerca da delimitação entre o que é considerado normalidade e o que é visto como uma doença, um elemento de loucura e sanidade. Assim, se estabelece um conjunto de serviços extra-hospitalares fixados a partir da década de 1990 (SANTOS, 2009).

Assim, Barbosa, Costa e Moreno (2012) apontam que o movimento da luta antimanicomial está perpetrado por esforços em torno dos direitos dos usuários e dos familiares. Busca-se consolidar a atenção dos serviços de saúde com dignidade, mediante práticas profícuas e que considerem a integração da criatividade e do esforço por modificar o imaginário social acerca da loucura. Ocorre que a realidade experimentada pelos

portadores de transtorno mental, somado ao seu não reconhecimento, está estruturada com frágeis relações afetivas. Tem-se um cenário de negação de direitos e o estabelecimento de laços frágeis de solidariedade e um forte estigma social.

Diante dessas proposições a próxima seção aprofunda a Lei Antimanicomial, os seus contributos jurídicos e o tratamento penal da loucura considerando a noção de periculosidade e a fixação das medidas de segurança no ordenamento nacional.

2.3 A Lei Antimanicomial e o Tratamento Penal da Loucura

A Constituição de 1988 permitiu reinaugurar o período democrático no país, consolidando o Estado Democrático de Direito e a defesa do princípio da dignidade humana. Nesse viés, o escopo do direito penal passa a pautar que nenhuma pena irá além da pessoa do condenado, considerando o pressuposto da culpabilidade enquanto uma condição fundamental para a integração da sanção penal (CAETANO E TEDESCO, 2021)

Desse modo, as medidas de segurança, figuradas no Código Penal de 1940 e asseguradas na reforma de 1984 se baseiam em uma periculosidade identificada na pessoa tida como louco e se estabelecem enquanto sanções penais destituídas de suporte em vista do pressuposto da culpabilidade. Com a Lei nº 10.216/2001, denominada como Lei Antimanicomial, tem-se a regulação da atenção em saúde mental no considerando a função da internação psiquiátrica enquanto um dispositivo terapêutico. Desse modo, a internação deve seguir os direitos do cidadão e considerar o efetivo tratamento na integração da família, do trabalho e da comunidade (CAETANO E TEDESCO, 2021)

Na relação do direito, a noção de periculosidade pontua os seus fundamentos nas premissas da Escola Positiva e da Criminologia, com ênfase nos contributos de Garófalo e na temibilidade social acerca de uma perversidade sempre presente do delinquente. As contribuições da Escola Positiva e a apresentação do criminoso enquanto um ser naturalmente desviante que se coloca ante o binômio perigo e defesa social, desdobra-se na teoria da periculosidade (TEIXEIRA E PRADO, 2015).

O conceito de periculosidade está disposto no direito penal, a princípio, como um componente passível de avaliação no sujeito, seja ou não portador de uma perturbação mental. Ocorre que ser perigoso se trata de uma condição que somente pode ser disposta mediante o estabelecimento de múltiplas questões, como disposições físicas e psíquicas que integram a personalidade do agente; o fato delituoso; a questão dos antecedentes; as múltiplas condições do ambiente social e familiar (SANTOS, 2009).

Dentro dos contributos da legislação penal e processual penal observa-se uma apresentação da loucura e um modo específico de atuar em relação a esse conceito. Dentro da legislação sanitária se encontra também determinados conceitos de viés ideológico

acerca da loucura. Desse modo, é nas disposições históricas e filosóficas da loucura, destacam-se essas concepções e reações de acordo com os contextos ideológicos no qual se produzem. Desde as contribuições do direito, é possível dispor uma visão crítica acerca da loucura, considerando o modo como as sociedades respondem a esse fenômeno, visando a sua interpretação e aplicação, ademais as adequações aos princípios humanistas dispostos na Constituição, mesmo que nem sempre se releve a gestão jurídica da insanidade e prática do tema na atuação dos operadores do direito (JACOBINA, 2004).

Não existe modificação da legislação penal quanto às medidas de segurança do período pré-ordenado constitucional para o período pós-1988. Entende-se que o país passa a viver questões distintas nesse campo, dispondo sistemas diferentes e até mesmo antagônicos. Tem-se o sistema do manicômio judiciário, pautado pela legislação penal; e em outra esfera, observa-se a experiência antimanicomial disposta desde 2006 no estado de Goiás como Paili, o Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator, disposto na Lei nº 10.216/2001. Todavia, não se utiliza totalmente a internação manicomial. Registra-se também a figuração de outras ações antimanicomiais pelo Brasil, de viés misto com a presença de políticas antimanicomiais que se integram com o HCTP (CAETANO E TEDESCO, 2021)

Teixeira e Prado (2015) colocam que a medida de segurança, na atualidade, está disposta na legislação como um elemento encaminhado ao portador de transtorno mental que, no período do crime, era completamente incapaz de compreender a ilicitude de sua ação ou determiná-la. A medida de segurança também serve aos semi-imputáveis, indivíduos cuja capacidade de discernimento está prejudicada, assim, o magistrado pode aplicar uma pena reduzida de 1/3 a 2/3 ou uma medida de segurança, de acordo com o art. 26, § único do Código Penal.

Entende-se que não é possível acumular dois institutos, ou seja, aplicar a pena e a medida de segurança visto a força do sistema vicariante, presente no ordenamento nacional. A aplicação da medida de segurança demanda a presença de alguns pressupostos como a presença de um injusto penal, no qual o Estado não pode empreender o seu jus puniendi; a disposição de um cenário de inimputabilidade assentada por laudo médico; e a presença da periculosidade, disposta em um juízo de probabilidade considerando que o agente pode voltar a cometer um ato danoso, demanda-se, assim, a realização de perícia por um psiquiatra (TEIXEIRA E PRADO, 2015).

A Lei 10.216/2001 se trata de uma norma infraconstitucional, condizente com o Decreto 186/2008, no qual se aprova a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, disposto em Nova Iorque, na data de 30 de março de 2007, assim como o Decreto 6.949/2009, que integra o conteúdo dessa

convenção. Os desdobramentos dessa convenção internacional estabelecem, devido ao art. 5º, §3º, da Carta da República, a natureza jurídica de emenda constitucional, de modo que é superior à matéria em vigor no Código Penal e na Lei de Execução Penal. A Lei 10.216/2001 provoca a releitura da resposta no campo do direito penal ao indivíduo considerado louco infrator em vista da política antimanicomial (REIS JUNIOR, 2020).

Conforme as exposições do Código Penal, trata Reis Junior (2020) as medidas de segurança se apresentam como sanções integradas àqueles que praticam um crime, mas que não possuem a responsabilidade penal por não possuir, na ocasião do ato, a capacidade de reconhecimento do viés delituoso, ou pela diminuição da capacidade de entendimento do ilícito considerando a presença de um transtorno mental (CAETANO E TEDESCO, 2021). A Lei 10.216/2001 está em consonância com o art. 5º, inciso XLVII, da Carta Magna, no qual está proibida a pena perpétua. Assevera-se também a criação de uma equipe multidisciplinar, a montagem de um programa personalizado direcionada aos doentes mentais implicados na lei penal, dispondo ao Ministério Público a verificação da legalidade das internações.

A submissão do agente inimputável ou semi-imputável à medida de segurança, implica que o magistrado deve priorizar o tratamento ambulatorial, dispondo a internação na hipótese em que os recursos extra-hospitalares forem insuficientes. No caso em que existe a indicação de internação, a mesma deve seguir as disposições da Lei da Reforma Psiquiátrica, com a obrigatoriedade de laudo médico circunstanciado (SILVA, 2010).

Nesse panorama, tratam Caetano e Tedesco (2021) o espaço do louco deixa de ser o lugar do manicômio para figurar como a vida em comunidade social. Desse modo, garante-se a assistência à saúde mental e figuram componentes substitutivos que fundamentam a Rede de Atenção Psicossocial (Raps), disposta pela Portaria nº 3.088, de 23 de dezembro/201112, e pela Portaria de Consolidação nº 3, de 28 de setembro/2017 do Ministério da Saúde, assentando a atenção psicossocial à pessoa.

De acordo com Caetano e Tedesco (2021), os manicômios judiciais funcionam igualmente a uma prisão qualquer, com cenas de presos perambulando sobre o pátio, sem atividades e bastante medicados.

Por fim, é importante deixar claro a diferença dos classificados como imputáveis, ou seja, esses são capazes de responsabilização sobre um crime cometido. O contrário é válido para o inimputável, ou seja, não distingue o que é ilicitude de conduta por problemas mentais, etc. Já a semi-imputabilidade é a perda parcial da conduta ilícita compreensiva, do discernimento do que é ilícito, reduzindo a imputabilidade (ROSA, 2018).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo compreendeu os aportes jurídicos ofertados na atualidade e no decurso da história acerca da pessoa tida como louca. Verificou-se que em vários modelos de sociedade, a pessoa portadora de transtornos mentais foi isolada, tratada com crueldade e submetida aos métodos das instituições totais, onde o indivíduo é desumanizado e destituído de dignidade.

Todavia, enfatizou-se os contributos constitucionais sobre a proteção humana com ênfase na Lei Antimanicomial no qual se dá a aplicação das medidas de segurança como forma de proteção social, inibição do crime e resposta institucional humana ao agente. Ademais, verificou-se como a internação já não é mais possível nos moldes com o qual era praticada, necessitando um laudo médico e a verificação de que a instituição é apta a receber a pessoa com dignidade.

4 REFERÊNCIAS

AMARANTE, Paulo; TORRE, Eduardo Henrique Guimarães. De volta à cidade, sr. cidadão!- reforma psiquiátrica e participação social: do isolamento institucional ao movimento antimanicomial.

Revista de Administração Pública [online]. 2018, v. 52, n. 6. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/rap/a/VxnVVXZN4bD3bqCTVJwzxBQ/?lang=pt&format=html#>. Acesso em: 30 mai. 2022.

BARBOSA, Guilherme Correa; COSTA, Tatiana Garcia da; MORENO, Vania. Movimento da luta antimanicomial: trajetória, avanços e desafios. **Cad. Bras. Saúde Mental**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 8, p. 45-50, jan./jun. 2012 45. Disponível em:

<http://stat.necat.incubadora.ufsc.br/index.php/cbsm/article/view/2017/2299>. Acesso em: 20 mai. 2022.

CAETANO, Haroldo; TEDESCO, Sílvia. Loucura e direito penal: pistas para a extinção dos manicômios judiciários. **Saúde Debate**, Rio de Janeiro, v 45, n 128, 2021. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/sdeb/a/LxBKzNq8wvSwmfSjdb6rq5G/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 20 mai. 2022.

FAVILLI, Federico; AMARANTE, Paulo. Direitos humanos e saúde mental nas instituições totais punitivas: um estado da arte Itália-Brasil sobre a determinação de mecanismos alternativos à prisão decorrentes às situações de doença mental ou enfermidade. **Cadernos Brasileiros de Saúde Mental, Florianópolis**, v.10, n.25, p.151-193, 2018. Disponível em:

<http://stat.ijkem.incubadora.ufsc.br/index.php/cbsm/article/view/5184/5209>. Acesso em: 30 mai. 2022.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. Direito penal da loucura: medida de segurança e Reforma Psiquiátrica. **Revista de Direito Sanitário**, vol. 5, n. 1, 2004.

PESTANA, Janine Gonçalves. Breves apontamentos sobre as instituições totais: suas características e funcionamento. **Psicólogo InFormação**, ano 18, n. 18, 2014. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/PINFOR/article/view/6136/4955>. Acesso em: 30 mai. 2022.

PIRES, Joyce Fianto; RESENDE, Laura Lemes de. Um outro olhar sobre a loucura: a luta antimanicomial no Brasil e a Lei n. 10.2016/2001. Cad. **Esc. Real. Int**, Curitiba, 2016. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/3062/2632> n. Acesso em: 30 mai. 2022.

REIS JUNIOR, Almir Santos. Impactos da Lei Antimanicomial às medidas de segurança. **Enciclopedia Jurídica - PUC-SP**, 2020. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/433/edicao-1/impactos-da-lei-antimanicomial-as-medidas-de-seguranca>. Acesso em: 18 mai. 2022.

ROSA, Camila Maria. Os efeitos das prisões - uma abordagem das instituições totais. **Revista Espaço Acadêmico**, n. 206, 2018.

SANTOS, Robson dos. Interações, poder e instituições totais: a narrativa de Primo Levi e a microssociologia de Erving Goffman. **Rev. Sociol. Polít.**, Curitiba, v. 17, n. 34, p. 231-240, out. 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsocp/a/hWDNDSzLDPLPV8wxzTbLNry/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 30 mai. 2022.

SILVA, Haroldo Caetano da. Reforma psiquiátrica nas medidas de segurança: a experiência goiana do paili. **Rev. bras. crescimento desenvolv. hum.**, São Paulo, v. 20, n. 1, p. 112-115, abr. 2010. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12822010000100015. Acesso em: 19 mai. 2022.

TEIXEIRA, Yáskara de Magalhães; PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. **Crime e doença mental: uma análise sobre a relação entre saúde pública e direito penal na tutela dos portadores de transtornos mentais**. Direito Humanos, ética e dignidade, 2015.

O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO CONFISCO COM FOCO EM CONCURSOS PÚBLICOS

JORGE HENRIQUE SOUSA FROTA:
Especialista em Direito Tributário.
Especialista em Direito
Constitucional.

RESUMO: O presente artigo trata do princípio da vedação ao confisco, especificamente como o mesmo vem caindo nas provas de concursos públicos.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Parâmetros da pesquisa. 3. Fundamentação legal e ilações conceituais do princípio da vedação ao confisco. 3.1. Introdução à vedação ao confisco. 3.2. O que é tributo? 3.3. Imposto. 3.4. Taxas. 3.5. Contribuição de melhoria. 3.6. Empréstimos compulsórios e contribuições especiais. 3.7. A possibilidade da extensão da vedação ao confisco as multas. 3.8. Qual o limite da aplicação da alíquota para que um tributo ou multa seja considerado como confisco? E como se dá o raciocínio para aplicação da vedação ao confisco? 3.9. Perspectiva dinâmica e estática da tributação em relação ao patrimônio do contribuinte. 4. Desenvolvimento. 5. Conclusão. 6. Anexo do artigo (enunciados corretos). 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Objetivo do artigo em questão é desvendar como esse importante princípio de direito tributário vem sendo cobrado pelas bancas que elaboram os concursos públicos.

Para alcançar o desígnio acima, foram respondidas 57 (cinquenta e sete) questões (número aproximado) dos mais variados concursos (municipais, estaduais e federais) e bancas de concursos (número total de questões achadas sobre o tema).

2. PARÂMETROS DA PESQUISA

Seguem os parâmetros utilizados para a pesquisa, ou seja, o procedimento adotado para o desenvolvimento e conclusão do artigo:

01. As questões foram retiradas do banco de questões portal qconcursos.

02. Data limite para análise das questões foi o mês de junho de 2022.

03. Todas as questões vieram do banco de questões intitulado "questões de concursos públicos". No total foram 57 questões avaliadas (retirando as anuladas e desatualizadas).

04. No filtro de questões foi marcado apenas o subtópico “4.07. Princípio do não confisco”.

05. Foram vistas questões de concursos federais, estaduais e municipais.

06. Questões desatualizadas e anuladas não foram consideradas para fins de enunciados corretos.

07. A questão mais nova data de 2022, a mais antiga de 2007.

3. FUNDAMENTAÇÃO LEGAL E ILAÇÕES CONCEITUAIS ACERCA DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO CONFISCO

3.1. INTRODUÇÃO À VEDAÇÃO AO CONFISCO

Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, utilizar tributo com efeito de confisco. (art. 150, IV da CF)

A cobrança de tributos deve se pautar dentro de um critério de razoabilidade, não podendo ser excessiva, antieconômica. Alguns autores chegam a informar que o referido princípio trata do respeito ao princípio da proporcionalidade razoável.

Antes de adentrar mais profundamente na aplicabilidade prática da referida limitação constitucional ao poder de tributar, iremos tecer comentários acerca das nomenclaturas “tributo”, bem como suas espécies e “confisco”.

3.2. O QUE É TRIBUTO?

De acordo com o art. 3º do Código Tributário Nacional, tributo “é 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”

O tributo é a receita derivada, compulsoriamente lançada e arrecadada pelo Estado, na forma da lei, em moeda corrente ou em valor que por ela se possa exprimir, sem contraprestação diretamente equivalente, cujo montante é aplicado na execução das finalidades que lhe são próprias.

A doutrina denomina de elementos do gênero tributo as categorias que formam o seu conceito legal, a saber: a) prestação pecuniária compulsória; b) não constituição de sanção de ato ilícito; c) instituição em lei; d) cobrança mediante atividade administrativa plenamente vinculada. Sobre o tema Vitório Cassone⁰¹ dispõe o seguinte:

Em face dessa definição, podemos eleger os seguintes elementos, indispensáveis para que a exação seja caracterizada como de natureza tributária:

1. prestação em moeda corrente nacional – ou cujo valor se possa exprimir em dinheiro. Com efeito, o art. 156 do CTN, acrescentado pela LC no 104/01, arrola, entre as hipóteses de extinção do crédito tributário: “XI – a dação em pagamento em bem imóveis, na forma e condições estabelecidas em lei.” Todavia, a lei só permite a extinção do crédito tributário em casos excepcionais, como, por exemplo, tem ocorrido, historicamente (antes mesmo da LC no 104/01), o que ocorre em relação com as dívidas quitadas junto ao INSS.

2. prestação obrigatória – porque devida por força de lei (regime jurídico de direito público); motivo pelo qual costuma-se dizer que o tributo é *ex lege*, distinguindo-se da obrigação *ex voluntate*, derivante do regime jurídico de direito privado. A facultatividade se distingue da compulsoriedade, à medida que aquela se apresenta em algumas exações parafiscais não tributárias, em que a pessoa tem plena liberdade de associar-se, ou não, a uma determinada entidade.

3. que não constitua sanção de ato ilícito – porque nessa hipótese não se trata de tributo, mas de penalidade. Exemplo: o STF, Pleno, afastou a exigência de multa de 200% do IPTU em relação a imóveis construídos irregularmente, sendo, portanto, situação configuradora de ilícito administrativo (e não multa por descumprimento de obrigação tributária), cabendo, no caso, multa administrativa (prevista em lei) e não penalidade de natureza tributária – afastada porque os 200% incidiram sobre o valor do imposto (RE 94.001-SP).¹ Distingue-se, assim, do tributo, que se caracteriza pela ocorrência do fato gerador; fato gerador que também pode decorrer de ato ilícito (*non olet* = o dinheiro não tem cheiro), mas não de sanção.

4. atividade administrativa plenamente vinculada – isto porque a autoridade administrativa não só tem o poder (de Estado), como, também, o dever (funcional) de fiscalizar, autuar e cobrar (art. 142, CTN).

De acordo com a melhor doutrina e o STF, no Brasil existem cinco de tipos de tributos, a saber: a) impostos; b) taxas; c) contribuições de melhoria; d) empréstimos Compulsórios; e) contribuições especiais. É o que se chama de teoria pentapartida,

pentapartite ou quinquipartite dos tributos. É a teoria aceita pelo Supremo Tribunal Federal – STF. Seguem comentários relativos a cada uma das espécies tributárias mencionadas.

3.3. IMPOSTO

Os impostos são tributos não vinculados que incidem sobre manifestações de riqueza do sujeito passivo, (aquele indivíduo, pessoa jurídica ou física, que fez nascer a obrigação de pagar o tributo quando praticou o comportamento previsto na hipótese de incidência da legislação tributária - fato gerador).

De modo preciso, o tributo-imposto se ampara sobre o conceito de **solidariedade social**, onde os indivíduos que manifestam riqueza ficam compelidos a cooperar com os entes federativos, lhe abastecendo de recursos para buscar a conquista do bem comum.

O tributo imposto encontra-se ligado a expressão *uti universi* (serviços gerais ou coletivos em uma tradução livre), que podem ser conceituados como os serviços que não possuem usuários determinados, de utilização particular e que não podem ser mensurados, ou seja, não é possível determinar a quantidade utilizada por cada um individualmente.

Serviços *uti universi* ou gerais de acordo o ilustre jurista Helly Lopes Meirelles⁰², são “aqueles que a Administração presta sem ter usuários determinados, para atender à coletividade no seu todo, como os de polícia, iluminação pública, calçamento e outros dessa espécie”.

Possui conceito/resguardo legal no art. 16 do CTN, *verbis*: “Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”.

O imposto possui resguardo constitucional, vejamos o que informa o art. 145, I, §1º e 2º da Constituição Federal: “Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: I – impostos”.

A Constituição Federal de forma taxativa impõe as listas dos impostos federais, estaduais e municipais, cabendo a União instituir de forma ordinária os seguintes impostos:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

I - importação de produtos estrangeiros.

II - exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados.

III - renda e proventos de qualquer natureza.

IV - produtos industrializados.

V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários.

VI - propriedade territorial rural.

VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar.

Compete aos Estados e ao Distrito Federal de acordo com o art. 155 da Carta Magna de 1988 instituir impostos sobre:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos.

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

III - propriedade de veículos automotores.

Já aos municípios, coube a seguinte competência tributária quanto a instituição dos impostos (art. 156 da CF):

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana.

II - 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.

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.

Seguimos com o tributo nominado de "taxas".

3.4. TAXAS

A taxa é um tributo ligado a uma atividade específica da pessoa jurídica competente para instituí-la, possui como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição (art. 77 do CTN e art. 145, II da CF). Afonso Kfourir Jr⁰³, relata em seu livro que: "Ao contrário dos impostos, a taxa é uma modalidade de tributo vinculado a determinada prestação estatal – tendo sua arrecadação destinada ao custeio de tal serviço –, ou ainda vinculado ao poder de polícia".

São competentes para instituir as taxas: a) a União; b) os Estados; c) o Distrito Federal; d) e os Municípios.

A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto, nem ser calculada em função do capital das empresas; as taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos (parágrafo único do art. 77 do CTN e §2º do art. 145 da CF).

Há dois tipos de taxa: a) taxa de polícia; b) e a taxa de serviço.

Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos (art. 78 do CTN)

Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder (parágrafo único do art. 78 do CTN)

Os serviços públicos que dão margem para instituição das taxas consideram-se utilizados pelo contribuinte:

1. Efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título. (art. 79, I, a do CTN)
2. Potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento (art. 79, I, b do CTN)

Consideram-se específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade, ou de necessidades públicas (art. 79, II do CTN). Reputam-se divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários. (art. 79, III do CTN)

O tributo taxa encontra-se ligado a expressão *uti singuli* (serviços individuais em uma tradução livre), que podem ser conceituados como os serviços que possuem usuários determinados, de utilização particular e que podem ser mensurados.

Não confundir o tributo taxa com tarifas e preço público. A tarifa é uma cobrança facultativa, a ser paga em dinheiro, em decorrência da utilização de serviços públicos não essenciais, feita indiretamente pelo estado, através de concessionárias (em regra por licitação) que prestam serviços pelos entes federativos (possui natureza jurídica de Direito Privado). Parte da doutrina considera que preço público e tarifas são sinônimos (entendimento que se coaduna com o pensamento do autor).

3.5. CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA

A contribuição de melhoria possui fundamento no art. 145, inciso III da Carta Magna, sendo regimentado pelos arts. 81 e 82 do Código Tributário Nacional. Vejamos o que eu⁰⁴ disse acerca do tributo acima indicado em outro momento:

Trata-se de categoria de tributo criado por Lei Ordinária que tem por hipótese de incidência ação estatal mediata em benefício do contribuinte, ou seja, pode ser classificado como tributo vinculado.

A contribuição de melhoria é um tributo que versa acerca da valorização de imóvel do contribuinte, em consequência de realização de obras públicas, possuindo como características, ser bilateral, contraprestacional e sinalagmático.

A Contribuição de Melhoria difere-se das Taxas especialmente no que concerne ao fato gerador. Nas Taxas o fato gerador é o serviço público específico e divisível, posto à disposição do contribuinte ou o exercício do poder de polícia, oposto ocorre com a Contribuição de Melhoria, que tem como fato gerador uma benfeitoria advinda ao imóvel, benefício este oriundo de obra pública praticado pelos entes federativos.

O tributo procura impedir o enriquecimento sem causa dos contribuintes, sendo assim, os mesmos, indiretamente, avocam os custos da obra, sempre, que forem observados os limites legais para cobrança do tributo, conforme prediz os arts. 81 e 82 do Código Tributário Nacional.

Todos os entes federativos são competentes para instituir as contribuições de melhoria no âmbito de suas respectivas atribuições. (art. 87 do CTN e art. 145, III da CF)

A contribuição de melhoria de acordo com o Ricardo Cunha Chimenti⁰⁵ tem como fato gerador “a valorização do imóvel do contribuinte em razão de obra pública (instalação de rede elétrica, obras contra enchentes etc.). Os beneficiários diretos da obra arcam com seu custo, total ou parcialmente” e que “não é qualquer obra pública que autoriza a cobrança da contribuição de melhoria. É necessária a valorização do imóvel do contribuinte em razão da obra pública”.

As contribuições de melhoria podem ser instituídas para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado. (art. 87 do CTN)

Devem ser instituídas por lei (ordinária), no qual deverá se observar necessariamente os seguintes requisitos mínimos:

1. Publicação prévia dos seguintes elementos:

a) memorial descritivo do projeto. (art. 82, I, a do CTN)

b) orçamento do custo da obra. (art. 82, I, b do CTN)

c) determinação da parcela do custo da obra a ser financiada pela contribuição. (art. 82, I, c do CTN)

d) delimitação da zona beneficiada. (art. 82, I, d do CTN)

e) determinação do fator de absorção do benefício da valorização para toda a zona ou para cada uma das áreas diferenciadas, nelas contidas. (art. 82, I, e do CTN)

2. fixação de prazo não inferior a 30 (trinta) dias, para impugnação pelos interessados, de qualquer dos elementos referidos no inciso anterior. (art. 82, II do CTN)

3. Regulamentação do processo administrativo de instrução e julgamento da impugnação a que se refere o inciso anterior, sem prejuízo da sua apreciação judicial. (art. 82, III do CTN)

A contribuição relativa a cada imóvel será determinada pelo rateio da parcela do custo da obra (indicado na letra c do tópico 01 a cima citado), pelos imóveis situados na zona beneficiada em função dos respectivos fatores individuais de valorização (§ 1º do art. 82 do CTN)

Por ocasião do lançamento do respectivo tributo, cada contribuinte deverá ser notificado do montante da contribuição, da forma e dos prazos de seu pagamento e dos elementos que integram o respectivo cálculo. (§ 2º do art. 82 do CTN)

O lançamento da contribuição de melhoria é feito de ofício.

3.6. EMPRÉSTIMOS COMPULSÓRIOS E CONTRIBUIÇÕES ESPECIAIS

O Empréstimo compulsório consiste na retirada forçosa de certa quantia de dinheiro pelo Estado (União) do contribuinte, a título de "empréstimo", a ser pago em certo prazo instituído em lei.

Somente a união pode instituí-lo, fazendo-o por intermédio de lei complementar (art. 148 da CF). O referido tributo pode ser criado:

1. Para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência. (art. 148, I da CF) Nesse caso não precisará respeitar o princípio da anterioridade anual e nonagesimal. (art. 150, §1º)

2. No caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional. (art. 148, II da CF). Nesse caso precisará respeitar o princípio da anterioridade nonagesimal.

A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição. (parágrafo único do art. 148 da CF)

A lei que instituir o empréstimo compulsório fixará obrigatoriamente o prazo do empréstimo e as condições de seu resgate. (parágrafo único do art. 15 do CTN)

Importante informar que o fato gerador do empréstimo compulsório será definido pela lei que o criar, sendo o investimento público de caráter urgente e relevante interesse nacional apenas o requisito indispensável que a Constituição determina para que a União possa instituí-lo.

De acordo com a teoria pentapartida de classificação dos tributos - adotada pelo STF - as contribuições denominadas especiais são consideradas tributos.

São três às espécies de contribuições especiais:

1. Sociais.

2. Intervenção no domínio econômico (as chamadas CIDEs).

3. Interesse de categoria profissional ou econômica (corporativas), que são aquelas realizadas para as categorias profissionais.

São instituídas por lei ordinária (salvo as extraordinárias), e há necessária vinculação da receita que deu causa (origem da exação) a sua criação.

3.7. A POSSIBILIDADE DA EXTENSÃO DA VEDAÇÃO AO CONFISCO AS MULTAS

É sabido que o conceito de tributo previsto no art. 3º do CTN não traz como elemento em sua formação qualquer efeito sancionador (multa) e que o art. 150, IV da CF dispõe em seu enunciado que os entes federativos não podem utilizar tributo com efeito de confisco, nada tratando, do mesmo modo, da aplicação da referida limitação constitucional ao poder de tributar em relação as multas. Seguem as redações *ipsis litteris* dos comandos citados:

Art. 3º Tributo é 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.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

IV - utilizar tributo com efeito de confisco.

O questionamento que se faz é se a limitação constitucional ao poder de tributar se estende as multas tributárias? Antes de adentrar a problemática acima, seguem ensinamentos conceituais acerca das multas tributárias.

A multa pode ser conceituada como uma penalidade pecuniária relativa a uma infração cometida pelo contribuinte ou responsável pela não observação da legislação tributária, seja a obrigação principal (que é a de pagar o tributo), seja a uma obrigação acessória (que é aquela que decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos). Para Sylvia Amorim⁰⁶:

As multas tributárias são penalidades pelo descumprimento da norma do direito tributário, em que o contribuinte é punido, seja pela falta ou pelo atraso da entrega, relacionada à obrigação principal ou

acessória. Portanto, são penalidades administrativas pela infração de uma obrigação fiscal definida por lei.

É uma coerção objetiva que o Estado-Lei impõe ao contribuinte, pela violação de seu direito subjetivo de crédito, positivando o fato ilícito da relação tributária. Basicamente, qualquer contribuinte pode receber uma multa tributária no caso de inadimplemento dos impostos, taxas e contribuições.

A multa não se confunde com o tributo, ela nasce com o descumprimento da obrigação tributária (principal ou acessória). Sobre o tema Vitor Antônio de Oliveira Bala⁰⁷ em seu artigo nominado de “Diferenças e semelhanças entre Tributo e Multa”, dispõe que:

PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE TRIBUTO E MULTA

Com fulcro no sobredito art. 3º do CTN, nota-se, preliminarmente, a existência de basilar diferença entre tributo e multa, em sentido estrito, qual seja, enquanto aquele tem por pressuposto a realização de um fato lícito, esta tem por causa a realização de um ilícito.

No plano teleológico, a distinção também é nítida. Segundo Hugo de Brito Machado (2010, p. 299) o tributo tem por finalidade o suprimento de recursos financeiros de que o Estado necessita, enquanto a multa não tem por finalidade a produção de receita pública, mas sim, desestimular o comportamento ilícito, e por isso constitui receita extraordinária ou eventual.

E mais, consoante ensinamento de Ricardo Lobo Torres (2005) apud Eduardo Sabbag (2011, p. 380): “são inconfundíveis o tributo e a penalidade. Aquela deriva da incidência do poder tributário sobre a propriedade privada. A penalidade pecuniária resulta do poder penal do Estado e tem por objetivo resguardar a validade da ordem jurídica”.

Há que se destacar ainda que a multa tributária pode decorrer do descumprimento tanto de obrigação principal, quanto de obrigação acessória, conforme disposto no art. 113 do CTN. Entretanto, o pagamento da multa, por si só, em ambos os casos, não exclui o crédito tributário.

Eduardo Sabbag, em elucidativa passagem, explica: Tal comando vem corroborar a distinção conceitual e estrutural entre tributo e multa, indicando que a multa não suprime a obrigação de pagar integralmente o crédito tributário. Paga-se o tributo porque se realiza um fato gerador; recolhe a multa porque se descumpriu uma obrigação tributária. (SABBAG, 2011, p. 380)

Uma vez conceituado e explicado a diferença entre o tributo e a multa, voltemos a problemática quanto a possibilidade de aplicação da vedação ao confisco relativo as multas. A resposta é sim, a multa também sofre o efeito limitador da vedação ao confisco. Dentre os inúmeros ensinamentos quanto ao tema, indicamos como leitura o artigo dos professores Renato Becho e Danilo Pires⁰⁸ nominado de "As multas tributárias e o princípio do não confisco na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁰⁶", segue trecho do artigo que corrobora com o argumento de que a vedação confisco se estende as multas tributárias, *verbis*:

Paulo Cesar Baria de Castilho 31, em obra específica sobre o tema, afirma o seguinte:

"(...) não é só o confisco tributário que está vedado por nosso ordenamento jurídico, mas qualquer forma de expropriação da propriedade sem justa indenização. E isso pode ocorrer por meio de multas tributárias com valores abusivos. (...) Ora, se há limites para a tributação, se há limites de proteção à propriedade privada, certo é que também há limites em nosso ordenamento jurídico, ainda que implícitos, para a exigência de multas decorrentes do Sistema Tributário."

Também Regina Helena Costa segue na mesma linha, afirmando que "as sanções não podem ter por efeito a absorção total ou substancial da propriedade, em respeito à proteção constitucional dedicada a esse direito, donde se extrai o princípio da vedação ao confisco (art. 5º, XII a XXIV, e LIV, CR)" 32. Florence Haret também compartilha desse entendimento, para quem "Mesmo que o princípio do não confisco se refira expressamente a tributo, no âmbito dos direitos individuais é assegurado o direito de propriedade. E a atuação confiscatória do Fisco, ainda que por multa tributária, viola o direito de propriedade." 33

Prevalece, assim, uma interpretação mais ampla, no sentido de que também as multas tributárias devem obediência ao princípio do não confisco previsto no art. 150, IV, da Constituição Federal. Roque

Antonio Carrazza, após tratar do tema em minúcias, assevera que “Tudo o que foi escrito vale para as multas fiscais, advindas do descumprimento de deveres jurídicos tributários. De fato, também elas devem ser razoáveis, sob pena de se burlar o princípio constitucional que veda o confisco.” 34 E, ainda mais recentemente, Andreia Fogaça Rodrigues Maricato afirma que “Tudo isto se confirma na própria Constituição Federal, que ao instituir o princípio do não confisco, inserto que está em seu art. 150, IV, indubitavelmente não deixou de contemplar as sanções (multas) e penalidades pecuniárias.” 35

Segue jurisprudência do STF quanto ao tema:

1. Recurso extraordinário. Repercussão geral. 2. Taxa Selic. Incidência para atualização de débitos tributários. Legitimidade. Inexistência de violação aos princípios da legalidade e da anterioridade. Necessidade de adoção de critério isonômico. No julgamento da ADI 2.214, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 19.4.2002, ao apreciar o tema, esta Corte assentou que a medida traduz rigorosa igualdade de tratamento entre contribuinte e fisco e que não se trata de imposição tributária. 3. ICMS. Inclusão do montante do tributo em sua própria base de cálculo. Constitucionalidade. Precedentes. A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação da circulação de mercadorias (art. 155, II, da CF/1988, c/c arts. 2º, I, e 8º, I, da LC 87/1996), inclui o próprio montante do ICMS incidente, pois ele faz parte da importância paga pelo comprador e recebida pelo vendedor na operação. A Emenda Constitucional nº 33, de 2001, inseriu a alínea i no inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, para fazer constar que cabe à lei complementar “fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço”. Ora, se o texto dispõe que o ICMS deve ser calculado com o montante do imposto inserido em sua própria base de cálculo também na importação de bens, naturalmente a interpretação que há de ser feita é que o imposto já era calculado dessa forma em relação às operações internas. Com a alteração constitucional a Lei Complementar ficou autorizada a dar tratamento isonômico na determinação da base de cálculo entre as operações ou prestações internas com as importações do exterior, de modo que o ICMS será calculado “por dentro” em ambos os casos.

4. Multa moratória. Patamar de 20%. Razoabilidade. Inexistência

de efeito confiscatório. Precedentes. A aplicação da multa moratória tem o objetivo de sancionar o contribuinte que não cumpre suas obrigações tributárias, prestigiando a conduta daqueles que pagam em dia seus tributos aos cofres públicos. Assim, para que a multa moratória cumpra sua função de desencorajar a elisão fiscal, de um lado não pode ser pífia, mas, de outro, não pode ter um importe que lhe confira característica confiscatória, inviabilizando inclusive o recolhimento de futuros tributos. O acórdão recorrido encontra amparo na jurisprudência desta Suprema Corte, segundo a qual não é confiscatória a multa moratória no importe de 20% (vinte por cento). 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (STF - RE: 582461 SP, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 18/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 18/08/2011) (Grifos nossos)

Matéria de concurso: "É correto afirmar que o princípio da vedação ao confisco foi aplicado às multas tributárias pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na ADI 1075 MC/DF". **(FAURGS - 2022 - TJ-RS - Juiz Substituto)**

Matéria de concurso: "Com relação à competência tributária e aos princípios e limitações constitucionais ao poder de tributar, é correto afirmar: o Supremo Tribunal Federal tem adotado entendimento no sentido de que, embora o confisco seja conceito jurídico indeterminado, o princípio da vedação do confisco deve ser utilizado para limitar o percentual de multa imposta ao contribuinte". **(VUNESP - 2018 - TJ-SP - Juiz Substituto)**

3.8. QUAL O LIMITE DA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA PARA QUE UM TRIBUTO OU MULTA SEJA CONSIDERADO COMO CONFISCO? E COMO SE DÁ O RACIOCÍNIO PARA APLICAÇÃO DA VEDAÇÃO AO CONFISCO?

Na verdade, o Supremo Tribunal Federal nunca chegou ao consenso de um limite para aplicação da vedação ao confisco, quanto aos tributos, ou seja, não há uma porcentagem predeterminada que possa se afirmar de imediato que aquele tributo é ou não confiscatório. Ricardo Pereira⁰⁹ corrobora com o pensamento esposado quando afirma que "não há uma jurisprudência consagrada sobre os limites ou definições sobre o que poderia ser considerado ofensa ao princípio da vedação ao confisco. O que existe no STF são algumas decisões que tratam de maneira tangente questões isoladas referentes às multas tributárias".

Também, não há lei que disponha sobre os limites de percentual acima indicados (para aplicação da vedação ao confisco), é o que informa Alexandre de Oliveira⁰⁸, vejamos: "Não por outro motivo, a explicitação do que venha a ser confisco não é encontrada em

nenhuma lei infraconstitucional, nem sequer no Código Tributário Nacional encontramos uma única menção à expressão confisco”. Dito isso, se faz a seguinte pergunta: como se dá o raciocínio para aplicação da vedação ao confisco?

Um das formas mais aceitas pela doutrina e jurisprudência pátria para análise da aplicação da limitação constitucional do confisco em relação aos tributos é a averiguação da carga tributária como um todo em relação ao contribuinte, ou seja, não somente o tributo com alíquota elevada é levado em consideração na aplicação ou não do citado princípio constitucional tributário. Acerca do tema, dispõe Cláudio Júnior¹⁰:

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio do não confisco assume contornos bem definidos como norma de limitação constitucional ao poder de tributar. Uma primeira e importante decisão conceitua o vedado confisco como a “**injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional**”, consignando, ainda, que “**a identificação do efeito confiscatório deve ser feita em função da totalidade da carga tributária**” e não tendo em vista apenas um tributo específico. (BRASIL, 1999, p. 1) **O caráter confiscatório deve ser apreciado considerando toda a tributação incidente sobre o patrimônio particular em um período estabelecido, cabendo ao Judiciário verificar a capacidade de que dispõe o contribuinte para suportar a incidência de todos os tributos que deverá pagar à mesma pessoa política que os houver instituído à luz do montante de sua riqueza ou capital.** (Grifos nossos)

Matéria de concurso: “Conforme as limitações constitucionais ao poder de tributar, onde constituem uma garantia dos contribuintes relacionada ao fisco, marque a opção INCORRETA.R - Os tributos são determinados pela identificação do efeito confiscatório que não deve ser feita em função da sua totalidade da carga tributária, mas sim em cada tributo isoladamente”. (COPESE - UFPI - 2015 - Prefeitura de Bom Jesus - PI - Fiscal de Tributos - Prova Anulada)

Matéria de concurso: “É INCORRETO afirmar que o princípio do não-confisco deve considerar a incidência específica de cada tributo”. (FGV - 2008 - Senado Federal - Advogado)

Quanto as multas, existem na jurisprudência pátria, diretrizes mais palpáveis e objetivas de aplicação da vedação ao confisco. Antes de adentrar acerca de tais limites, se

faz importante informar que as multas podem ser classificadas em moratórias e punitivas. Moratória vem de "mora" que é um substantivo feminino que de acordo com o portal online "dicio.com.br"¹¹ possui o seguinte significado:

Significado de Mora

Substantivo feminino

Prolongamento de tempo; demora, delonga.

Adiamento de um pagamento; prorrogação de prazo.

Aumento do prazo para a restituição ou entrega de algo.

[Jurídico] Atraso no cumprimento de uma obrigação judicial, tanto do credor, como do devedor.

[Fonética] Tempo mínimo de duração do som de uma vogal; vogal breve.

Expressão

Juros de mora. Juros contados e somados à dívida, a partir do dia em que se deveria pagar até ao dia em que realiza o pagamento.

Em mora. Diz-se do devedor que não efetua o pagamento da sua dívida e do credor que não aceita receber o valor em dívida, tendo em conta o que foi estabelecido por lei ou convenção.

Etimologia (origem da palavra mora). Do latim *mora.ae*, "demora, espera".

Sinônimos de Mora

Mora é sinônimo de: adiamento, atraso, delonga, demora, detença, prorrogação, moratória, dilação, protelação.

Com base no que foi dito acima, as multas moratórias tributárias podem ser conceituadas como aquelas que punem o contribuinte pelo atraso no cumprimento de sua obrigação tributária (principal ou acessória).

A nomenclatura punitiva jaz da palavra "punição". Novamente se utilizando dos ensinamentos do portal online "dicio.com.br"¹², temos a seguinte definição para o termo punição:

Significado de Punição

Substantivo feminino

Pena; condenação imposta por um juiz à pessoa que cometeu um crime.

Castigo; recriminação feita a alguém: punição infantil.

[Figurado] O que é insuportável; ação de se submeter a algo muito desagradável: o exame demorado se tornou uma punição.

Etimologia (origem da palavra punição). Do latim punitio.onis.

Sinônimos de Punição

Punição é sinônimo de: pena, penalidade, lição, castigo.

Tais multas, diferente das multas de mora, objetivam punir o contribuinte pelo não cumprimento da obrigação tributária, são sanções ao descumprimento das obrigações dos contribuintes decorrentes da legislação tributária. Utilizando novamente os ensinamentos de Ricardo Pereira⁰⁹ quanto a aplicação do princípio da vedação ao confisco, temos que:

No que se refere às multas **moratórias**, o Supremo possui um raciocínio prolatado em algumas ações de que até **20%** do valor do tributo **não constitui confisco tributário**. Existem dois casos que ajudam a visualizar esta ideia. Uma ação tramitada em 2002 o tribunal constitucional compreendeu que a multa de **200%** em **multa moratória** seria **confiscatória**, e outra ação de 2011, na qual o STF considerou que o **patamar** de **20%** para multas **moratórias não ofenderia** o princípio da **vedação ao confisco**.

Quanto às situações compreendidas nas **multas punitivas**, o entendimento do STF em algumas ações tem sido o de que representam ofensas ao princípio da **vedação ao confisco** multas cujas **penalidades ultrapassem 100%** do valor do tributo originalmente devido. Subsídios para esta visão estão presentes em uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) sobre um dispositivo da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, quanto a um dispositivo de seus Atos de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Os ADCTs são atos que tratam de disposições entre uma constituição que está sendo substituída por outra, enquanto a nova constituição

ainda não entrou totalmente em vigor. Na situação desta ADCT do RJ havia a previsão de multa **punitiva de 500%**. Há também uma ação da segunda turma do Supremo do estado de Goiás que asseverou que a multa **punitiva** no patamar de **300%** do tributo devido é **confiscatória**, representando ofensa quanto ao princípio da **vedação ao confisco**.

Apesar das balizas serem extremamente flexíveis quanto a aplicação da alíquota em relação às multas (20% a 200% em relação as multas moratórias e 100% a 500% em relação as multas punitivas), temos que há pelo menos números no qual podemos nos debruçar em relação a aplicação da vedação ao confisco quanto as multas tributárias.

3.9. PERSPECTIVA DINÂMICA E ESTÁTICA DA TRIBUTAÇÃO EM RELAÇÃO AO PATRIMÔNIO DO CONTRIBUINTE

Alguns concursos cobram ensinamentos quanto a perspectiva estática e dinâmica da tributação e sua relação com a vedação ao confisco. Segue exemplo:

Matéria de concurso: "Entre as limitações constitucionais ao poder de tributar, que constituem garantias dos contribuintes em relação ao fisco, é correto afirmar que:01. Os impostos sobre o patrimônio podem ser confiscatórios, quando considerados em sua perspectiva estática. 02. Uma alíquota do imposto sobre produtos industrializados de 150%, por exemplo, não significa necessariamente confisco. 03. O imposto de transmissão causa mortis, na sua perspectiva dinâmica, pode ser confiscatório. 04. O princípio do não-confisco ajuda a dimensionar o alcance do princípio da progressividade, já que exige equilíbrio, moderação e medida na quantificação dos tributos". **(ESAF - 2009 - Receita Federal - Auditor Fiscal da Receita Federal - Prova 2)**

Mas, afinal o que é a perspectiva dinâmica e estática da tributação? E qual sua relação à vedação do tributo com efeito de confisco? Para responder a pergunta acima, utilizaremos os ensinamentos do Prof. Edvaldo Nilo¹³: "A perspectiva estática diz respeito a análise do princípio do não-confisco em razão do valor dos tributos vigentes no ordenamento jurídico ("quantum do tributo") e a perspectiva dinâmica avalia o efeito do princípio do não-confisco na alteração ou mutação ocorrida na legislação tributária ("quantum do aumento dos tributos")." Quem já dispôs sobre o tema, também, foi Ricardo Pereira⁰⁹, vejamos: "Mais do que a questão de um tributo isoladamente, é necessário conferir o efeito das incidências de forma geral, como um todo, no patrimônio do contribuinte. Também é necessário observar, de acordo com a doutrina, os efeitos do confisco de forma estática e dinâmica. A forma estática se refere ao confisco quando ele ocorre de uma vez só. Já a forma dinâmica trata de como sucessivas ocorrências podem diminuir consideravelmente o patrimônio do contribuinte".

Apenas vimos essa matéria cobrada em duas questões, na totalidade de questões de concursos respondidas em relação ao princípio da vedação ao confisco, mas é sempre de bom tom ter uma noção acerca desses institutos no intuito de aumentar a probabilidade nos acertos das questões referentes ao tema.

Quanto ao tema, indico a leitura do artigo “A vedação à utilização de tributos com efeito de confisco como instrumento de proteção do contribuinte” de autoria Ubaldo Balthazar e Carlos Machado.

4. DESENVOLVIMENTO

O desenvolvimento do trabalho em comento se deu dentro de ilações legais, doutrinárias (doutrinadores: Vitório Cassone, Helly Lopes Meirelles, Afonso Kfourir Jr, Jorge Henrique Sousa Frota, Ricardo Cunha Chimenti, Sylvia Amorim, Vitor Antônio de Oliveira Bala, Renato Becho e Danilo Pires, Ricardo Pereira e Cláudio Júnior) e de jurisprudências dos tribunais superiores, bem como no acompanhamento das questões que mencionam expressamente o princípio da vedação ao confisco em seus enunciados, bem como de sinônimos retirados do portal online dicio.com.br. Todas as questões vieram do banco de questões intitulado “questões de concursos públicos”.

No total foram 57 questões avaliadas (retirando as anuladas e desatualizadas).

Foram avaliadas questões de concursos federais, estaduais e municipais.

5. CONCLUSÃO

01. Que o princípio da vedação ao confisco foi aplicado às multas tributárias pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na ADI 1075 MC/DF.

02. Que o princípio da vedação ao confisco tem a função de impedir que a tributação deixe de azeitar e construir o direito de propriedade para inviabilizá-lo, pelo excesso de exação.

03. Que a onerosidade excessiva do valor total exigido para determinada taxa em relação ao custo da atividade estatal configura ofensa à cláusula vedatória constitucional do não confisco.

04. Que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo com efeito de confisco.

05. Que a vedação ao não confisco é uma limitação constitucional ao poder de tributar.

06. Que a vedação ao não confisco é uma limitação constitucional explícita/expresa ao poder de tributar.

07. Que a vedação ao não confisco é um conceito jurídico indeterminado.

08. Os tributos são determinados pela identificação do efeito confiscatório que deve ser feita em função da sua totalidade da carga tributária em relação ao contribuinte.

09. Que a vedação ao não confisco rege todas as espécies tributárias.

10. Que o princípio da vedação do tributo confiscatório impede a utilização de imposto com efeito de confisco, / mas não há percentual que estabeleça previamente os limites do tributo confiscatório.

11. O art. 150, IV, da Constituição Federal, impõe a vedação ao confisco. Pode-se concluir que o conceito "efeito de confisco" permite que o Poder Judiciário o reconheça em sede de controle normativo abstrato, ainda que se trate de multa fiscal.

12. Que as multas aplicadas em face da sonegação ou do não recolhimento dos impostos, quando superem o valor do bem, em princípio ofendem tanto o princípio da proporcionalidade quanto o da proibição de tributos com efeito de confisco.

13. Os impostos sobre o patrimônio podem ser confiscatórios, quando considerados em sua perspectiva estática.

14. Uma alíquota do imposto sobre produtos industrializados de 150%, por exemplo, não significa necessariamente confisco.

15. O imposto de transmissão causa mortis, na sua perspectiva dinâmica, pode ser confiscatório.

16. O princípio do não-confisco ajuda a dimensionar o alcance do princípio da progressividade, já que exige equilíbrio, moderação e medida na quantificação dos tributos.

6. ANEXO DO ARTIGO (ENUNCIADOS CORRETOS)

01. É correto afirmar que o princípio da vedação ao confisco foi aplicado às multas tributárias pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na ADI 1075 MC/DF. (FAURGS - 2022 - TJ-RS - Juiz Substituto)

02. É correto afirmar que o princípio da vedação ao confisco tem a função de impedir que a tributação deixe de azeitar e construir o direito de propriedade para

inviabilizá-lo, pelo excesso de exação. **(Instituto Consulplan - 2021 - TJ-MS - Titular de Serviços de Notas e de Registros – Remoção)**

03. Acerca de conceitos e definições referentes às espécies tributárias e de temas afins do direito tributário, é correto afirmar que a onerosidade excessiva do valor total exigido para determinada taxa em relação ao custo da atividade estatal configura ofensa à cláusula vedatória constitucional do não confisco. **(CESPE / CEBRASPE - 2021 - MPE-SC - Promotor de Justiça Substituto - Prova 1)**

04. Sobre as vedações constitucionais impostas aos entes da Federação, no que diz respeito ao poder de tributar, é certo dizer que: é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo com efeito de confisco. **(AMEOSC - 2020 - Câmara de Guarujá do Sul - SC - Controlador Interno)**

05. O direito tributário é uma área do direito que se presta ao estudo jurídico da tributação. A tributação, por sua vez, circunda as noções de tributo, arrecadação e fiscalização. Na Constituição Federal, ao definir as “Limitações ao Poder de Tributar”, em seu art. 150 e seguintes, definiu uma série de princípios que norteiam o direito tributário, dentre eles: I. Legalidade (art. 150, I). II. Isonomia (art. 150, II). III. Irretroatividade tributária (art. 150, III, a). IV. Anterioridade de exercício (art. 150, III, b). V. Vedação ao confisco (art. 150, IV). **(EDUCA - 2020 - Prefeitura de Cabedelo - PB - Auditor de Controle Interno)**

06. Com base nos princípios constitucionais tributários, é INCORRETO afirmar que a proibição do confisco e a função do tributo cujo emprego visa à finalidade eminentemente arrecadatória. Representa o mero tráfego de dinheiro (tributo), que sai do patrimônio do sujeito passivo para os cofres públicos (sujeito ativo), estampando-se, com isso, uma nítida função arrecadatória. A maior parte dos impostos tem função arrecadatória. **(AMEOSC - 2019 - Prefeitura de Anchieta - SC - Fiscal de Tributos e Obras)**

07. Durante a aula de Direito Tributário, o professor Rodrigo explicou para os alunos que seria permitido à União, mas não aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo com efeito de confisco. Marcela, estudante, em consulta ao Código Tributário Nacional levantou o braço e indagou o professor, sustentando que de acordo com a Lei, seria permitido à todos entes federados, utilizar tributo com efeito de confisco. De acordo com o Código Tributário Nacional, é correto afirmar que nenhum dos dois têm razão, pois é vedado à todos entes da federação utilizar tributo com efeito de confisco. **(Prefeitura de Mondaí - SC - 2019 - Prefeitura de Mondaí - SC - Advogado)**

08. Regra geral, se, hipoteticamente, a alíquota efetiva de um imposto, sobre determinada operação, resultar que mais de 50% (cinquenta por cento) do seu valor

econômico líquido seja destinado ao Fisco, restará patente a inconstitucionalidade da exação por ofensa ao princípio da não confiscatoriedade. **(VUNESP - 2019 - Câmara de São Miguel Arcanjo - SP - Procurador Legislativo)**

09. Acerca das limitações ao poder de tributar, é correto afirmar que é vedado utilizar tributo com efeito de confisco. **(IBFC - 2019 - Emdec - Advogado Jr)**

10. Acerca do regime dos princípios tributários, é INCORRETO afirmar que o princípio do não-confisco, implícito no texto constitucional, veda o emprego da tributação com finalidade extrafiscal. **(FCC - 2019 - DPE-SP - Defensor Público)**

11. Com relação à competência tributária e aos princípios e limitações constitucionais ao poder de tributar, é correto afirmar: o Supremo Tribunal Federal tem adotado entendimento no sentido de que, embora o confisco seja conceito jurídico indeterminado, o princípio da vedação do confisco deve ser utilizado para limitar o percentual de multa imposta ao contribuinte. **(VUNESP - 2018 - TJ-SP - Juiz Substituto)**

12. Levando em consideração os princípios constitucionais tributários, É INCORRETO afirmar: o tributo, via de regra, pode ter efeito de confisco; as multas decorrentes do descumprimento dos deveres tributários, por sua vez, não podem assumir tal efeito, em virtude do princípio constitucional que proíbe o efeito de confisco no âmbito das relações tributárias. **(UFPR - 2018 - COREN-PR – Advogado)**

13. Relativamente ao Sistema Constitucional Tributário, é correto afirmar que: é aplicável a proibição constitucional do confisco em matéria tributária, ainda que se trate de multa fiscal resultante do inadimplemento pelo contribuinte de suas obrigações tributárias. **(CONSULPLAN - 2018 - TJ-MG - Titular de Serviços de Notas e de Registros – Provedor)**

14. O sistema tributário nacional é integrado por um conjunto de princípios e regras que limitam o exercício do poder de tributar do Estado. Acerca do exercício da competência tributária É INCORRETO dispor: a vedação do não-confisco ao Estado, no exercício de seu poder de tributar, limita a perda de bens no âmbito criminal. **(UEG - 2018 - PC-GO - Delegado de Polícia)**

15. Considerando que dentre as limitações constitucionais ao poder de tributar insere-se a vedação ao uso do tributo com efeito de confisco, indique qual a afirmação CORRETA: a multa correspondente a 90% do valor do tributo devido não tem caráter confiscatório. **(TRF - 3ª REGIÃO - 2018 - TRF - 3ª REGIÃO - Juiz Federal Substituto)**

16. Após regular processo administrativo, determinado auditor tributário aplicou multa a contribuinte, em decorrência do não recolhimento de imposto. O valor da multa corresponde ao dobro do montante não recolhido com base em previsão legal. Nessa

situação hipotética, é correto afirmar que houve violação do princípio do não confisco, dado o valor da multa aplicada. **(CESPE - 2018 - SEFAZ-RS - Auditor do Estado - Bloco II)**

17. Sobre as limitações constitucionais do poder de tributar, É INCORRETO afirmar que de acordo com o Supremo Tribunal Federal, avalia-se o efeito confiscatório do tributo por meio de um exame da carga tributária representada por cada tributo, isoladamente. **(FAUEL - 2017 - Prev São José - PR – Advogado)**

18. Em matéria de direito constitucional tributário é INCORRETO afirmar que a proibição de confisco é adstrita aos tributos em si, conforme a letra da constituição, e não abarca as multas sancionatórias. **(FMP Concursos - 2017 - PGE-AC - Procurador do Estado)**

19. É correto afirmar que a Constituição Federal garante ao contribuinte que o tributo deva ser razoável, não podendo ser tão oneroso que chegue a representar um verdadeiro confisco. **(PGE-MS - 2016 - PGE-MS - Procurador do Estado)**

20. A jurisprudência tem se posicionado pela inconstitucionalidade das multas moratórias quando superiores a certos percentuais relativos ao valor do tributo, 100%, por exemplo. O fundamento de tal posicionamento assenta-se no princípio constitucional da vedação ao confisco. **(VUNESP - 2016 - Prefeitura de Mogi das Cruzes - SP - Procurador Jurídico)**

21. No âmbito do exercício do poder de tributar, é INCORRETO afirmar que se pode instituir imposto sobre grande fortunas, confiscando bens que tragam o crescimento exagerado do patrimônio de pessoas muito ricas.

22. De acordo com o texto constitucional, em relação às limitações do poder de tributar, é vedado à União, aos Estados e aos Municípios utilizar tributos com efeito de confisco. **(INSTITUTO AOCP - 2016 - EBSEH - Advogado (CH-UFGA))**

23. É correto afirmar que sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, utilizar tributo com efeito confiscatório. **(BIO-RIO - 2016 - SAAE de Barra Mansa – Advogado)**

23. Conforme as limitações constitucionais ao poder de tributar, onde constituem uma garantia dos contribuintes relacionada ao fisco, marque a opção INCORRETA.R - Os tributos são determinados pela identificação do efeito confiscatório que não deve ser feita em função da sua totalidade da carga tributária, mas sim em cada tributo isoladamente.

(COPESE - UFPI - 2015 - Prefeitura de Bom Jesus - PI - Fiscal de Tributos - Prova Anulada)

24. É correto afirmar que o não-confisco relacionado aos tributos, refere-se a um princípio que ajuda a dimensionar o alcance do princípio da progressividade, exigindo um equilíbrio, moderação e medida na quantificação dos tributos. **(COPESE - UFPI - 2015 - Prefeitura de Bom Jesus - PI - Fiscal de Tributos - Prova Anulada)**

25. Acerca dos princípios constitucionais tributários, é correto afirmar que o princípio da vedação à utilização de tributo com efeito de confisco, previsto expressamente na CF, aplica-se igualmente às multas tributárias, de modo a limitar, conforme jurisprudência pacífica do STF, o poder do Estado na instituição e cobrança de penalidades. **(CESPE - 2015 - AGU - Advogado da União)**

26. Em observância aos princípios constitucionais tributários, é correto afirmar que é vedado aos Estados utilizar tributo com efeito de confisco. **(FUNDEP (Gestão de Concursos) - 2015 - CORECON - MG – Advogado)**

27. Quanto à imunidade tributária e à isenção tributária, é INCORRETO afirmar que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo com efeito de confisco; todavia, os entes estatais estão autorizados pela Constituição Federal a estabelecerem limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, inclusive por meio da cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público. **(CONSULPLAN - 2015 - TJ-MG - Titular de Serviços de Notas e de Registro – Remoção)**

28. É INCORRETO afirmar que o art. 150, IV, da Constituição Federal estabelece o não confisco como princípio a ser aplicado aos tributos, vale dizer, a restrição não se aplica as multas tributárias. **(PGR - 2015 - PGR - Procurador da República)**

29. Sobre as limitações ao poder de tributar, é INCORRETO afirmar que é vedada a utilização de tributo com efeito de confisco, vedação que não alcança as multas tributárias. **(FUNCEFET - 2014 - Prefeitura de Vila Velha - ES - Analista Público de Gestão)**

30. Caso houvesse a instituição de determinado tributo que absorvesse a integralidade da renda do contribuinte, tal imposição não poderia ser acatada por estar caracterizado o denominado: confisco. **(CEPERJ - 2014 - FSC – Advogado)**

31. É correto afirmar que: a vedação ao confisco também se estende às taxas. **(FUNDATEC - 2014 - SEFAZ-RS - Técnico Tributário da Receita Estadual - Prova 2)**

32. De acordo com as limitações ao poder de tributar é INCORRETO afirmar que pelo princípio da vedação ao confisco a cobrança da multa moratória afasta a utilização da

taxa Selic como índice de atualização de débitos tributários. **(FEPESE - 2014 - Prefeitura de Palhoça - SC - Procurador do Município)**

33. Acerca dos princípios constitucionais tributários e das limitações constitucionais ao poder de tributar, julgue o item seguinte. Nesse sentido, considere que a sigla STF, sempre que empregada, se refere ao Supremo Tribunal Federal. É correto afirmar que a jurisprudência do STF firmou-se no sentido de que é aplicável a proibição constitucional do confisco em matéria tributária, ainda que se trate de multa fiscal resultante do inadimplemento, pelo contribuinte, de suas obrigações tributárias. **(CESPE - 2014 - Câmara dos Deputados - Analista Legislativo - Consultor de Orçamento e Fiscalização Financeira)**

34. Tendo em conta as limitações constitucionais do poder de tributar, aponte a alternativa INCORRETA: R – Tem efeito de confisco a cobrança de alíquota de imposto equivalente a 40% (quarenta por cento). **(UEPA - 2013 - SEAD-PA - Fiscal de Receitas Estaduais - Conhecimentos básicos)**

35. Com relação ao poder de tributar, é vedada à União, aos Estados, ao DF e aos Municípios sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte: utilizar tributo com efeito de confisco. **(IMA - 2013 - Câmara Municipal de Governador Edson Lobão - MA - Assessor Jurídico Parlamentar)**

36. A respeito do princípio constitucional da vedação de utilização de tributo com efeito de confisco, é correto afirmar: a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais básicas. **(TRF - 3ª REGIÃO - 2013 - TRF - 3ª REGIÃO - Juiz Federal)**

37. De acordo com a CF, as normas gerais de direito tributário e a jurisprudência do STJ e do STF sobre essa matéria é correto afirmar que configura-se o caráter confiscatório de determinado tributo sempre que o efeito cumulativo, resultante das múltiplas incidências tributárias estabelecidas pela mesma entidade estatal, afetar, substancialmente e de maneira irrazoável, o patrimônio ou os rendimentos do contribuinte. **(CESPE - 2013 - TRF - 5ª REGIÃO - Juiz Federal)**

38. Sobre o princípio do não-confisco, previsto no artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal, é CORRETO afirmar que: rege todas as espécies tributárias. **(SIGMA ASSESSORIA - 2012 - Câmara de Jahu - SP – Advogado)**

39. É INCORRETO afirmar que: com base nos princípios da capacidade contributiva, da modicidade tributária e do não confisco, o Supremo Tribunal Federal vem autorizando, independentemente de lei específica, a atualização monetária da tabela progressiva do imposto de renda e das respectivas deduções. **(MPE-MG - 2012 - MPE-MG - Promotor de Justiça)**

40. Considerando a majoração, para o patamar de 25%, da contribuição previdenciária dos servidores públicos de determinado ente federado, associada à incidência do imposto de renda de 27,5%, assinale a opção correta a respeito do efeito confiscatório e da contribuição previdenciária. R – A vedação do efeito confiscatório aplica-se tanto aos tributos propriamente ditos quanto às multas pelo descumprimento da legislação tributária. **(TJ-PA)**

41. Considerando as limitações constitucionais ao poder de tributar, é correto afirmar que a multa moratória tem caráter sancionatório e, para cumprir sua função de desencorajar a elisão fiscal, não pode ser pífia, mas não pode ter um valor que lhe confira característica confiscatória. **(PGE-PA - 2011 - PGE-PA - Procurador do Estado)**

42. Em relação aos princípios constitucionais tributários, é INCORRETO afirmar que de acordo com a legislação brasileira, são considerados confiscatórios tributos cuja alíquota seja igual ou superior a 32%. **(FUNDATEC - 2011 - PGE-RS - Procurador do Estado)**

43. A respeito dos princípios constitucionais tributários, assinale a alternativa correta, considerando que a segunda assertiva é decorrência lógico-jurídica da primeira. R – O princípio da vedação do tributo confiscatório impede a utilização de imposto com efeito de confisco, / mas não há percentual que estabeleça previamente os limites do tributo confiscatório. **(FGV - 2011 - SEFAZ-RJ - Auditor Fiscal da Receita Estadual - Prova 2)**

44. Sobre as limitações constitucionais do poder de tributar, é vedado utilizar tributo com efeito de confisco. **(UPENET - 2010 - SUAPE – Advogado)**

45. Com relação ao sistema constitucional tributário, é correto afirmar que considere que certo contribuinte tenha sido compelido a pagar multa de cerca de 300% sobre o valor do tributo devido, em razão de descumprimento de obrigação tributária. Nessa situação, é aplicável o princípio da vedação do uso de multa com efeito de confisco. **(CESPE - 2010 - DETRAN-ES – Advogado)**

46. É incorreto afirmar que a vedação à instituição de tributos com efeito de confisco não atinge as multas moratórias ou punitivas, que podem ser fixadas em qualquer patamar conforme admitido pela jurisprudência.

47. A CF traça critérios no tocante à limitação ao poder de tributar, uma vez que é necessário haver harmonia entre os entes federados que podem instituir tributos, a fim de que não haja, entre outros aspectos, a bitributação. Acerca desse assunto, É INCORRETO afirmar que nas situações de calamidade pública e de estado de sítio, é plenamente válida a utilização de tributos com efeito de confisco, desde que publicada a lei respectiva e que sua incidência se efetive no exercício posterior ao da publicação da lei. **(CESPE - 2009 - TCE-ES - Procurador Especial de Contas)**

48. O art. 150, IV, da Constituição Federal, impõe a vedação ao confisco. Pode-se concluir que o conceito "efeito de confisco" permite que o Poder Judiciário o reconheça em sede de controle normativo abstrato, ainda que se trate de multa fiscal. **(VUNESP - 2009 - TJ-SP – Juiz)**

49. Sobre os princípios que regem nosso Sistema Tributário Nacional é INCORRETO afirmar: o princípio da Vedação de Confisco tem por objetivo estabelecer a tributação justa e livre de arbitrariedade, não se aplica, porém, a todas as espécies tributárias, mas somente aos tributos de natureza vinculada à atuação estatal. **(FCC - 2009 - SEFAZ-SP - Agente Fiscal de Rendas - Gestão Tributária - Prova 3)**

50. Sobre as prescrições constitucionais insertas na seção 'Das limitações do poder de tributar', é INCORRETO afirmar: em razão da vedação da utilização do tributo com o efeito de confisco, a União não pode instituir o Imposto sobre grandes fortunas. **(FCC - 2009 - SEFAZ-SP - Agente Fiscal de Rendas - Gestão Tributária - Prova 3)**

51. Com relação às limitações constitucionais do poder de tributar, é correto afirmar que as multas aplicadas em face da sonegação ou do não recolhimento dos impostos, quando superem o valor do bem, em princípio ofendem tanto o princípio da proporcionalidade quanto o da proibição de tributos com efeito de confisco. **(CESPE - 2009 - TRF - 2ª REGIÃO - Juiz Federal)**

52. Conforme o art. 3º do CTN, Tributo é 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. Partindo da premissa de que o conceito de tributo previsto no Código Tributário Nacional foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e fazendo uma interpretação sistemática do Código Tributário Nacional inserido na ordem constitucional vigente, é correto afirmar que no conceito legal de tributo é possível identificar alguns dos denominados "princípios constitucionais tributários". São identificáveis no conceito legal de tributo os princípios: da legalidade e da vedação ao efeito de confisco. **(FCC - 2009 - SEFAZ-SP - Agente Fiscal de Rendas - Prova 2)**

53. É INCORRETO DISPOR que para que sejam garantidas a aplicação do princípio do não-confisco e a do princípio da capacidade contributiva, o STF entende que a constituição de um estado-membro da Federação pode estabelecer limites para o aumento dos impostos e contribuições municipais. **(CESPE - 2009 - AGU - Advogado da União)**

54. Entre as limitações constitucionais ao poder de tributar, que constituem garantias dos contribuintes em relação ao fisco, é correto afirmar que:**01.** Os impostos sobre o patrimônio podem ser confiscatórios, quando considerados em sua perspectiva estática. **02.** Uma alíquota do imposto sobre produtos industrializados de 150%, por exemplo, não significa necessariamente confisco. **03.** O imposto de transmissão causa mortis, na sua perspectiva dinâmica, pode ser confiscatório. **04.** O princípio do não-confisco ajuda a dimensionar o alcance do princípio da progressividade, já que exige equilíbrio, moderação e medida na quantificação dos tributos. **(ESAF - 2009 - Receita Federal - Auditor Fiscal da Receita Federal - Prova 2)**

55. Considere que um decreto presidencial tenha majorado a alíquota do imposto sobre a importação de determinado bem de 10% para 200%. Nesse caso, por se tratar de tributo com função extrafiscal de controle da balança comercial, a referida majoração não fere o princípio do não-confisco. **(CESPE - 2008 - PGE-ES - Procurador do Estado)**

56. É INCORRETO afirmar que o princípio do não-confisco deve considerar a incidência específica de cada tributo. **(FGV - 2008 - Senado Federal – Advogado)**

57. Com referência ao Sistema Tributário Nacional e aos princípios da ordem orçamentária, é incorreto afirmar que o princípio do não-confisco, em matéria tributária, permite que sejam expropriados os bens utilizados na produção ou no tráfico de entorpecentes e drogas afins. **(CESPE - 2007 - TCU - Analista de Controle Externo - Comum a todos)**

7. REFERÊNCIAS

AMORIM, Sylvia. Multa tributária: o que é, tipos e qual a condenação. 2022. Disponível em [Link](#). Acesso em 05 de junho de 2022.

BALA, Vitor Antônio de Oliveira. Diferenças e semelhanças entre Tributo e Multa. 2014. Disponível em [link](#). Acesso em 29 de setembro de 2021.

BECHO, Renato Lopes; PIRES, Danilo Barth. As multas tributárias e o princípio do não confisco na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2016. Disponível em [Link](#). Acesso em 29 de maio de 2022.

CASSONE, Vittorio. **Direito Tributário.** 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 41.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Direito Tributário (Coleção sinopses jurídicas v. 16).** 20º ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pp. 73-74.

DE OLIVEIRA, Ricardo Pereira. Princípios Gerais do Direito Tributário – Vedação ao Confisco. 2021. Disponível em [Link](#). Acesso em 29 de maio de 2022.

Dicio.com.br. Mora. 2022. Disponível em [Link](#). Acesso em 29 de maio de 2022.

Dicio.com.br. Punição. 2022. Disponível em [Link](#). Acesso em 29 de maio de 2022.

FROTA, Jorge Henrique Sousa. **Manual de Direito Tributário para o Exame da Ordem. Parte 01: conceitos.** 2021. Ed. Independente. Fortaleza – Ceará, p. 61.

JUNIOR, Cláudio Ricardo Silva Lima. Dimensões da razoabilidade em matéria tributária: o princípio da vedação ao confisco na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2015. Disponível em [Link](#). Acesso em 29 de maio de 2022.

KFOURI, Anis. **Curso de direito tributário.** 4th edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, Pp. 95-96.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 24ª edição, SP: Malheiros, 1999.

NILO, Edvaldo. Curso regular de direito tributário para o STJ– teoria completa e questões comentadas do CESPE aula 1 – poder de tributar e competência tributária. Sistema tributário nacional. Princípios constitucionais tributários. 2018. Disponível em [Link](#). Acesso em 29 de maio de 2022.

O EFEITO DA LEI DE MIGRAÇÃO SOBRE O ESTATUTO DO ESTRANGEIRO: A HUMANIZAÇÃO DA CONDIÇÃO JURÍDICA DO ESTRANGEIRO

KATIA GOMES DA SILVA: Acadêmica do curso de Direito da Universidade Estadual do Tocantins. Especialista em Legislação Educacional pela UNITINS. Especialista em Docência de Ensino Superior pela Faculdade Suldamérica. Bacharel em Sistemas de Informação pelo Centro Universitário Luterano de Palmas, CEULP/ULBRA. Servidora pública da Universidade Estadual do Tocantins.

LUCAS FERNANDES DE MORAIS VIDOVIX⁷⁹

(Coautor)

RÔNISON APARECIDO DOS SANTOS⁸⁰

(Coautor)

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar a Lei de Migração (Lei n. 13.455) aprovada em maio de 2017, em contraposição ao antigo diploma normativo que trata de questões de imigração, nomeadamente de Estatuto do Estrangeiro. Destaca os avanços e melhorias alcançados no âmbito dos direitos humanos, chamando a atenção para os desafios e ameaças com relação à regulamentação da nova lei, que demonstra algumas contradições entre a Lei de Migração e o Decreto n. 9.199/2017.

Palavras-chave: Lei de Migração. Direitos Humanos. Estatuto do Estrangeiro. Imigrantes. Desafios.

ABSTRACT: The present work aims to analyze the Migration Law (Law n. 13.455) approved in May 2017, in opposition to the old normative diploma that deals with immigration issues, namely the Foreigner Statute. It highlights the advances and improvements achieved in the field of human rights, drawing attention to the challenges and threats in relation to the regulation of the new law, which demonstrates some contradictions between the Migration Law and Decree n. 9.199/2017.

Keywords: Migration Law. Human rights. Alien Statute. immigrants. Challenges.

⁷⁹ Bacharel em Engenharia Civil pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Bacharelado do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO. Servidor Público efetivo do Município de Porto Nacional. E-mail: lucasfermorais@hotmail.com.

⁸⁰ Especialista em Direito Tributário pela Escola Nacional de Administração Pública (ENAP). Bacharel em Engenharia de Alimentos pela Universidade Federal de Viçosa (UFV). Bacharelado do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO. Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil (RFB).

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Sobre o Estatuto do Estrangeiro. 3. A Lei de Migração (Lei n. 13.455/2017): avanços e melhorias no campo dos direitos humanos. 4. Os desafios da Lei de Migração. 4.1 O impacto dos vetos presidenciais. 4.2 A regulamentação da Lei de Migração (Decreto n. 9.199/2017). 5. Considerações finais. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O fenômeno da migração, apesar de não ser recente, tem produzido alguns desenvolvimentos em nível estadual, seja no campo político, social, econômico ou jurídico. No Brasil, a matéria sobre a situação jurídica do estrangeiro foi concebida em uma lei formulada durante a ditadura militar, e a lógica da lei baseava-se na segurança nacional. No entanto, essa situação foi modificada com a edição da Lei n. 13.445, aprovada em maio de 2017, incluindo a Lei de Migração brasileira, com base na proteção dos direitos humanos.

Importante destacar que a nova Lei revela a preocupação do Estado brasileiro com a migração, e que alguns aspectos dela precisavam ser regulamentados por lei. A cada ano aumenta o número de imigrantes que procuram uma qualidade de vida superior à do seu país de origem, mas, em contrapartida, as pessoas têm notado que os mecanismos de segurança e a eficácia dessa escolha não têm crescido na mesma proporção.

No passado, o Brasil não adotou medidas efetivas para proteger os direitos dos imigrantes, pois a Lei n. 6.815/1980 que tratava dos estrangeiros resistia à rígida burocracia, herdeira do opressor passado militar (ZAMBERLAM, 2004).

Com o aumento da chegada de um grande número de imigrantes e refugiados ao Brasil, muitos deles em situação de extrema vulnerabilidade, percebe-se que as leis vigentes de imigração praticamente tornam impossível a permanência de imigrantes e refugiados no Brasil e a sua integração social e econômica. A partir disso, foi sentida a necessidade de novos regulamentos.

Entretanto, a lei que deu um grande passo à frente e está na vanguarda dos direitos humanos foi distorcida devido à aprovação do decreto, que vetou importantes pontos da Lei, dificultando a entrada e a permanência de imigrantes no país. Destaca-se que a maioria dos vetos viola a própria lei.

Diante dessa situação, é necessário compreender o papel do Brasil no acolhimento e na garantia dos direitos dos migrantes e analisar o quadro jurídico e institucional sobre o tema.

2 SOBRE O ESTATUTO DO ESTRANGEIRO

As disposições sobre a nacionalidade estão previstas na Constituição de 1988, assim, o indivíduo que não constava no rol descrito do art. 12 da Carta Magna, seja como brasileiro nato ou naturalizado, era considerado estrangeiro, e a sua situação jurídica encontrava-se prevista na Lei n. 6.815 de 1980, o conhecido Estatuto do Estrangeiro.

Tal Estatuto foi criado no período do governo do general João Batista Figueiredo, e “pautava a política migratória brasileira, cujo fundamento era a segurança nacional – o Estado tinha como pretensão proteger-se do imigrante” (MORAES, 2017, p. 36). Cabe ressaltar que a Lei n. 6.815/1980 foi concebida no período em que o Estado brasileiro era conduzido por militares.

A lei enumera seus princípios norteadores em seu art. 2º: “Na aplicação desta Lei atender-se-á precipuamente à segurança nacional, à organização institucional, aos interesses políticos, socioeconômicos e culturais do Brasil, bem assim à defesa do trabalhador nacional” (BRASIL, 1980, online). Portanto, é possível entender a imigração como um perigo potencial para a segurança nacional e uma ameaça ao emprego para os cidadãos brasileiros.

Este também é o entendimento de Oliveira (2017, p. 170), o qual afirma que:

A migração internacional no Brasil era regulada até então por normas legais implementadas no período do Regime Militar, nas quais o imigrante era visto como uma ameaça à “estabilidade e à coesão social” do país, predominando, portanto, o enfoque da segurança nacional, que deveria manter de fora das nossas fronteiras aqueles que “pretendiam vir causar desordem em nossas plagas”.

O referido Estatuto estipulava uma burocracia complexa para os imigrantes, sem estabelecer direitos – apenas regulava a imigração, a deportação e a extradição.

De acordo com a interpretação das disposições legais do Estatuto do Estrangeiro, os direitos civis dos imigrantes estavam lesados, tendo em vista a proibição de exercerem atividades políticas, como previsto em seu art. 107:

Art. 107. O estrangeiro admitido no território nacional não pode exercer atividade de natureza política, nem se imiscuir, direta ou indiretamente, nos negócios públicos do Brasil, sendo-lhe especialmente vedado:

I – organizar, criar ou manter sociedade ou quaisquer entidades de caráter político, ainda que tenham por fim apenas a propaganda ou a difusão, exclusivamente entre compatriotas, de ideias, programas ou normas de ação de partidos políticos do país de origem;

II – exercer ação individual, junto a compatriotas ou não, no sentido de obter, mediante coação ou constrangimento de qualquer natureza, adesão a ideias, programas ou normas de ação de partidos ou facções políticas de qualquer país;

III – organizar desfiles, passeatas, comícios e reuniões de qualquer natureza, ou deles participar, com os fins a que se referem os itens I e II deste artigo.

Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo não se aplica ao português beneficiário do Estatuto da Igualdade ao qual tiver sido reconhecido o gozo de direitos políticos (BRASIL, 1980, online).

Durante décadas, o entendimento geral desse dispositivo não mudou: os estrangeiros não podiam se envolver em atividades políticas ou interferir nos assuntos internos do Brasil.

O Estatuto do Estrangeiro, extremamente conservador, restringia a liberdade dos imigrantes dentro do território brasileiro, sendo caracterizados como indivíduos inferiores em comparação aos cidadãos do país, evidenciado em seu art. 106:

Art. 106. É vedado ao estrangeiro:

I – ser proprietário, armador ou comandante de navio nacional, inclusive nos serviços de navegação fluvial e lacustre;

II – ser proprietário de empresa jornalística de qualquer espécie, e de empresas de televisão e de radiodifusão, sócio ou acionista de sociedade proprietária dessas empresas;

III – ser responsável, orientador intelectual ou administrativo das empresas mencionadas no item anterior;

IV – obter concessão ou autorização para a pesquisa, prospecção, exploração e aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica;

V – ser proprietário ou explorador de aeronave brasileira, ressalvado o disposto na legislação específica;

VI – ser corretor de navios, de fundos públicos, leiloeiro e despachante aduaneiro;

VII – participar da administração ou representação de sindicato ou associação profissional, bem como de entidade fiscalizadora do exercício de profissão regulamentada;

VIII – ser prático de barras, portos, rios, lagos e canais;

IX – possuir, manter ou operar, mesmo como amador, aparelho de radiodifusão, de radiotelegrafia e similar, salvo reciprocidade de tratamento;

X – prestar assistência religiosa às Forças Armadas e auxiliares, e também aos estabelecimentos de internação coletiva. [...] (BRASIL, 1980, online).

Percebe-se que as características do revogado Estatuto do Estrangeiro são incompatíveis com o espírito de um país democrático de direito. Além de que, conflitava com os tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é parte e com os princípios democráticos e as garantias básicas estabelecidas na Constituição Federal de 1988.

Para Oliveira (2017, p. 173), “a política migratória no Brasil vivia o paradoxo de conviver com um marco regulatório baseado na segurança nacional em plena ordem democrática”. Ademais, o Estatuto do Estrangeiro, “além de ultrapassado na dimensão política, acabava por estagnar a tomada de decisões com vistas a acolher e integrar os imigrantes”.

Após anos de mobilização, a Lei de Migração foi sancionada (Lei n. 13.445/2017), marcando um grande avanço, isso porque o Estatuto do Estrangeiro transpassava uma visão negativa, retrógrada e discriminatória sobre o imigrante, vendo-o como um invasor ao interesse nacional.

3 A LEI DE MIGRAÇÃO (LEI N. 13.455/2017): AVANÇOS E MELHORIAS NO CAMPO DOS DIREITOS HUMANOS

No dia 24 de maio de 2017, foi sancionada a Lei n. 13.445/2017, conhecida como a Lei de Migração, que revogou expressamente a Lei n. 6.815/1980, o Estatuto do Estrangeiro. A ideia de que os estrangeiros, por exclusão, eram identificados como todos aqueles que não se enquadravam na categoria de nacionais, sofreu profunda mudança a partir do momento em que a Lei n. 13.445/2017 entrou em vigência. A referida lei trata dos direitos e das obrigações dos imigrantes e visitantes brasileiros, regulamenta a entrada e residência de estrangeiros e estabelece normas de proteção aos brasileiros no exterior.

A Lei de Migração também confirmou mudanças na nomenclatura substituindo o termo estrangeiro, a fim de eliminar o estigma associado à imigração, conforme dispõe em seu art. 1º:

Artigo 1º Esta Lei dispõe sobre os direitos e os deveres do migrante e do visitante, regula a sua entrada e estada no País e estabelece princípios e diretrizes para as políticas públicas para o emigrante.

§ 1º Para os fins desta Lei, considera-se:

I. (VETADO);

II. imigrante: pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil;

III. emigrante: brasileiro que se estabelece temporária ou definitivamente no exterior;

IV. residente fronteiriço: pessoa nacional de país limítrofe ou apátrida que conserva a sua residência habitual em município fronteiriço de país vizinho;

V. visitante: pessoa nacional de outro país ou apátrida que vem ao Brasil para estadas de curta duração, sem pretensão de se estabelecer temporária ou definitivamente no território nacional;

VI. apátrida: pessoa que não seja considerada como nacional por nenhum Estado, segundo a sua legislação, nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954, promulgada pelo Decreto nº 4.246, de 22 de maio de 2002, ou assim reconhecida pelo Estado brasileiro (BRASIL, 2017, online).

Diferentemente do Estatuto do Estrangeiro, a Lei de Migração trata o imigrante como um sujeito de direitos e garante, em todo o território nacional, condição de igualdade com os nacionais, salvaguardando o princípio da isonomia, presente no artigo 5º do texto constitucional. Representa um grande avanço na legislação dos direitos humanos dos imigrantes, na qual a Constituição de 1988 é o grande marco legal, extinguindo, assim, os resquícios jurídicos da ditadura militar. Nesse ambiente de “redemocratização do país, a Constituição de 1988 foi capaz de permitir a saída de um regime autocrático e intolerante para um Estado democrático de direito” (BARROSO, 2013, p. 268).

Silva (2005, p. 190) afirma que “não somente os direitos individuais presentes no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 são conferidos aos estrangeiros residentes no país, mas também os sociais e coletivos”. Extrai-se daí a incompatibilidade do referido Estatuto com a melhor interpretação do texto da Carta Magna.

Entre as principais alterações introduzidas pela Lei de Migração, incluem-se a redução da burocracia no processo de regularização migratória, a política de vistos humanitários, além de conceder uma série de direitos que antes não existiam.

Nessa ideia de efetivação da dignidade humana dos imigrantes, a Lei de Migração rejeita a xenofobia, o racismo e qualquer forma de discriminação, considerados uma violação dos direitos humanos, previsto em seu art. 3º, inciso II. Além disso, outra novidade trazida é o combate à criminalização dos imigrantes, como dispõe o inciso III (BRASIL, 2017). Pode-se inferir daí que o imigrante não é visto como uma ameaça ao Estado, mas como uma pessoa com direitos, sendo-lhe devido o amplo acesso à justiça e à assistência jurídica. Tais previsões são cruciais, pois o Estatuto do Estrangeiro não mencionava o direito dos imigrantes ao acesso à justiça, o que é incoerente com o texto constitucional.

A Lei trata ainda, no art. 3º, inciso XI, da “garantia de cumprimento de obrigações legais e contratuais trabalhistas e de aplicação das normas de proteção ao trabalhador, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória” (BRASIL, 2017, online), diferentemente da Lei n. 6.815/1980, em que o imigrante era tratado com uma ameaça ao emprego dos cidadãos brasileiros. Em uma interpretação de acordo com a

Constituição de 1988, as regras que discriminam as pessoas que entram no país para trabalhar são inconstitucionais.

Outra inovação legislativa importante é a recepção humanitária por meio da emissão de vistos específicos ou autorização de residência e a proteção aos apátridas. Nesse caso, a legislação brasileira garante à pessoa apátrida interessada nessa proteção, após processo de reconhecimento da sua condição, obter uma autorização de residência permanente no Brasil, e poderá optar voluntariamente por um procedimento simplificado e rápido de naturalização brasileira.

Ademais, o artigo 4º da Lei n. 13.455/2017 garante a inviolabilidade da vida, liberdade, igualdade, segurança e direitos de propriedade, em condição de igualdade com os brasileiros. Estipula direitos básicos, como o direito de reunião para fins pacíficos, o direito de associação, incluindo os direitos sindicais, o direito à educação pública, entre outros.

Assim, os princípios da Lei de Migração são a universalidade dos direitos humanos, a exclusão e prevenção da xenofobia, racismo e qualquer forma de discriminação à migração. Além de alcançar a inclusão social, a trabalhista e o acesso às políticas públicas, também garante igualdade de tratamento e oportunidades para os imigrantes.

4 Os desafios DA Lei de Migração

A Lei de Migração foi saudada por seu caráter avançado em comparação ao revogado Estatuto do Estrangeiro. Contudo os principais desafios se traduziram no enfrentamento dos vetos da Presidência da República e na regulamentação da Lei.

4.1 O impacto dos vetos presidenciais

O Presidente da República em exercício na época, Michel Temer, vetou trechos da nova Lei. Os vetos foram, entre outros: a definição de migrante, pois o conceito estava ampliado ao incluir o imigrante, o emigrante, o residente fronteiro e o apátrida (inciso I do § 1º do art. 1º); a anistia para migrantes sem documentos que entraram no país até 6 de julho de 2016, ao conceder autorização de residência, entre outros (OLIVEIRA, 2017).

Primeiro dos vetos que se destaca diz respeito ao conceito de migrante antes disposto no inciso I, § 1º do art. 1º da Lei de Migração:

Art. 1º [...]

I – migrante: pessoa que se desloca de país ou região geográfica ao território de outro país ou região geográfica, incluindo o imigrante, o emigrante, o residente fronteiro e o apátrida. [...].

Ao vetar a definição de migrante, cria-se uma lacuna nas normas, pois certas disposições da própria Lei de Migração envolvem o termo migrante, especialmente o art. 4º, que enumera os seus direitos. Gomes (2018, p. 22) assevera que

[...] o fato de haver interpretações a respeito de quem é ou deixa de ser migrante “abre espaço para discriminações para com estrangeiros” visto que será possível “estabelecer categorias distintas entre estes (os residentes que terão direitos iguais aos nacionais, e os demais, que poderão não os ter)”.

Outro dispositivo importante envolve o art. 118, que concedia anistia a imigrantes que ingressaram no Brasil até julho de 2016, independentemente de sua condição migratória. Assim, prescrevia o art. 118 da Lei de Migração:

Art. 118. Será concedida autorização de residência aos imigrantes que, tendo ingressado no território nacional até 6 de julho de 2016, assim o requeiram no prazo de 1 (um) ano após a entrada em vigor desta Lei, independentemente de sua situação migratória prévia.

Mayer, Souza e Cruz (2017, p. 5) salientam que

A anistia constitui meio para a garantia de que os direitos humanos de migrantes indocumentados sejam protegidos, devido ao caráter universal de tais direitos e ante a circunstância de o art. 5 da Constituição Federal, em sua literalidade, garantir a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade apenas a brasileiros e estrangeiros residentes no País.

É sabido que a falta de medidas de anistia migratória dificultou o processo de inserção dos migrantes na sociedade brasileira. O objetivo do dispositivo era ajudar a regularizar os imigrantes que fizeram contribuições ao Brasil e se estabeleceram aqui, mas ainda não têm documentos, em grande parte devido aos entraves do Estatuto do Estrangeiro.

A centralidade dos vetos justificou-se por entrar em conflito com o interesse público e por razões de segurança e, portanto, envolver a soberania nacional. Alguns desses vetos foram alvo de críticas por parte da comunidade jurídica brasileira, que os interpretou como violações dos propósitos humanísticos da Lei, uma vez que reafirmam uma força conservadora que orienta muitas das decisões do país.

4.2 A regulamentação da Lei de Migração (Decreto n. 9.199/2017)

A regulamentação da Lei de Migração, que é um grande avanço na vanguarda dos direitos humanos, acabou sendo um tanto distorcida com a sanção do Decreto n. 9.199/2017, pois a expectativa da aplicabilidade integral da Lei não foi contemplada por meio desse texto legal, o qual veta pontos importantes, que em sua maioria vai na contramão da própria Lei.

A elaboração do referido Decreto foi criticada por “organizações da sociedade civil, organismos internacionais, acadêmicos, migrantes e refugiados que apontaram os poucos espaços de participação disponíveis ao longo do processo de elaboração do decreto” além da desarmonia entre o seu texto final e o conteúdo e espírito da nova Lei de Migração (BRASIL, 2018, p. 33).

O Decreto n. 9.199/2017 não levou em consideração as sugestões da sociedade civil e acrescentou pontos conflitantes, como, por exemplo, seu art. 211, que prevê a possibilidade de prisão ou outra medida cautelar, por solicitação da Polícia Federal, de imigrantes em situação irregular, o que contraria o disposto no art. 123 da Lei de Migração: “ninguém será privado de sua liberdade por razões migratórias” (BRASIL, 2017a, online).

De acordo com o Ministério Público Federal e a Defensoria Pública da União, a redação do Decreto “acaba indo em sentido contrário ao declarar, na seção que trata da efetivação das medidas de retirada compulsória, que o delegado da Polícia Federal poderá representar perante o juízo federal pela prisão ou por outra medida cautelar” (BRASIL, 2018, 37).

Ademais, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 7.2, prevê que “ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas” (CIDH, 1969, online).

Portanto, apenas a Lei, em sentido estrito, pode dispor sobre matéria penal e processual penal, e, por conseguinte, dispor sobre prisão, não se admitindo que qualquer

outra espécie normativa o faça, o que inclui decretos regulamentares (FRANCO, 2020, p. 137).

Os críticos do Decreto também apontam que este possui omissões importantes que demandavam regulamentação, como o visto temporário para acolhida humanitária, previsto no art. 14, I, c e § 3º da Lei de Migração:

Art. 14. O visto temporário poderá ser concedido ao imigrante que venha ao Brasil com o intuito de estabelecer residência por tempo determinado e que se enquadre em pelo menos uma das seguintes hipóteses:

I - o visto temporário tenha como finalidade: [...]

c) acolhida humanitária; [...]

§ 3º O visto temporário para acolhida humanitária poderá ser concedido ao apátrida ou ao nacional de qualquer país em situação de grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de desastre ambiental ou de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário, ou em outras hipóteses, na forma de regulamento (BRASIL, 2017, online).

Portanto esperava-se que o Decreto n. 9.199/2017 regulamentasse esse tipo de visto temporário. No entanto, se limitaram a estipular que:

Art. 36. O visto temporário para acolhida humanitária poderá ser concedido ao apátrida ou ao nacional de qualquer país em situação de grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de desastre ambiental ou de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário.

*§ 1º Ato conjunto dos Ministros de Estado da Justiça e Segurança Pública, das Relações Exteriores e do Trabalho definirá as condições, os prazos e os requisitos para a emissão do visto mencionado no caput **para os nacionais ou os residentes de países ou regiões nele especificados.** (grifo nosso) (BRASIL, 2017a, online).*

Nesse caso, tais procedimentos podem atrasar ou burocratizar a concessão dos vistos. Tal se dá porque, nos termos da expressão “para os nacionais ou os residentes de países ou regiões nele especificados”, abre-se a possibilidade de cerceamento da concessão do visto tão somente aos casos previstos no *caput* do art. 36, citados anteriormente, o que vai de encontro ao princípio da acolhida humanitária, estabelecido no art. 3º, VI, da Lei de Migração, que não comporta restrições.

Além das disposições acima, o Decreto n. 9.199/2017, por fim, revela aspectos claramente contrários ao âmbito da Lei de Migração, aspectos que violam o espírito da lei, os princípios básicos estipulados pela Constituição e as obrigações e exigências morais dirigidos ao país, à sociedade e aos cidadãos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A nova Lei de Migração de 2017 foi uma necessidade decorrente do amadurecimento da sociedade e do Estado brasileiro na medida em que o antigo Estatuto do Estrangeiro de 1980 não atendia mais aos anseios vigentes. Nessa dimensão, o novo marco normativo representa avanços fundamentais para garantias de direitos e proteção da pessoa migrante, respaldados pelo espírito do Estado democrático de direito.

No entanto, apesar dos avanços nos direitos, muitos críticos acreditam que os vetos presidenciais marcam um retrocesso nos direitos humanos dos imigrantes, especialmente refugiados e apátridas, haja vista que colaboram no sentido de evidenciar a manutenção da soberania estatal sobre temas importantíssimos à modernização da legislação.

É fundamental que os direitos humanos sejam o centro de qualquer análise sobre migração, pois não há dúvida de que todo indivíduo possui características e atributos essenciais à sua dignidade humana e são invioláveis, que o torna titular de direitos fundamentais.

Apesar dos vetos, é importante destacar que a Lei de Migração representa um avanço normativo importante na solução do problema da imigração brasileira, pois não mais trata o imigrante como uma ameaça à segurança nacional, mas reconhece-o como um cidadão.

Entretanto, com relação aos desafios da regulamentação da Lei, destaca-se a falta de participação social no processo de elaboração do texto promulgado na forma do Decreto n. 9.199/2017, que em vários aspectos retoma uma visão discriminatória em

relação aos migrantes, criando incongruências com dispositivos da legislação, e até mesmo com os preceitos constitucionais fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro.

6. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 abr. 2021.

_____. **Decreto n. 9.199/2017, de 20 de novembro de 2017**. Regulamenta a Lei 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração. Brasília, DF, 2017a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9199.htm. Acesso em: 8 abr. 2021.

_____. Defensoria Pública da União. **Uma introdução às migrações internacionais no Brasil contemporâneo**. 1. ed. Brasília: OIM, 2018. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/refugio/anexos/apostila-migracao-modulo-2.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2021.

_____. **Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980**. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6815. Acesso em: 12 abr. 2021.

_____. **Lei n. 9.474, de 22 de julho de 1997**. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm. Acesso em: 8 abr. 2021.

_____. **Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm. Acesso em: 8 abr. 2021.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 8 abr. 2021.

COSTA, Marli M. M.; REUSCH, Patrícia T. Migrações internacionais (Soberania, Direitos Humanos e Cidadania). Passagens. **Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica Rio de Janeiro**: vol. 8, nº 2, maio-agosto, 2016, p. 10 Disponível em: https://www.historia.uff.br/revistapassagens/artigos_ing/v8n2a42016_ing.pdf Acesso em: 3 abr. 2021.

FRANCO, Thalita Leme. **Desafios da regulamentação da Lei de Migração brasileira**. Tese (Doutorado). Instituto de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

GOMES, J. F. Nova Lei de Migração Brasileira: Análise dos avanços face ao Estatuto do Estrangeiro e das dificuldades postas pelos vetos presidenciais. In: GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin (Org.).

Questões de Direito Internacional: pessoa, comércio e procedimento Vol. II. Curitiba: JML, 2018. p. 13.

LESSA, Lucas Marques; OBREGON, Marcelo Fernando Quiroga. A eficácia da Lei 13.455 de 2017 (a nova Lei de Migração) em relação ao Estatuto do Estrangeiro. **Revista âmbito Jurídico**. 2018.

Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-171/a-eficacia-da-lei-13-455-de-2017-a-nova-lei-de-migracao-em-relacao-ao-estatuto-do-estrangeiro/>. Acesso em: 10 abr. 2021.

MAYER, Amanda Cristina; SOUZA, Jeniffer Riscielly de; CRUZ, Fabrício Bittencourt da. A Lei de Migração: o veto presidencial à anistia para imigrantes indocumentados. In: II Simpósio Internacional Interdisciplinar em Ciências Sociais Aplicadas. 1., 2017. Ponta Grossa. **Anais eletrônicos**. Ponta Grossa: UEPG, 2017. Disponível em:

http://sites.uepg.br/simposiocsa/docs/gt6/004.pdf?fbclid=IwAR3GI0xqe9WOfF7IwxWT3eOOteIY4YPYuT0U--ncxMv8mCfaoiQ40ZhO_sM. Acesso em: 10 abr. 2021.

MORAES, Matheus Wellington de. **Fronteiras e Descasos:** Uma análise acerca dos entraves normativos à efetivação dos direitos fundamentais ao imigrante na nova lei de migração. 2017. 56 f. TCC (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2017, p. 36. Disponível em:

<http://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/11533/Moraes_Matheus_Wellingtonde.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 abr. 2021.

OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro de. Nova lei brasileira de migração: avanços, desafios e ameaças. **REBEP** – Revista Brasileira de Estudos de População, Belo Horizonte, v.34, n.1, jan./abr. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-30982017000100171#B14. Acesso em: 10 abr. 2021.

ZAMBERLAM, Jurandir. **O processo migratório no Brasil e os desafios da mobilidade humana na globalização**. Porto Alegre: Pallotti, 2004. Disponível em:

http://www.imigracaohistorica.info/uploads/1/3/0/0/130078887/o_processo_migratorio_no_brasil.pdf. Acesso em: 8 abr. 2021.

DIREITO SISTÊMICO E SEUS DESDOBRAMENTOS SOB A PERSPECTIVA DAS CONSTELAÇÕES FAMILIARES

RÔNISON APARECIDO DOS SANTOS:

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO. Bacharel em Engenharia de Alimentos pela Universidade Federal de Viçosa (UFV). Especialista em Direito Tributário pela Escola Nacional de Administração Pública (ENAP). Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil (RFB).

LUCAS FERNANDES DE MORAIS VIDOVIX⁸¹

(coautor)

PAULO ROBSON MARTA DA SILVA⁸²

(coautor)

RESUMO: No presente artigo, foram explanadas as características principais do Direito Sistêmico, amparadas nos entendimentos do jurista Sami Storch, a aplicação da constelação familiar, pautada pelo método psicoterapêutico do psicanalista alemão Bert Helling como um mecanismo de solução de conflitos nas relações sociais, e a influência das leis sistêmicas sobre a compreensão holística dos atos humanos com vistas ao alcance da paz no âmbito das relações sociais. Essa pesquisa visou compreender a importância do Direito Sistêmico no tocante à solução de conflitos no campo social. Para tal, realizou-se um amplo estudo bibliográfico exploratório e foram explicitadas as fundamentações de especialistas no ramo do Direito Sistêmico, a fim de alcançar o objetivo central do estudo. Por fim, foram exteriorizadas as considerações finais acerca da temática desenvolvida no presente trabalho e as referências bibliográficas utilizadas no desenvolvimento da temática.

Palavras-chave: Direito Sistêmico. Constelações Familiares. Conflitos Sociais. Leis Sistêmicas.

ABSTRACT: In this article, the main characteristics of Systemic Law were explained, supported by the understandings of the jurist Sami Storch, the application of the family constellation, guided by the psychotherapeutic method of the German psychoanalyst Bert

81 Bacharel em Engenharia Civil pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Bacharelando do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO. Servidor Público efetivo do Município de Porto Nacional. E-mail: lucasfermorais@hotmail.com

82 Bacharel em Gestão em Agronegócio pelo Instituto Federal do Tocantins (IFTO). Bacharelando em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO. 2º Sargento da Polícia Militar do Estado do Tocantins. Exerce atribuições de Operador Aerotático. E-mail: robson.0706@hotmail.com

Helling as a mechanism for conflict resolution in social relationships, and the influence of systemic laws on the holistic understanding of human acts with a view to achieving peace in the social relations. This research aimed to understand the importance of Systemic Law regarding the solution of conflicts in the social field. To this end, a broad exploratory bibliographic study was carried out and the ideas of specialists in the field of Systemic Law were explained, in order to achieve the central objective of the study. Finally, the conclusion about the theme developed in the present work and the references used in the development of the theme were externalized.

Keywords: Systemic Law. Family Constellations. Social Conflicts. Systemic Laws.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direito Sistêmico E Seus Principais Elementos Caracterizadores. 3. Constelação Familiar E Seus Aspectos Conceituais E Estruturais. 4. Ordens Ou Leis Sistêmicas De Bert Hellinger. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Na sociedade moderna, observa-se o desenvolvimento de relações humanas as quais, em virtude de determinados desvios ou desordens, podem gerar conflitos entre os sujeitos. Não raro, tais conflitos são acompanhados de violência física e/ou psicológica, culminando em um processo de desconstrução do sistema em que os sujeitos estão situados.

Nesse cenário, faz-se mister a aplicação do Direito na resolução das controvérsias sociais. Para tal, são utilizadas técnicas que combinam o Direito aos conhecimentos emanados pelas ciências humanas e sociais, como a psicologia, a sociologia, a antropologia, entre outras, as quais norteiam o entendimento dos fatores que permeiam os conflitos do sistema. Busca-se, assim, uma análise mais minuciosa dos padrões comportamentais, vislumbrando-se as necessidades dos sujeitos e estimulando uma solução pacífica do litígio.

Pertinente consubstanciar a importância do direito sistêmico na resolução dos conflitos, visto que ele se fundamenta na utilização inovadora de métodos terapêuticos que permitem que os sujeitos entendam a origem dos conflitos e de determinados comportamentos. Ademais, tais métodos permitem que os sujeitos se liberem de padrões e crenças restritivos e busquem uma nova ordem mais consciente de relações humanas, panorama em que se destacam as leis sistêmicas de Bert Hellinger como reguladoras das relações humanas. Como exemplo dos referidos métodos, pode-se citar as constelações familiares que estão sedimentadas em pilares do direito sistêmico e fornecem ferramentas utilizadas na solução pacífica, incisiva e completa de conflitos sociais.

Importante notar que, tendo em vista os fenômenos imprevisíveis produzidos no mundo contemporâneo, as regras jurídicas, em seu aspecto burocratizado e rígido, mostram-se ineficazes em procedimentos de resolução de litígio. Conforme o físico teórico Capra (2006), para se atingir à solução adequada do conflito, deve-se entender a complexa interdependência existente entre os fatores do sistema, o que não ocorre apenas na interpretação de normas.

Sob esse giro, o presente artigo visa compreender a importância do sistêmico no tocante à solução de conflitos no campo social. Para o alcance do objetivo, serão realizadas as seguintes abordagens: - conceituação e importância do Direito Sistêmico; - as especificidades atinentes às constelações familiares; e - leis sistêmicas de Bert Hellinger.

A pesquisa científica consistiu no estudo bibliográfico exploratório, abordando as fundamentações de especialistas no ramo do Direito Sistêmico. Por fim, foram exteriorizadas as considerações finais acerca da temática desenvolvida no presente trabalho e as referências bibliográficas utilizadas na construção da plataforma teórica.

2. DIREITO SISTÊMICO E SEUS PRINCIPAIS ELEMENTOS CARACTERIZADORES

De acordo com Storch (2011), o Direito Sistêmico decorre da “análise do direito sob uma ótica baseada nas ordens superiores que regem as relações humanas, segundo a ciência das constelações sistêmicas desenvolvida pelo terapeuta e filósofo alemão Bert Hellinger”.

O ponto fulcral do Direito Sistêmico se sedimenta na pacificação social e na solução de litígios sociais de forma harmoniosa e equilibrada, consoante sublinhado por Oldoni, Lippmann e Girardi (2018). Nesse compasso, importante gizar a essencialidade do equilíbrio na solução dos conflitos entre as partes. Para Storch (2018), atinge-se o equilíbrio em um caso litigioso quando as leis sistêmicas consubstanciadas na doação e recebimento, no pertencimento e na precedência se encontram em homeostase.

Relevante explicitar que o sistema está em estado de homeostase quando o seu processo de autorregulação se mantém estável, conforme ensinado por Wright e Leahey (2002). Note que há forças internas ou externas ao sistema que podem gerar mudanças em sua estrutura, mas ele se reorganiza, quando o seu funcionamento está adequado, para um novo patamar de equilíbrio. Nesse diapasão está o posicionamento de Bousso (2008).

Conforme Aguiar et al. (2018), o Direito Sistêmico se ancora em uma análise ampla dos fatores envolvendo o litígio, identificando as suas nuances e buscando a sua solução. Nesse giro, Storch (2018) considera que os fatores pertencem ao mesmo sistema, embora possam estar vinculados a outros sistemas como familiares, profissionais, religiosos, entre outros.

Nesse passo, curial elucidar a conceituação de sistema. Segundo Alvarez (1990), estribado nos ensinamentos do biólogo austríaco Karl Ludwig von Bertalanffy, define-se como sistema um conjunto de elementos interdependentes que realizam interações e possuem funções específicas. O autor enfatiza que esses elementos, quando formam uma estrutura sistêmica, encampam um efeito sinérgico em sua funcionalidade, o que não ocorrerá se os aludidos elementos funcionarem independentemente.

Pois bem, para que sejam compreendidos os problemas que se entrelaçam no sistema, deve-se identificar, independentemente dos procedimentos jurídicos, os fatores que provocam a desarmonia ou a desordem no ambiente e culminam no litígio entre as partes.

Contudo, verifica-se que, não incomum, as decisões judiciais fulcradas na interpretação literal do arcabouço jurídico geram um estado de desequilíbrio entre os litigantes. Isso porque o operador do Direito, em regra, não possui uma visão panorâmica do conflito entre as partes e não se aproxima, da forma apropriada, às partes para melhor compreender o caso fático. Storch (2018) menciona fraquezas nesse modelo de solução de conflitos, *in verbis*.

A tradicional forma de lidar com conflitos no Judiciário já não é vista como a mais eficiente. Uma sentença de mérito, proferida pelo juiz, quase sempre gera inconformismo e não raro desagrada a ambas as partes. Em muitos casos, enseja a interposição de recursos e manobras processuais ou extraprocessuais que dificultam a execução. Como consequência, a pendência tende a se prolongar, gerando custos ao Estado e incerteza e sofrimento para as partes.

Concernente à fundamentação jurídica de utilização do Direito Sistêmico, sublinhe-se, por oportuno, o que dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CF/88 – (BRASIL, 1988) sobre a temática. Nessa linha, dispõe a referida Constituição em seu art. 1º, inciso III, que a dignidade humana se consagra como um fundamento ímpar do País. Evidencia-se, também, no art. 3º, inciso I, do diploma constitucional que um dos objetivos fundamentais do País se consubstancia na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Interpretando todo esse contexto constitucional, Souza (2019) pontua que o nosso ordenamento jurídico-constitucional preza pela vida harmoniosa e pacífica em coletividade e pelo desenvolvimento humano. Para o especialista, a utilização de instrumentos alternativos na resolução de conflitos se compatibiliza com as diretrizes insculpidas na CF/88.

A legislação processual civil brasileira, consolidada na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, nomeada de Código de Processo Civil de 2015 – CPC/15 – (BRASIL, 2015), traz à baila recursos que tendem, de forma humanizada e com o apoio de uma maior gama de profissionais, a uma solução consensual de conflitos. Nessa esteira, estão o arts. 3º e 694 do Código em comento, *ipsis litteris*:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

(...)

Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar. (grifos nossos)

Pertinente consignar que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) considera que as ferramentas consensuais de solução de conflitos, tais como a mediação e a conciliação, são efetivas no alcance da resolução harmoniosa de conflitos e até mesmo em sua prevenção. Denota ainda que os programas que atuam com esse viés gerou uma redução de conflitos tanto na fase de conhecimento quanto na recursal no âmbito judiciário. Devido a isso, o aludido órgão normatizou tais dispositivos na Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010.

Oldoni, Lippmann e Girardi (2018) salientam que os objetivos da referida Resolução se fundamentam na pacificação social, na prestação de serviços de qualidade relativamente à solução e à prevenção de conflitos e no incentivo aos órgãos judiciais a adotarem instrumentos consensuais.

Nesse contexto, verifica-se a relevância do entendimento panorâmico do sistema em que há um conflito, visto que cada sistema tem a sua peculiaridade em termos de unidades formadoras. Sendo assim e considerando o entendimento lecionado por Aguiar et al. (2018), os advogados, os membros da magistratura, do Ministério Público, entre outros, devem visualizar que pertencem a um mesmo sistema e, por isso, se faz necessária a interação de seus agentes com vistas a compreender os pontos controversos e a resolver exitosamente os litígios.

3. CONSTELAÇÃO FAMILIAR E SEUS ASPECTOS CONCEITUAIS E ESTRUTURAIS

No tocante à constelação familiar, tem-se que o seu fundador foi Anton "Suitbert" Hellinger, conhecido como Bert Hellinger. Consoante Oldoni, Lippmann e Girardi (2018), o especialista Hellinger nasceu em Leimen/Alemanha, no dia 16 de dezembro de 1925; exerceu a função de sacerdote e de missionário dos Zulus; atuou na África do Sul por 16 (dezesseis) anos, exercendo as funções de professor e terapeuta, sobretudo.

De acordo com Hellinger (2003), a técnica de constelação familiar fundada por Bert Hellinger consiste em um método psicoterapêutico com uma abordagem sistêmica. Tal método analisa as emoções e energias do sujeito e busca compreender os fatores que compõem o sistema familiar em que o sujeito está inserido. A aludida técnica tem como pilares os conhecimentos de Psicologia, Terapia Sistêmica, Psicanálise Familiar e Estrutural, Fenomenologia e Sociologia. Ademais, a referida técnica é empregada tanto na forma endoprocessual em atos conduzidos pelo Poder Judiciário como na extraprocessual por meio da advocacia com enfoque em relações sistêmicas entre as partes.

Importante frisar que o método das constelações familiares compreende um vasto campo do conhecimento humano, sendo aplicado a diversos sistemas de convivência social como adoção, guarda, divórcio, ramos empresariais etc.

Sustenta Duprée (2019, p. 19) que o método da constelação familiar "envolve a análise de comportamentos e percepções de efeitos cujas causas não podem ser medidas fisicamente e, dificilmente podem ser quantificadas, pois cada terapia é única". Aduz o pesquisador que a constelação familiar não é dotada de caráter científico, visto que os seus efeitos e resultados não são passíveis de previsão e reprodução, estando insculpida na seara fenomenológica.

Vieira (2018) explicita que a técnica em apreço estimula o sujeito a vislumbrar a sua experiência, de modo a focar em aspectos importantes e a olhar para a solução dos problemas. Nessa esteira, relevante expor alguns entendimentos de Tredinnick (2019) sobre a temática. Para o autor, a constelação familiar se estabelece como eficaz quando os

atos praticados pelos sujeitos partem de um prisma voluntário, laico, neutro e sigiloso, com a utilização apropriada de métodos terapêuticos pelos profissionais consteladores.

Nesse contexto, Hellinger (2003) ressalta que a metodologia empregada na constelação familiar pode auxiliar as pessoas na identificação de possíveis rotas de solução de litígios, de modo que o sentimento de amor se exteriorize em um fluxo livre no sistema.

Para os especialistas Oldoni, Lippmann e Girardi (2018), a técnica em apreço promove, a partir da reconstrução da árvore genealógica do sujeito, a compreensão dos vínculos entre o sujeito e os diversos fatores do sistema, objetivando a identificação de bloqueios atinentes ao fluxo de amor do sistema em exame e o posterior tratamento deles.

Nesse diapasão, Conforme Carolino e Júnior (2014) reforça que são vários os fatores que se entrelaçam em esferas conflituosas. Isso porque eles podem ter origem física, social, cultural, psicológica e biológica. Nessa senda, para se obter êxito na solução dos conflitos em relações humanas, deve-se desenvolver uma visão holística dos aludidos fatores sob o ponto de vista do pensamento sistêmico. Em face disso, busca-se desenvolver uma conexão entre os sujeitos do sistema, objetivando um entendimento de peculiaridades presentes padrões e comportamentos.

Para Schneider (2013), o uso da referida técnica promove a superação de bloqueios relativamente ao crescimento e ao desenvolvimento da personalidade do sujeito. Superados os bloqueios, o sujeito fica diante de um sistema harmonioso e pacífico sem os emaranhados, os conflitos e as confusões que se estabelecem quando se negam as leis sistêmicas. Ademais, Schneider (2013) afirma que, na técnica, deve-se procurar entender as vinculações dos problemas do sujeito ao sistema em exame, além de identificar a dinâmica de seus relacionamentos no espaço e no tempo, de modo a produzir uma apropriada configuração do sistema.

Vall e Belchior (2019) explicita que a constelação familiar deve ser aplicada em momento anterior à audiência de conciliação ou mediação. Nesse sentido, ela pode ser implementada mediante vivências coletivas. Nelas, os sujeitos são convidados a conhecerem o método, o que estimula os sujeitos a uma melhor compreensão dos problemas a serem solucionados.

Por meio do método de constelações familiares, Vall e Belchior (2019) constataram que os sujeitos compreendem uma maior amplitude dos fatores que permeiam o sistema em análise. Sob esse giro, vislumbra-se que tal conhecimento transcende o campo jurídico proporcionado pelos órgãos judiciais, por exemplo.

Evidencia Storch (2017) que as soluções produzidas por meio das constelações familiares devem ser profundas e duradouras, abrangendo todo o sistema em exame, de

modo a analisar as mais profundas raízes dos conflitos e a garantir o desenvolvimento saudável dos sujeitos. Para isso, o autor afirma que a solução sistêmica necessita abranger toda a origem familiar do indivíduo.

Nesse passo, pontuam Silva e Junior (2020) que o jurista Storch realizou algumas adaptações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos na Vara de Família de Itabuna/Bahia/BA, além de ter ministrado palestras vivenciais, convidando partes envolvidas em processos litigiosos para participarem de suas metodologias acerca das constelações familiares.

Sendo assim, vale gizar que a constelação familiar visa à pacificação social, visto que a sua técnica se volta a um prisma que promove o desdobramento e a compreensão dos fatores que culminam nos litígios. Note-se que a aplicação pura da hermenêutica jurídica pode não ser suficiente para resolver determinados conflitos que exijam uma maior interpretação da ambiência em que as partes estão imersas. Por isso, constata-se, na maioria das vezes, a ineficiência do Poder Judiciário quando atua, distante das partes, em suas linhas procedimentais rígidas.

No âmbito do Poder Judiciário, os operadores do Direito devem buscar a aproximação das partes com o fito de solução dos conflitos, encampando um aspecto mais humanizado à seara processual. Ademais, devem gerar nos sujeitos envolvidos o sentimento de que será escutado e compreendido e não julgado. Nesse ínterim, as partes conseguem entender, com uma maior clareza, a problemática em que estão inseridas e as suas responsabilidades. Vale evidenciar que o método objetivo, também, uma maior celeridade na resolução das demandas conflituosas, a qual está ancorada nos pilares da justiça e do consensualismo.

Relevante, por oportuno, mencionar que, no Brasil, os Tribunais de Justiça de 21 (vinte e um) Estados brasileiros utilizam, em alguma proporção, os ensinamentos pautados na técnica psicoterapêutica de constelação familiar para a solução de conflitos (VALADARES, 2020).

Assente-se que no processo devem ser resolvidas as questões de direito, enquanto as questões emocionais e conflitos inconscientes devem ser trabalhadas, de forma ativa e com ajuda de profissionais de outras áreas, caso seja necessário, mediante a técnica de constelações familiares. Para Storch (2011), a teoria sistêmica consigna a aplicação em casos conflituosos de conhecimentos jurídicos associados a técnicas terapêuticas, sendo respeitados os valores e princípios consolidados no sistema.

4. ORDENS OU LEIS SISTÊMICAS DE BERT HELLINGER

Oldoni, Lippmann e Girardi (2018) obtemperam que o método de constelação familiar plasmado por Bert Hellinger possui três ordens ou leis, nomeadas de ordens de amor, que devem ser observadas para que haja equilíbrio no sistema familiar. Tais ordens de amor ou leis sistêmicas coordenam as relações entre os sujeitos e norteiam os operadores do Direito a possuírem uma maior sensibilidade para o entendimento dos fatores que permeiam o sistema em casos litigiosos.

Cumpra esclarecer que as leis sistêmicas de Hellinger foram baseadas em experiências vividas pelo especialista quando observava as relações sociais dos Zulus (povo do sul da África). Por conseguinte, possuem raízes empíricas, não estando vinculadas à racionalidade ou à moral. Nessa linha, constatou o especialista que, quando ocorria algum descumprimento das leis sistêmicas pelos sujeitos da comunidade, surgiam emaranhamentos ou desordens. Outrossim, observou que, quando o sujeito materializasse condutas que fossem no mesmo sentido axiológico do grupo ou sistema familiar em que convivia, ele se sentia mais seguro com os seus valores e princípios e, psicologicamente, mais tranquilo.

Consoante Bert Hellinger (2003), as leis sistêmicas são: - a Lei do Pertencimento; - Lei da Precedência; e - Lei do Equilíbrio. Passa-se a expô-las, brevemente.

Hellinger destaca que, na Lei do Pertencimento, o sujeito deve ter o direito de pertencer ao seu sistema familiar, de acordo com as suas regras e crenças. Independentemente de o sujeito se referir a uma pessoa doente, idosa ou falecida, deve ter a sua identidade reconhecida e incluída no grupo a que está vinculado. O especialista explicita que o sujeito deve estar comprometido com as suas obrigações coletivas, além de estar a serviço do grupo, consciente ou inconscientemente. Realça que a consciência do sujeito fica mais tranquila quando realiza atos, de forma harmônica, no sistema a que pertence, o que culmina em sentimentos de segurança e pertencimento aos sujeitos.

No tocante à Lei da Precedência, o seu cerne está no fato de que os sujeitos mais velhos devem prevalecer sobre os mais novos, estabelecendo-se, destarte, uma hierarquia entre os familiares. Nessa linha, os membros mais velhos exercem direitos sobre os mais novos, uma vez que aqueles se situam em um patamar de hierarquia superior a estes. Em suma, cada membro está localizado em um ponto do sistema familiar. Ademais, Hellinger salienta que, quando o membro da família materializa as suas atitudes com gratidão e respeito aos ascendentes, o sistema familiar tende a evoluir. Por outro lado, consoante Oldoni, Lippmann e Girardi (2018), caso a precedência seja violada e a hierarquia não seja respeitada, o sistema sofre disfunções, o que provoca desordens nele.

Já a Lei do Equilíbrio dispõe que os atos de dar e de receber devem ser equilibrados nas relações humanas. Isso se justifica pelo fato de que o sujeito que doa amor recebe amor, estimulando a harmonia entre os sujeitos do sistema. Vale pontuar, entretanto, que,

na relação entre pais e filhos, há uma maior doação de sentimentos dos pais no sentido dos filhos, o que excepciona a referida Lei, conforme ensinam Hellinger e Hövel (2006). Sob essa esfera, incumbe aos filhos serem gratos pela vida e reconhecerem todo o esforço de seus pais.

Consoante Oldoni, Lippmann e Girardi (2018), Hellinger visualiza o indivíduo como parte de um sistema familiar, estando conectado a ele, e que esse sistema é organizado por leis, nomeadas de ordens de amor.

Por derradeiro, as leis sistêmicas demonstram que os sentimentos vividos por um membro do grupo interferem em todo o sistema. Nesse contexto, o membro de um grupo deve respeitar e seguir os valores insculpidos no âmago do sistema, no qual está inserido, e deve buscar a reciprocidade e a solidariedade nas relações sociais, estimulando o equilíbrio e a sintonia em suas ações, e entender o espaço em que se situa, de modo a evitar conflitos na estrutura de ordens do sistema.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho visou mostrar a importância do Direito Sistêmico como campo do conhecimento humano para a resolução consensual de conflitos existentes nas relações sociais. Além disso, realizou-se um estudo abrangente acerca da abordagem sistêmica com vistas ao entendimento particularizado e incisivo dos fatores do sistema.

Discutiu-se a necessidade de maior aplicação de mecanismos de solução pacífica, neutra e justa de conflitos, com destaque para a técnica de constelação familiar sistêmica fundada pelo Bert Hellinger.

Evidenciou-se a importância das leis ou ordens sistêmicas na sustentação e manutenção do sistema, sobretudo o familiar. Consignou-se que o cerne delas se fundamenta em valores e princípios pautados em reciprocidade, solidariedade, respeito, lealdade e autoconhecimento da posição do membro no sistema.

Anotou-se que, conforme os especialistas referenciados na presente pesquisa, a constelação familiar sistêmica se caracteriza por ser uma ferramenta altamente relevante para a compreensão da origem dos conflitos sociais. Por meio da aplicação da aludida técnica em ambientes endoprocessuais e extraprocessuais, constatou-se que os sujeitos assumem a sua responsabilidade por determinados fatores ou variações do sistema e fazem concessões recíprocas, ocupando-se o seu devido lugar no caso fático, a fim de que seja alcançada uma estrutura sistêmica harmoniosa.

Por derradeiro, mister evidenciar que o método da constelação familiar possibilita uma maior celeridade na resolução de situações conflituosas, uma vez que se trata de um instrumento consensual sem as linhas burocráticas jurídicas, além de promover um cenário processual cada vez mais humanizado e compreensivo, sob o prisma social.

6. REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Maria Esmeralda Ballester. Organização, sistemas e métodos. São Paulo: McGraw-Hill, 1990. v.1.

AGUIAR, Ana Cecília Bezerra de et al. Direito Sistêmico: o despertar para uma nova consciência jurídica. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 mar. 2021.

BRASIL, Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 mar. 2021.

BOUSSO, Regina Szyllit. A teoria dos sistemas familiares como referencial para pesquisas com famílias que experienciam a doença e a morte. Revista Mineira de Enfermagem. 2008. Disponível em: <<http://www.reme.org.br/artigo/detalhes/266>>. Acesso em: 4 abr. 2021.

CAPRA, Fritjof. O ponto de mutação. 26 ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

CAROLINO, Hugo; JÚNIOR, Cícero. Direito holístico e a possibilidade de um novo paradigma para a nova ordem mundial: uma nova visão para a vida humana. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33627/direito-holistico-e-a-possibilidade-de-um-novo-paradigma-para-a-nova-ordem-mundial-uma-nova-visao-para-a-vida-humana>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Brasília/DF: 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_125_29112010_19082019150021.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2021.

DUPRÉE, Ulrich E. Ho' oponopono e as constelações familiares para relacionamentos, amor e perdão. São Paulo: Cutrix, 2019.

HELLINGER, Bert. Ordens do amor: um guia para o trabalho com Constelações Familiares. 12 ed. São Paulo: Cultrix, 2003.

HELLINGER, Bert; HÖVEL, Gabriele Ten. Um lugar para os excluídos: conversas sobre os caminhos de uma vida. 1 ed. Patos de Minas: Atman, 2006.

WRIGHT, Lorraine M.; LEAHEY, Maureen. Enfermeiras e famílias. Um guia para a avaliação e intervenção na família. 3. ed. São Paulo: Roca, 2002.

OLDONI, Fabiano; LIPPMANN, Márcia Sarubbi; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. Direito Sistêmico: aplicação das leis sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal. 2 ed. Joinville: Manuscritos, 2018.

SCHNEIDER, Jakob Robert. A prática das Constelações Familiares. Tradução de Newton A. Queiroz Patos de Minas: Atman, 2013.

SILVA, Mário Augusto Paixão da; JUNIOR, Nelson Saule. O Direito Sistêmico no âmbito da Educação Jurídica – Uma análise da aplicabilidade da técnica de Constelação Familiar Sistêmica como meio de resolução de conflitos. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Disponível em: <<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/direito-sistemico>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

SOUZA, Plínio de. Por que ser um constelador familiar? Ápice Desenvolvimento. São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://www.apicedesenvolve.com.br/constelacao-familiar/por-que-ser-um-constelador-familiar/>>. Acesso em: 2 abr. 2021.

STORCH, Sami. O que é Direito Sistêmico? 2011. Disponível em: <<http://direitosistemico.wordpress.com/201011/29/o-que-direito-sistemico/>>. Acesso em: 27 mar. 2021.

STORCH, Sami. Consultor Jurídico: Direito sistêmico é uma luz no campo dos meios adequados de solução de conflitos. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/sami-storch-direito-sistemico-e-uma-luz-solucao-conflitos>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

STORCH, Sami. Artigo descreve modelo original de prática de Constelações na Justiça e aplicabilidade do Direito Sistêmico. 2017. Disponível em: <<https://direitosistemico.wordpress.com/2017/09/22/artigo-descreve-modelo-original-de-pratica-de-constelacoes-na-justica-e-aplicabilidade-do-direito-sistemico/>>. Acesso em: 27 mar. 2021.

TREDINNICK, André Felipe Alves da Costa. A Justiça que adocece e a que cura: os sistemas de Justiça Restaurativa e convencional na determinação social do processo saúde-doença. 2019. Dissertação (Mestrado profissional em Justiça e Saúde). Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, Rio de Janeiro, 2019.

VALADARES, Gilson Coelho. Constelação familiar no poder judiciário brasileiro: humanização do Direito e ampliação da cidadania nos tribunais de justiça multiportas. 2020. Dissertação (Mestrado profissional e interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos). Universidade Federal do Tocantins, Palmas, 2020.

VALL, Janaina; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Justiça Restaurativa mediante Constelações Sistêmicas: relato de experiência de uma Vara de execução penal da cidade de Fortaleza. In: LIPPMANN, Marcia Sarubbi (org.). Direito Sistêmico: a serviço da cultura de paz. 1 ed. Joinville: Manuscritos, 2019.

VIEIRA, Adhara Campos. A Constelação sistêmica no Judiciário. 2 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

DIREITO DE ASSOCIAÇÃO

CINDY CALDAS LIMA SILVA:

Formada em Direito desde dezembro de 2021, foi estagiária do Tribunal de Justiça, Foi Conciliadora Judicial na 5ª Vara de Família, no Tribunal de Justiça na comarca de Nova Iguaçu. Possuindo aproximadamente 3 anos em práticas jurídicas.

Segundo a Constituição Federal da República de 1988, nos seu artigo 5º, incisos XVII, XVIII, XIX, XX e XXI, É livre a associação desde que objetivada a fins lícitos, sendo importante destacar que ninguém poderá ser obrigado a associar-se ou a permanecer associado. Sua criação independe de autorização, o Estado não pode, portanto intervir no funcionamento desta. Sua dissolução ou suspensões de atividades se dará por decisão judicial, sendo importante salientar que a dissolução desta só ocorrerá mediante o transito em julgado.

Para MENDES, *“Associação vem a ser uma aliança estável de pessoas, sob direção comum, na busca de fins lícitos. Justificam-se naquelas situações em que os homens, mesmo empreendendo grandes esforços, não conseguem obter sozinhos os bens da vida que desejam, logo associam-se uns com os outros no intuito de expandirem suas conquistas e potencialidades.”*⁸³

MASSON, entende que *“Um agrupamento de pessoas só estará reunido em associação se possuírem objetivos comuns e estiverem unidos com estabilidade, não havendo que se falar em associação quando há reunião meramente esporádicas e casual de pessoas.”*⁸⁴

Assim sendo, associação é um agrupamento de pessoas que visam um fim comum, ou seja, se reúnem em busca de determinada finalidade que vem a trazer benefícios para seus associados, é livre a associação, seus objetivos também são livres, porém é importante salientar que esta não pode ter finalidade lucrativa.

Ocorre que, determinados loteamentos, condomínios e empresas, vem condicionando a venda de seus imóveis, bens e serviços a obrigação de se manter associado em determinada associação local, ou seja, além do pagamento da manutenção

83 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4º Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.444.

84 MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 9º Ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p.262.

de condomínio e os encargos do seu imóvel, bem ou serviço o proprietário deve arcar com a cobrança da associação. Esta prática além de inconstitucional, por violar o inciso XX do artigo 5º na qual trás que “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado.” Também é configurado como cláusula abusiva segundo o CDC, sendo configurado “VENDA CASADA” artigo 39,I, CDC, uma vez que o serviço de um está condicionado a outro.

Cabe salientar jurisprudência *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.819.718 - SP (2019/0166513-2) RELATOR : MINISTRO MOURA RIBEIRO R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE RECORRENTE : ASSOCIAÇÃO RESIDENCIAL VILLA VELHA ADVOGADOS : ADRIANA TORRES MALLEGGNI - SP143643 THAIS LOVETRO GUARNIERI - SP283608 RECORRIDO : MARCOS FLAVIO ZABEU PENNA RECORRIDO : ALANA DIAS PEREIRA ADVOGADOS : JOSÉ CARLOS DE ALMEIDA FONSECA JUNIOR - SP235015 JOSÉ CARLOS DE ALMEIDA FONSECA - SP246577. RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. PEDIDO DE DESLIGAMENTO FORMULADO POR PROPRIETÁRIO DE IMÓVEL. CESSAÇÃO DE COBRANÇA DA TAXA. DIREITO RECONHECIDO PELO ACÓRDÃO RECORRIDO MEDIANTE INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 5º, XX, DA CF/88 E 36-A DA LEI N. 6.766/1979. FUNDAMENTOS AUTÔNOMOS E SUFICIENTES PARA A MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO QUANDO ISOLADAMENTE CONSIDERADOS. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSEQUENTE INADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. SÚMULA N. 126/STJ.

Neste sentido, é importante salientar que a jurisprudência supracitada findou com os pedidos da autora sendo atendidos, uma vez que o próprio texto legal Possui força suficiente para impugnar a obrigatoriedade do pagamento da taxa de associação, tendo em vista que ninguém deverá ser obrigado/compelido a permanecer associado ou a se associar. O ato de se associar ou permanecer associado deve ser espontâneo e voluntário, não podendo haver obrigação, punição ou quaisquer outras conseqüências para quem não mais o queira.

Merece destaque ainda a ADI 3045 que trás as principais dimensões da liberdade associativa:

“(...) A liberdade de associação tem uma dimensão positiva, pois assegura a qualquer pessoa (física ou jurídica) o direito de associar-se e de formar associações. Também possui uma dimensão negativa, pois garante a qualquer pessoa o direito de não se associar, nem de

ser compelido a filiar-se ou desfiliar-se de determinada entidade. Essa importante prerrogativa constitucional também possui função inibitória, projetando-se sobre o próprio Estado, na medida em que se veda, claramente, ao Poder Público, a possibilidade de interferir na intimidade das associações e, até mesmo, de dissolvê-las, compulsoriamente, a não ser mediante regular processo judicial.”

Contudo, concluindo-se a liberdade de associação é um direito garantido pela Constituição Federal, não podendo tal direito ser imposto, nem ensejar punição ao seu cumprimento forçado. Tem como finalidade o agrupamento de determinadas pessoas que buscam os mesmos fins, ou seja, se reúnem em busca de uma finalidade que trará benefícios para ambos, não podendo ter finalidade de auferir lucros. O poder público fica proibido de interferir na intimidade das associações e a sua dissolução ocorre mediante processo judicial.

BIBLIOGRAFIA

ADI 3045, link: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/763688/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3045-df/inteiro-teor-100479849>. ACESSO: 04/06/2022.

Jurisprudencia, Resp N°1.819.718 - SP (2019/0166513-2) Relator: Ministro Moura Ribeiro R. P.

MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 9º Ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p.262.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4º Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.444.

ADOÇÃO INTERNACIONAL E A NACIONALIDADE DAS CRIANÇAS ESTRANGEIRAS ADOTADAS NO BRASIL

EWELLYN LUIZA FERNANDES HERCULANO:
acadêmica do 10º Período do curso de Direito na
Universidade Federal do Amazonas (UFAM).

GIOVANNA CARVALHO NUNES⁸⁵

(coautora)

ADRIANO FERNANDES FERREIRA⁸⁶

(orientador)

Resumo: O presente artigo tem como objeto de análise o instituto da adoção de crianças e adolescentes no âmbito internacional e a concessão do direito fundamental à nacionalidade da criança estrangeira adotada no Brasil. Apresentando seus conceitos, pressupostos normativos, as circunstâncias em que se produzem e as dificuldades relativas ao processo de adoção internacional em razão dos países e ordenamentos jurídicos distintos. Indicando informações da colaboração da adoção internacional para efetividade dos direitos das crianças e adolescentes assegurados pela legislação brasileira. Este estudo foi fundamentado em pesquisas bibliográficas por meio de artigos científicos que abordam o tema pesquisado.

Palavras-chave: Adoção internacional. Nacionalidade. Direito da Criança e do Adolescente.

Abstract: The present article has as its object of analysis the institute of adoption of children and adolescents in the international scope and the granting of the fundamental right to nationality of the foreign child adopted in Brazil. Presenting its concepts, normative assumption, the circumstances in which they are produced and the difficulties related to the international adoption process due to different countries and legal systems. Indicating data and information from the collaboration of international adoption for the effectiveness of the rights of children and adolescents guaranteed by Brazilian legislation. This study was based on bibliographic research through scientific articles that address the researched topic.

Keywords: International adoption. Nationality. Children's and Adolescents' Law.

⁸⁵, acadêmica do 10º Período do curso de Direito na Universidade Federal do Amazonas (UFAM).

⁸⁶Adriano Fernandes Ferreira, professor orientador do artigo científico. Docente da Universidade Federal do Amazonas (UFAM).

1.Introdução

A adoção é um instituto presente no ordenamento jurídico de diversos países, que tem se tornado cada vez mais comum considerando as mudanças nas dinâmicas familiares, responsável por criar relações de parentesco entre pessoas, em que tornam-se adotado e adotante, mediante a manifestação de vontade e afeto, passando a gozar de todos os direitos inerentes a filhos biológicos, sem distinção.

A Adoção Internacional surge como instrumento transformador na vida de crianças e adolescentes em posição de extrema vulnerabilidade, principalmente afetiva, propiciando o processo de adoção, por estrangeiros, de menores em situação de precariedade e abandono nos seus países de origem. A diferença entre adoção internacional e adoção doméstica é, em suma, que o local da adoção é distinto do local onde a criança morará com a família. Dessa forma, por envolver países distintos, as partes estão subordinadas a diferentes soberanias e, portanto, a diferentes sistemas jurídicos.

No Brasil, por exemplo, o procedimento de adoção de crianças estrangeiras é regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, pela Constituição Federal de 1988 e pela Convenção de Haia de 1993 – Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, ratificada por meio do Decreto nº 3.087 de 21 de junho de 1999.

Por corolário lógico, a adoção de menores estrangeiros torna imprescindível discutir outro aspecto jurídico consequência deste instituto: a nacionalidade, que consiste no vínculo jurídico-político que estabelece uma ligação entre um indivíduo e um determinado Estado, do qual derivam obrigações e direitos de ambos os lados. A nacionalidade, enquanto direito fundamental, define a identidade e a inserção de cada indivíduo e configura um vasto conjunto, contribuindo para a existência do Estado e da pessoa natural, possibilitando o exercício de direitos pelos nacionais nas ordens interna e externa.

A Convenção de Haia declarou que os Estados possuem liberdade para estipular por meio de seu direito interno quem são aqueles considerados seus nacionais, portanto, o Estado tem independência para legislar sobre tal matéria consoante a sua nacionalidade. Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 traz elencados dispositivos acerca da nacionalidade, diferenciando quem é brasileiro nato, naturalizado e estrangeiro. Contudo, como o termo nacionalidade expressa um conceito de direito internacional, assim, o direito do Estado para decidir problemas relativos à nacionalidade pode, também, ser delimitado por convenções e costumes internacionais, e pelos princípios gerais de direito reconhecidos.

2.Desenvolvimento

2.1. A Adoção Internacional e os Instrumentos de Proteção à Criança Adotada

A Adoção, nas palavras da ilustríssima doutrinadora, Maria Helena Diniz: “é um instituto de caráter humanitário, que tem por escopo, de um lado, dar filhos àqueles a quem a natureza negou e por outro lado uma finalidade assistencial, constituindo um meio de melhorar a condição moral e material do adotado.”

No entanto, a adoção teve seu sentido ampliado após o surgimento do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o qual apresentou um direcionamento maior para os interesses do adotando, e tendo como principal finalidade a oferta de um ambiente familiar capaz de oferecer à criança ou adolescente um desenvolvimento favorável em todos os aspectos previstos na Constituição Federal de 1988.

Pablo Stolze Gagliano (2019) estabelece a diferença entre adoção nacional e a adoção internacional. Para ele, esta difere daquela por referir-se à aplicação de dois ou mais ordenamentos jurídicos, envolvendo pessoas subordinadas a diferentes soberanias. De um lado, adotando com residência habitual em um país e de outro lado, adotante com residência habitual noutro país.

Acerca dessa temática, o ECA, nos apresenta o seguinte conceito de adoção internacional:

“Considera-se adoção internacional aquela na qual o pretendente possui residência habitual em país-parte da Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993, Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, promulgada pelo Decreto n o 3.087, de 21 junho de 1999, e deseja adotar criança em outro país-parte da Convenção. (ECA, art. 51)”

Enquanto isso, seu caráter excepcional supramencionado encontra fundamento nos seguintes artigos do mesmo Estatuto, vejamos:

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Art. 31. A colocação em família substituta estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção.

A adoção internacional ganha espaço no contexto atual como uma medida alternativa e excepcional frente à quantidade de crianças expostas aos diversos tipos de

vulnerabilidade, nos mais diversos países, mais comumente em países periféricos, recolhidas em abrigos, que por vezes encontram-se superlotados, incapazes de atender todos os desejos e necessidades básicas dos menores. No Brasil, a adoção internacional passou a ter grande visibilidade após a adoção de duas crianças malawianas pelo casal de atores Giovanna Ewbank e Bruno Gagliasso.

Considerando a grande repercussão que esse assunto gerou nos fóruns internacionais, diversos estudos e modificações ocorreram na normativa legal existente, houve a aprovação de inúmeras convenções internacionais, tratados e declarações, os quais influenciaram significativamente nas legislações de diferentes países. Em contrapartida, essa divergência legal existente acerca deste assunto, e até a mesmo a ausência de lei, decorrente da soberania de cada país, acentua a dificuldade dos processos de adoção, pois muitos territórios regem de acordo com seu ordenamento jurídico, contendo suas condições e até proibições, alguns não possuem legislação especial para tal, ou sequer são signatários da Convenção de Haia.

No âmbito nacional, além do ECA, a adoção é regulada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Decreto nº 3.087/1999, que promulgou a Convenção da Haia sobre adoção, demonstrando o pluralismo de fontes, mas evidenciando-se a harmonia entre todas.

De acordo com o decreto supramencionado, a adoção internacional deve observância aos princípios, constitucionais e aqueles reconhecidos pelos instrumentos internacionais, em especial pela Declaração das Nações Unidas sobre os Princípios Sociais e Jurídicos aplicáveis à Proteção e ao Bem-estar das Crianças, com Especial Referência às Práticas em Matéria de Adoção e de Colocação Familiar nos Planos Nacional e Internacional (BRASIL, 1999).

Dentre os princípios que norteiam a adoção internacional está o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que busca dentro de um caso concreto a melhor adequação, isto é, o que trará maiores benefícios para o adotando. Tal princípio demonstra-se extremamente importante visto que, se não manifestado a adoção não poderá ocorrer, vez que contraria a ordem pública (BRASIL, 1990).

Dessa forma, entende-se que a adoção vai além de um ato meramente solidário em que se foca apenas nos pretendentes como parte dessa relação, uma vez que esta também é de interesse do Estado, cujo objetivo é priorizar sempre o bem estar do adotado, antes do interesse dos adotantes.

Tem-se de salientar que o primeiro instrumento a regular verdadeiramente a adoção internacional, ultrapassando as fronteiras regionais, e denotando interesse mundial foi a Convenção de Haia. (GUTMANN, 2002).

A Convenção de Haia, de 1993, ora Convenção relativa à Proteção e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, regulamenta os procedimentos deste instituto sob ótica internacional, cujo principal intuito é determinar, como o próprio nome denota, um sistema de cooperação entre os países de destino e de origem da criança, assumindo uma certa responsabilização em comum em proteger o interesse e o bem estar do adotado.

A partir deste momento, de regulamentação internacional e colaboração em conjunto dos países signatários, aos quais foram impostas obrigações e elementos essenciais para concretização da adoção internacional responsável, é instituído o entendimento de que é uma medida excepcional, aplicada subsidiariamente, quando esgotadas todas as possibilidades da criança viver em seu país de origem, no convívio de sua família biológica ou em família adotiva nacional.

Esse princípio da subsidiariedade tem como finalidade dar prioridade à permanência dos menores em seus territórios pátrios como forma de evitar uma readaptação brusca a outro ambiente, país estrangeiro em que tenha que conviver com idioma distinto e desconhecido, imersão a tradições e culturas de maneira abrupta.

Contudo, a legislação brasileira, também adotante desta modalidade como medida excepcional, vislumbra que esse mecanismo pode ser adequado ante aos dados apresentados de crianças menosprezadas em seu próprio país, além disso, é determinante para possibilidade de futuro melhor e bem estar dessas crianças, acolhidas de situações de extrema pobreza na maioria dos casos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e a Constituição Federal de 1988, tem como prioridade o bem estar, o direito à convivência familiar e comunitária, direito ao lar de verdade, afetivamente falando, para que obtenha um desenvolvimento saudável e compatível com o que determinam as aludidas legislações, promovendo assim a efetividade dos direitos e garantias nelas assegurados às crianças, ainda que em território diverso.

A adoção internacional apresentou-se ao mundo e ao ordenamento jurídico brasileiro como ferramenta de esperança viável para que crianças, antes desprezadas e desassistidas, façam parte de famílias com recursos favoráveis à mudança de vida, capazes de proporcionar afeto, boa base familiar, educação de qualidade, criação de laços familiares, além oportunizar o aprendizado de novo idioma e cultura.

2.2. A Nacionalidade na Adoção Internacional

A Lei nº 8.069/90 aborda de forma detalhada temas que são tratados amplamente no Código Civil e na Constituição Federal, versando sobre o vínculo da adoção a partir de seu artigo 39. Especialmente em seu artigo 47 prevê sua constituição por meio de sentença

judicial, inscrita no registro civil mediante mandado sem o fornecimento de certidão. No que concerne aos efeitos da sentença constitutiva da adoção internacional, além da formação do vínculo de parentesco com a família adotiva e o rompimento dos laços biológicos há ainda a atribuição da nacionalidade do país de acolhida para a criança adotada.

No Estatuto da Criança e do Adolescente, precisamente nos artigos 52-C e 52-D, está a previsão legal da possibilidade de adoção internacional sendo o Brasil o país de acolhida. *In verbis*:

“Art. 52-C. Nas adoções internacionais, quando o Brasil for o país de acolhida, a decisão da autoridade competente do país de origem da criança ou do adolescente será conhecida pela Autoridade Central Estadual que tiver processado o pedido de habilitação dos pais adotivos, que comunicará o fato à Autoridade Central Federal e determinará as providências necessárias à expedição do Certificado de Naturalização Provisório. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

Art. 52-D. Nas adoções internacionais, quando o Brasil for o país de acolhida e a adoção não tenha sido deferida no país de origem porque a sua legislação a delega ao país de acolhida, ou, ainda, na hipótese de, mesmo com decisão, a criança ou o adolescente ser oriundo de país que não tenha aderido à Convenção referida, o processo de adoção seguirá as regras da adoção nacional. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência Capítulo IV Do Direito à Educação, à Cultura, ao Esporte e ao Lazer”

Infere-se que no processo de adoção de crianças estrangeiras por famílias brasileiras, em regra, a legislação a ser seguida é do país de origem do menor, o qual também poderá ser participante da Convenção de Haia, facilitando a familiarização e adaptação ao processo.

Quanto ao procedimento, em síntese, tem início com a habilitação dos interessados junto à vara da infância e juventude que for mais próximo ao domicílio do menor, que procederá com o processo e o enviará em seguida para Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional (CEJAI), cuja finalidade é promover o estudo prévio e análise de pedidos de habilitação para adoção. Após o encaminhamento, será feito o registro de habilitação do adotante sob a ordem do presidente da comissão a fim de comunicar a Agência Central Administrativa Federal a respeito da adoção internacional.

A agência supramencionada funcionará como uma intermediadora, colhendo informações com a Autoridade Central do país de origem da criança sobre o processo de adoção, a legislação interna aplicada ao caso, bem como os requisitos necessários para que o pedido seja aprovado, para posterior envio à CEJAI. Nesse momento será emitido Certificado de Regularidade, podendo ser realizado estudo técnico sobre a particularidade da legislação pertinente ao processo. Concluso os estudos técnicos e análises, o Ministério Público terá vista dos autos solicitando que o processo seja colocado em pauta para julgamento colegiado.

Se deferido, a CEJAI expedirá os documentos que forem exigidos pela Convenção de Haia e pelo ECA para que a Autoridade Central do país estrangeiro, onde reside a criança, ao receber o processo possa analisar e iniciar o rito específico, de acordo com as peculiaridades e particularidades do seu ordenamento jurídico, bem como respeitando os parâmetros estabelecidos pela Convenção de Haia, no caso de adesão.

Após a aprovação do pedido de adoção internacional pelo país, poderá ocorrer de os pretendentes aceitarem a indicação da autoridade responsável e o menor já ser liberado para viajar e entrar no país onde aqueles, ora adotantes, residem, e dar continuidade no processo de adoção junto às autoridades judiciárias do país de destino até que seja julgado em definitivo.

Imperioso ressaltar que o trâmite interno do processo de adoção internacional é regido pela legislação interna do país escolhido, os quais, em sua maioria, possuem órgãos específicos competentes para atuar nesse tipo de procedimento, no caso do Brasil, por exemplo, é denominado CEJAI.

Pelo caráter universal de proteção e promoção de bem-estar de menores a serem adotados, a Convenção de Haia relativa à proteção das crianças e à cooperação em matéria de adoção internacional, faz menção a tal procedimento nos artigos 14, 15 e 16, e seguintes, como normas de cunho geral.

CONVENÇÃO DE HAIA

Capítulo IV - Requisitos Processuais para a Adoção Internacional

Art. 14. As pessoas com residência habitual em um Estado Contratante, que desejem adotar uma criança cuja residência habitual seja em outro Estado Contratante, deverão dirigir-se à Autoridade Central do Estado de sua residência habitual.

Art. 15.1. Se a Autoridade Central do Estado de acolhida considerar que os solicitantes estão habilitados e aptos para adotar, a mesma preparará um relatório que contenha informações sobre a

identidade, a capacidade jurídica e adequação dos solicitantes para adotar, sua situação pessoal, familiar e médica, seu meio social, os motivos que os animam, sua aptidão para assumir uma adoção internacional, assim como sobre as crianças de que eles estariam em condições de tomar a seu cargo.

2. A Autoridade Central do Estado de acolhida transmitirá o relatório à Autoridade Central do Estado de origem.

Art. 16.1. Se a Autoridade Central do Estado de origem considerar que a criança é adotável, deverá:

a) preparar um relatório que contenha informações sobre a identidade da criança, sua adotabilidade, seu meio social, sua evolução pessoal e familiar, seu histórico médico pessoal e familiar, assim como quaisquer necessidades particulares da criança;

b) levar em conta as condições de educação da criança, assim como sua origem étnica, religiosa e cultural;

c) assegurar-se de que os consentimentos tenham sido obtidos de acordo com o artigo 4; e

d) verificar, baseando-se especialmente nos relatórios relativos à criança e aos futuros pais adotivos, se a colocação prevista atende ao interesse superior da criança.

2. A Autoridade Central do Estado de origem transmitirá à Autoridade Central do Estado de acolhida seu relatório sobre a criança, a prova dos consentimentos requeridos e as razões que justificam a colocação, cuidando para não revelar a identidade da mãe e do pai, caso a divulgação dessas informações não seja permitida no Estado de origem.

A adoção internacional é um tema que sempre gera muitos debates, visto que existe a possibilidade das crianças e adolescentes perderem sua nacionalidade ao serem adotadas. (DIAS, 2016). Isto pois, não há a garantia de transferência da mesma nacionalidade dos pais adotivos aos filhos, uma vez que sua aquisição poderá variar de acordo com a legislação do país de acolhimento.

Ademais, "considerando que a adoção visa à completa integração do adotado no seio da nova família" (COSTA, 1998), é mister a concessão da nacionalidade pelo país de

acolhida. Assim, a Convenção de Haia estabelece em seu artigo primeiro que cabe a cada Estado “determinar por sua legislação quais são os seus nacionais”. Esta legislação será aceita por todos os demais Estados, contanto que esteja em conformidade com as convenções internacionais, o costume internacional e os princípios de direito geralmente reconhecidos em matéria de nacionalidade. Dessa forma, é o direito positivo de cada Estado o competente para conceder a nacionalidade aos indivíduos.

A nacionalidade é o vínculo jurídico-político que estabelece uma ligação entre um indivíduo e um determinado Estado, do qual derivam obrigações e direitos de ambos os lados. A nacionalidade, enquanto direito fundamental, define a identidade e a inserção de cada indivíduo e configura um vasto conjunto, contribuindo para a existência do Estado e da pessoa natural, possibilitando o exercício de direitos pelos nacionais nas ordens interna e externa.

A nacionalidade é dividida em duas espécies: a nacionalidade primária ou originária e a nacionalidade secundária ou adquirida. A primária é imposta, unilateralmente, independentemente da vontade do indivíduo, pelo Estado, no momento do nascimento e é concedida mediante dois critérios de aquisição, o *ius soli* (ou *ius loci*) e o *ius sanguinis*. Enquanto a secundária é voluntária e ocorre normalmente através do processo da naturalização, quando preenchido os requisitos legais.

Em algumas legislações a nacionalidade do adotando não será alterada, enquanto que em outras, quando for proferida sentença estrangeira sobre adoção internacional, a aquisição é automática. Contudo, a aquisição automática propriamente dita, identificada na maioria dos países europeus e africanos, é rara nos países asiáticos e no continente americano (VAN LOON, 1994).

O Brasil, nos casos em que brasileiros adotam crianças estrangeiras, não reconhece de pleno direito as sentenças estrangeiras de adoção internacional, exigindo a realização do processo judicial de homologação da sentença estrangeira e do processo administrativo de naturalização. Tal fundamento baseia-se na própria Constituição Federal ante a impossibilidade de concessão de nacionalidade, que vincula o nosso país ao critério do *jus soli* como regra ou, excepcionalmente, ao critério do *jus sanguinis*, nos casos de filhos de brasileiros nascidos no exterior.

Corrobora esse entendimento as concepções de Miguel Jerônimo Ferrante (1984) que diz que “filho adotivo de brasileiros, nascido no estrangeiro, não pode optar pela nacionalidade brasileira. É estrangeiro e, como tal, só poderá adquirir a nacionalidade brasileira por via de naturalização.”

Afinal, não seria possível aplicar o critério do *jus soli* à criança estrangeira adotada uma vez que não nasceu no Brasil, tampouco, a aplicação do critério do *jus sanguinis*, posto

que não seria filha “legítima” de brasileiros. Dessa forma, a adoção de estrangeiro por brasileiro não produz efeitos sobre a nacionalidade (GUIMARÃES,1995).

Contudo, a adoção estabelece vínculo de filiação e a Constituição Federal de 1988 proíbe qualquer designação discriminatória entre filhos, independente de sua origem, biológicos ou adotivos, vejamos o que dispõe o artigo 227, § 6º:

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Deste modo, pode-se então observar uma afronta ao estabelecido no próprio texto constitucional na medida em que os filhos de brasileiros nascidos no exterior são brasileiros natos e a criança estrangeira adotada por pais brasileiros só poderá ser nacional por meio da naturalização. Observa-se, ainda, uma contradição à finalidade da adoção, pois a criança deve se sentir inserida na família como se filho fosse, com os mesmos direitos e deveres.

3. Conclusão

A Adoção Internacional é regulamentada pela Convenção de Haia de 1993, que foi promulgada no Brasil em 1999 pelo Decreto nº 3.087. O seu principal objetivo foi instituir um sistema de cooperação administrativa e corresponsabilização entre os Estados que são ratificados por ela, estabelecendo normas e assegurando os direitos e interesses das crianças durante o processo de adoção.

No Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), regula a adoção internacional, atuando em conjunto com diversos países signatários da Convenção, visando a proteção das crianças e adolescentes durante esse processo adotivo internacional, além de atingir a finalidade deste instituto, qual seja, o afastamento do estado de abandono e inserção em um ambiente familiar estável e saudável.

Verifica-se que a adoção internacional é uma medida excepcional, sendo aplicada subsidiariamente, somente após o esgotamento de todas as possibilidades da criança viver em seu país de origem, junto de sua família biológica, ou de ficar em uma família adotiva nacional.

Com o instituto da adoção internacional questionou-se o da nacionalidade, mais precisamente, a nacionalidade atribuída à criança estrangeira adotada no Brasil, foco do presente estudo. Para Matthias Herdegen (2005) “a nacionalidade serve de fundamento da estreita e especial relação de direitos e deveres entre o Estado e seus nacionais. Os

nacionais, em sua totalidade, conformam uma associação de pessoas, a qual vem a constituir o Estado”.

A nacionalidade foi proclamada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos como um direito inerente ao ser humano. Assim, por ser um instituto extremamente importante, é fundamental que seja atribuída a nacionalidade à criança submetida à adoção internacional, para que não fique à margem da sociedade.

Conforme exposto, a nacionalidade é tratada principalmente em âmbito constitucional, cabendo, portanto, ao Estado legislar sobre o tema e determinar quais os critérios a serem utilizados para a sua aquisição. Nesta senda, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 12, determina que existem duas tipologias de brasileiros: o nato e o naturalizado.

O Brasil não reconhece a criança estrangeira adotada por brasileiros como sendo nacional e nem lhe concede a nacionalidade, sendo necessário o pedido de naturalização. Isto pois, a própria Carta Magna vincula o país ao critério do *jus soli*, como regra, e, como exceção, ao critério do *jus sanguinis*. Logo, nesses casos, a adoção não tem, no nosso direito, nenhuma consequência quanto à nacionalidade (MAZZUOLI, 2011).

Contudo, há grande divergência acerca do assunto, afinal, a adoção estabelece vínculo de filiação e o próprio texto constitucional, em seu artigo 227, §6º, veda qualquer discriminação entre filhos biológicos ou adotivos, não havendo, portanto, motivo para tratamento diferenciado aos filhos adotados, nascidos no Brasil ou não.

Realizado por meio de pesquisa bibliográfica, o presente estudo expôs o que se preceitua a respeito da adoção internacional e da nacionalidade, no âmbito nacional, concluindo que o interesse da criança e do adolescente deve sempre prevalecer.

4. Referências

BEZERRA, Karine Lima. A Adoção Internacional no ordenamento jurídico brasileiro. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano. 07, Ed. 03, Vol. 04, pp. 19-50. Março de 2022. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 23 de julho de 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 out. 1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 23 de julho de 2022.

BRASIL. Decreto nº 3.087, de 21 de junho de 1999. Promulga a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída na Haia, em 29 de maio de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3087.htm. Acesso em: 23 de julho de 2022.

BRASIL. Lei nº 8.069, de jul. 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 23 de julho de 2022.

CONVENÇÃO DE HAIA. Decreto-Lei nº 3.087, de 21 de junho de 1999. Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional. [S. l.], 31 mar. 2021.

COSTA, Tarcísio José Martins. Adoção transnacional: um estudo sociojurídico e comparativo da legislação atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 157.

CUNHA, George. Adoção de criança estrangeira no Brasil.. Disponível em <https://www.adocaointernacional.com/adocao-de-crianca-estrangeira>. Acesso em: 23 de julho de 2022.

DIAS, Felipe Nunes Gonçalves. A Nacionalidade do Adotado Estrangeiro no Brasil: A Relativização do jus sanguinis sob a luz do art. 227, § 6º, Da Constituição Federal de 88. Santa Maria, RS. 2017. Disponível em https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/11491/Dias_Felipe_NunesGon%ca7alves.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 23 de julho de 2022.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 5: Direito de Família. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DOLINGER, Jacob. A criança no Direito Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERRANTE, Miguel Jerônimo. Nacionalidade: brasileiros natos e naturalizados. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 51.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro: Direito de Família. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva Guimarães. Nacionalidade: aquisição, perda e reaquisição. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 15.

GUTMANN, Daniel. Droit international privé. 3. ed. Paris: Dalloz, 2002.

HERDEGEN, Matthias. Derecho internacional público. Tradução de Marcela Anzola. México, DF: Konrad Adenauer Stiftung, 2005. p. 193.

JUVINO, Mylena Rayana da Rocha. A nacionalidade da criança adotada internacionalmente. Campina Grande, PB. 2013. Disponível em:

<http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/2960/1/PDF%20-%20Mylena%20Rayana%20da%20Rocha%20Juvino.pdf>. Acesso em: 23 de julho de 2022.

MARQUES, Karoline Fernanda P. Adoção internacional: vista pelo sistema jurídico brasileiro - International. 2021. Instituto Brasileiro de Direito de Família.

MARTINS, Raylla Rodrigues. Adoção internacional e a nacionalidade das crianças adotadas no Brasil. Gama, DF. 2021. Disponível em: https://dspace.uniceplac.edu.br/bitstream/123456789/1089/1/Raylla%20Rodrigues%20Martins_0006619.pdf. Acesso em: 23 de julho de 2022.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. Editora Revista dos Tribunais, 5 Edição, 2011.

MONTAGNER, Ângela Christina Boelhouwer. Adoção Internacional e a Nacionalidade da Criança Adotada. Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial., Brasília, v. 6, n. 2, p. 399-420, jul./dez. 2009.

REZEK, José Francisco. Direito internacional público: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2010.

SPOSATO, Maria Luna. Adoção Internacional: a nacionalidade do adotado. Revista Universo. Disponível em: <http://revista.universo.edu.br/index.php?journal=3GOIANIA4&page=article&op=viewFile&path%5B%5D=8432&path%5B%5D=4109>. Acesso em: 23 de julho de 2022.

VAN LOON, J. H. A. International co-operation and protection of children with regard to intercountry adoption. In: RECUEIL des cours de l'académie de droit international de la Haye, 1993. Netherlands: Martinus Nijhoff, 1994. Tomo 244. p. 299.

A RESPONSABILIZAÇÃO INDIVIDUAL PERANTE O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

DARLAN GARCIA DE LIMA:
Acadêmico do 10º período de
Direito pela Universidade Federal
do Amazonas

Resumo: O presente artigo tem por objetivo principal compreender e explicitar o posicionamento do Tribunal Penal Internacional acerca da possibilidade de responsabilização individual, através da tessitura de panorama histórico e evolutivo do Direito Internacional, observado através de revisão bibliográfica, a metodologia adotada foi a de abordagem dedutiva, considerando-se partir de princípios já conhecidos e consolidados para a obtenção de uma conclusão lógica que avalie a possibilidade de encontro e complementação entre determinadas premissas, das quais derivam a veracidade do objeto estudado. Inicialmente, é discutida a posição do indivíduo no Direito Internacional clássico e a constante evolução sobre o assunto, citando as renovações trazidas pelos tribunais de exceção e, principalmente, pelo Estatuto de Roma. Discute-se, também, a formação do conceito de Direito Penal Internacional e sua intrínseca relação com o princípio da responsabilização penal individual. Por fim, conclui-se que Tribunal Penal Internacional, dentro dos limites de sua Carta Instituinte, o Estatuto de Roma, o indivíduo é plenamente capaz de exercer seus direitos internacionais e, portanto, de ser julgado pela violação do direito de terceiros.

Palavras-chave: Direito Internacional Público; Responsabilização Individual; Direito Penal Internacional; Tribunal Penal Internacional.

1. INTRODUÇÃO

Durante séculos, a relação interestatal foi esporádica e pautada em assuntos ligados à soberania, independência e não interferência em assuntos internos, entretanto, através da mudança de contexto social mundial, as relações internacionais saíram de questões de convivências apartadas à regulação institucionalizada de questões estruturais intrinsecamente internacionais.

Com tais relações interestatais, nasce o Direito Internacional, que é definido como um conjunto de normas jurídicas que regula a comunidade internacional, determinando direitos e obrigações dos sujeitos a ele submetido. (Accioly et al, 2012)

Segundo Cançado Trindade (2015), por muito tempo, durante as definições clássicas do Direito Internacional, o papel do indivíduo foi reduzido à vontade estatal, ou seja, o

indivíduo era visto somente como objeto indireto a ser discutido e, portanto, só tinha os direitos que o Estado concedesse.

Entretanto, após superados alguns entraves conservadores e positivistas, o ser humano obteve a sua personalidade jurídica na comunidade internacional, tornando-se referência central do Direito Internacional, superando o quadro puramente estatal do modelo clássico. (Monserrat Filho, 1995)

A partir desse entendimento do ser humano como detentor fundamental de direitos internacionais, o presente artigo busca compreender e explicitar o posicionamento do Tribunal Penal Internacional acerca da possibilidade de responsabilização individual, valendo-se de pesquisa bibliográfica e traçando o necessário contexto histórico e evolutivo da questão.

2.0 INDIVÍDUO COMO SUJEITO DO DIREITO INTERNACIONAL

Inicialmente, antes da caracterização do indivíduo perante o Direito Internacional Público, faz-se necessário trazer à luz e delimitar os sujeitos que se relacionam na dinâmica jurídica internacional.

De acordo com Accioly et al (2012), sujeito no Direito Internacional é a entidade jurídica capaz de exercer direitos e deveres no plano Internacional e que, no Direito Internacional Clássico, o sujeito por excelência, muito embora não mais o único aceitável, era o Estado, autolimitado e definido a partir de seu ordenamento interno.

Os autores citados ainda elencam como sujeitos do Direito Internacional Clássico as organizações intergovernamentais, também as organizações não governamentais, as sociedades transnacionais, os rebeldes, os beligerantes, os povos, os movimentos de liberação nacional e mesmo os seres humanos.

Entretanto, ao se falar em seres humanos em um contexto clássico, cabe ressaltar a relutância dos estudiosos, à época, de desvincular a concepção e definição do Direito Internacional como estritamente estatizado, tratando com repugnância qualquer atuação de ente não-governamental.

Accioly et al (2012) assevera que tal modelo de Direito Internacional, completamente centrado na figura do Estado, não mais se adequa à realidade e ignora o contexto pós moderno de evolução do Direito Internacional.

Após a ruptura do modelo Clássico e, por consequência, a renovação estrutural do Direito Internacional, as perspectivas institucionais e normativas do Direito Internacional sofreram grande influência do aumento de número de participantes legitimados e multiplicação da presença e da influência de todo o conjunto de atores e agentes não

estatais, no sistema internacional, tornando-se mais extenso e complexo, o autor supracitado, reflete, ainda, sob a ótica do discurso de outros estudiosos, a validade do indivíduo como sujeito internacional, conforme Accioly (2012):

Nicolas POLITIS (1925) destacava: “o que chamamos direito internacional não poderia ser outra coisa que o conjunto de regras que regem as relações dos homens, pertencentes a diversos grupamentos políticos”. E, acrescentava POLITIS (1927): “a maioria dos autores se recusa reconhecer aos interesses individuais o título direto para a aplicação do direito internacional. Mas tais resistências são impotentes contra as realidades da vida”. Jean SPIROPOULOS (1929) declarava: “a posição do indivíduo na vida jurídica internacional é, na hora atual, dos problemas mais discutidos em nossa disciplina”. Isso continua verdadeiro e objeto de controvérsia.

A partir da superação do modelo clássico, a caracterização do indivíduo como sujeito direto de deveres e direitos internacionais, passou por notáveis evoluções, botando o indivíduo em ponto central e evidenciando sua condição no plano internacional.

Segundo Carvalho e Araújo (2008), de forma paralela aos deveres e direitos obtidos pelo indivíduo no plano internacional, e à sua capacidade processual adquirida, está a capacidade delituosa do indivíduo, a qual reforça a caracterização do indivíduo como sujeito do direito internacional.

O papel do indivíduo como sujeito de direitos e deveres internacionais é, atualmente, inegável em inúmeros campos de atuação do direito internacional pós-moderno, sendo, ainda, primordial e latente na responsabilização penal internacional através das Cortes Internacionais.

3.UM BREVE HISTÓRICO DAS CORTES INTERNACIONAIS

O princípio da soberania estatal figurou, durante muito tempo, como o alicerce do Estado Moderno em uma conjuntura pós-feudalismo. Tal princípio foi doutrinariamente legitimado com força política a partir substancialmente das disposições de Maquiavel em *O Príncipe*, e simbolicamente radicalizado através do *Leviatã* de Thomas Hobbes, servindo de condutor para a percepção absolutista de um Estado forte necessário para deter a *bellum omnium contra omnes*, o natural estado de “guerra de todos contra todos”.

Todavia, após a Segunda Guerra Mundial, surge a real dimensão da prejudicialidade eminente da supremacia do poder estatal. As atrocidades cometidas contra a humanidade chegaram a níveis tão alarmantes que só então a crueldade do Estado imponente e essencialmente soberano passa a ser alvo de preocupação de forma predominante. O impasse, por sua vez, residia no fato de que a concepção do Estado moderno estava enraizada de tal forma que não havia suportes legais e jurídicos necessários para a punição dos excessos estatais e da irresponsabilidade de governantes, sobretudo no plano internacional. É nesse sentido então que se despontam os tribunais internacionais, inseridos em um contexto de negação à uma realidade secular e arcaica, como resultado dos primeiros passos para a concretização de visões humanitárias e reparadoras.

3.1 O Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (TMIN) e o Tribunal de Tóquio

Os Julgamentos de Nuremberg foram vários tribunais militares organizados por aliados vitoriosos da Segunda Guerra Mundial, em repressão ao regime nazista da Alemanha e seus líderes e organizações. Tratava-se especificamente de um tribunal *ad hoc*, um tribunal de exceção, criado somente para a ocasião pós-guerra em novembro de 1945 e dissolvido em 1946. Uma das críticas mais recorrentes aos julgamentos de Nuremberg se devia justamente ao caráter *ad hoc* dos tribunais, observando flagrante desrespeito aos direitos fundamentais, aos princípios da legalidade, da ampla defesa e o contraditório; a perspectiva humanitária mascarava o que mais parecia ser uma justiça de retaliação, uma condenação aos vencidos por crimes que os próprios vitoriosos também cometeram.

Há de se enfatizar que a questão de punição ou não aos mais proeminentes oficiais nazistas nunca ocupou espaço de dúvida entre os maiores líderes dos aliados Churchill, Roosevelt e Stalin. O dissentimento consistia apenas em relação à forma: se os acusados seriam diretamente executados ou se seriam submetidos a um julgamento. Nesse sentido se observa a Declaração de Moscou de 1943, documento celebrado previamente ao final da guerra e que aponta de forma vaga o destino dos que ocupassem os altos cargos nazistas. Assim se esclarece pertinentemente, nas palavras de Todorov (2001:-31 apud Bachvarova):

A questão nunca foi 'devem os líderes nazistas ser punidos ou devem ser libertados?' A pergunta era 'devem ser executados sem julgamento ou devem ser julgados?' Stalin se inclinava para a primeira solução, e oferecia seus ofícios para eliminar 50 ou 100 mil alemães, já que gozava de ampla experiência nisso. O secretário do Tesouro americano, Henry Morgenthau Jr., cruelmente propôs deportar vários milhões de alemães para outra parte do globo; os turcos, por exemplo, se davam bem como populações estrangeiras (como os armênios), lembrou. Churchill e Roosevelt chegaram a cogitar da possibilidade de castrar a população masculina da

Alemanha. Apenas o legalismo teimoso de Henry Stimson, Secretário da Guerra dos Estados Unidos, permitiu que a decisão final acabasse sendo o tribunal de Nuremberg, onde os acusados podia contar com um advogado, era necessário que testemunhas depusessem, e um réu poderia até mesmo ser absolvido.

A Carta de Londres, de 1945, foi utilizada como fundamento legal para o Tribunal de Nuremberg. Em seguida, foi formulado o Estatuto do Tribunal Militar Internacional, que classificou as acusações do julgamento em quatro modalidades principais⁸⁷: 1) Participar de conspirações; 2) Crimes de guerra, que se referem aos descumprimentos dos costumes e das leis de guerra; 3) Crimes contra a humanidade, a exemplo de extermínios, escravidões, homicídios em massa ou qualquer outros atos desumanos contra civis; 4) Crimes contra a paz, que incitam, preparam e dão continuidade à uma guerra de agressões.

Apesar das contundentes críticas, há de se reconhecer a importância do TMIN como um precedente histórico que introduziu a questão da responsabilização individual no plano internacional para a consolidação de uma nova ordem. Como asseverou um dos promotores de Nuremberg, Henry T. King Jr. (1998, p. 144):

“Nuremberg possibilitou que líderes nacionais fossem responsabilizados por seus atos como comandantes de Estados-nação - sob a lei internacional. Possibilitou que indivíduos possuíssem direitos sob a lei internacional que não dependiam do reconhecimento de seus Estados. Nuremberg possibilitou que houvesse normas

⁸⁷ “Art. 6. The Tribunal established by the Agreement referred to in Article 1 hereof for the trial and punishment of the major war criminals of the European Axis countries shall have the power to try and punish persons who, acting in the interests of the European Axis countries, whether as individuals or as members of organizations, committed any of the following crimes. The following acts, or any of them, are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility: (a) ' Crimes against peace: ' namely, planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing; (b) ' War crimes: ' namely, violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to, murder, ill-treatment or deportation to Wave labour or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity; (c) ' Crimes against humanity.- ' namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated. Leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in execution of such plan.”

internacionais aplicáveis às condutas em conflitos armados e que esses indivíduos fossem passíveis de responder pela violação às estas normas.” (tradução nossa)⁸⁸

Bachvarova (2013) aponta que os processos de Nuremberg salientaram a questão da responsabilização individual de forma inédita nos crimes de guerra, conforme uma das declarações do Juiz Robert Jackson na abertura dos processos do TMIN, considerando os oficiais acusados não somente como indivíduos, mas também por estarem em posições de comando, de poder, e assim perpetuar de maneira viva e simbólica o ódio, a crueldade e a arrogância que guiavam um “regime criminoso”.

A objeção de defesa da ordem de superior hierárquico não foi admitida em nenhuma hipótese como exclusão de responsabilidade, apenas como atenuante⁸⁹. É notório que a Alemanha funcionava sob a regência ditatorial de Hitler e que os indivíduos contrários ao regime se tornavam alvos do jugo da perseguição nazista. No entanto, consoante a Ambos (1999), se tal exclusão de responsabilidade fosse aceita então não seria condenado um sequer dos peões que deliberadamente ajudaram a consolidar o Terceiro Reich, de maneira que o único culpado seria o próprio *Führer*.

Foram então julgados 22 oficiais do regime nazista, com apenas duas absolvições. O restante foi condenado ou à morte por enforcamento, ou à prisão perpétua, ou à prisão de 10 a 20 anos.

Por sua vez, em 1943, a Conferência do Cairo estabeleceu a pretensão de submeter a julgamento os japoneses que cometeram atrocidades durante a Segunda Guerra. Isso foi materializado no então Tribunal Militar do Extremo Oriente, ou Tribunal de Tóquio. Os crimes foram classificados em três tipos: crimes “Classe A”, os crimes contra a paz; “Classe B”, crimes de guerra; “Classe C”, crimes contra a humanidade.

Em moldes e com objetivos similares à Nuremberg, o Tribunal de Tóquio recebeu as mesmas críticas, majoritariamente referentes à violação ao princípio da legalidade, ao seu caráter *ad hoc* e de justiça feita por vencedores. Entretanto, a seletividade dos Aliados foi exposta de maneira mais acentuada nos julgamentos japoneses.

⁸⁸ “Nuremberg held that national leaders were responsible for what they did as heads of nation-states - under international law. It held that individuals had rights under international law which were not dependent on nation-state recognition. Nuremberg held that there were enforceable international norms governing the conduct of armed conflict and that individuals were answerable for violating these norms.”

⁸⁹ “Art. 8. The fact that the Defendant acted pursuant to order of his Government or of a superior shall not free him from responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires.”

Como exemplifica Sayapin (2014), o juiz indiano Radhabinod Pal foi ignorado em seus questionamentos sobre a legitimidade dos Aliados em instituir tais julgamentos para apurar condutas criminosas de guerra, conforme SAYAPIN (2014, p. 44):

O juiz Pal foi o único membro do Tribunal que levantou a questão dos bombardeiros nucleares ocorridos em Hiroshima e Nagasaki em agosto de 1945 como uma violação às leis e costumes de guerra por parte dos Aliados. Naturalmente, a opinião contrária do Juiz Pal não foi pronunciada no tribunal, não foi publicada junto ao Julgamento de Tóquio e foi pouco citada desde então.⁹⁰ (tradução nossa)

Dentre 28 acusados, sete foram condenados à forca, dezesseis à prisão perpétua e o restante a penas menores.

3.2 Os tribunais *ad hoc* para Ruanda e a ex-Iugoslávia

Como já frisado, Nuremberg foi o grande propulsor para a transição da perspectiva de supremacia estatal a uma preocupação humanitária no cenário internacional, bem como ao enfraquecimento da prerrogativa de “ato de Estado” para o firmamento da responsabilização individual como instituto do Direito Penal Internacional. Com efeito, a Resolução n. 260 A(III)/1948⁹¹ da Assembleia-Geral das Nações Unidas menciona a possibilidade dos crimes de genocídio serem julgados por uma corte penal internacional, assim como a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi publicada em dezembro ainda do mesmo ano.

Com a Guerra Fria, a preocupação internacional passou a ser concentrada nas tensões entre as potências dos Estados Unidos e União Soviética e seus desdobramentos. Contudo, após o seu final, eclodiram concomitantemente dois conflitos tão sangrentos e atrozes quanto os presenciados durante a Segunda Guerra Mundial: o genocídio da ex-Iugoslávia e de Ruanda.

⁹⁰ “[...] Judge Pal was the only member of the Tribunal who raised the issue of the nuclear bombing of Hiroshima and Nagasaki in August 1945 as a violation of the laws and customs of war by the Allies. Naturally, Judge Pal’s dissenting opinion was not read out at the trial, not published with the Judgment in Tokyo and was not quoted frequently ever since.”

⁹¹ “No ano de 1948, a partir da Resolução n.º 260, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) solicitou ao Comitê de Direito Internacional (CDI) estudo acerca da viabilidade de um tribunal penal internacional. Os estudos da Comissão revelaram-se positivos, no entanto, por motivos políticos o projeto foi esquecido. Somente na década de 90 a partir das solicitações de Trinidad e Tobago os estudos sobre a Corte Internacional voltaram a tona e ganharam força devido aos grandes conflitos regionais violadores do direito humanitário.” (BAZELAIRE; CRETIN, 2004, p. 62)

Os conflitos armados na Iugoslávia se iniciaram em 1991 com o estopim da declaração de independência da Eslovênia em relação à então República Socialista Federativa da Iugoslávia (RSFI), acarretando uma guerra civil que se estendeu nos demais territórios da Sérvia, Bósnia e Herzegovina, Croácia, Macedônia e Kosovo. A maior causa atribuída foi a multietnicidade: durante duas décadas, a ex-Iugoslávia foi governada pelo Marechal Tito e amarrada em uma política de apaziguamento e inclusão das diferenças étnicas. Entretanto, com a morte do Marechal em 1980 e a derrocada do bloco socialista na União Soviética, os instintos nacionalistas afloraram e clamaram pela desintegração iugoslava. Houve uma tentativa de “limpeza étnica”, um confronto que acabou por deixar cerca de 100 mil mortos, a maioria bósnia-muçulmana.

Por sua vez, em Ruanda, os confrontos se deram a partir de dois grupos étnicos que habitavam a região: os tutsis e os hutus. Com a ocupação alemã e posteriormente belga, os tutsis - que eram a população minoritária - foram elevados a posições de poder pelos europeus, influenciados pelo darwinismo social na crença de que os traços mais finos e claros dos tutsis representavam superioridade em relação aos hutus. Estes, que na época correspondiam a cerca de 94% da população, foram expostos à discriminação social. As desavenças políticas entre os dois grupos se intensificaram no final dos anos cinquenta, culminando na tomada do poder pelos hutus após a independência de Ruanda no começo dos anos sessenta, gerando uma perseguição aos tutsis e uma consequente busca de refúgio em países próximos. Os refugiados então instauraram a Frente Patriótica Ruandesa (FPR), sob o intuito de retornar à Ruanda. Após diversos conflitos, um processo de acordo de paz foi estabelecido em 1993, porém em 1994 o atentado a um avião resultou na morte dos presidentes da Ruanda, Juvenal Habyarimana, e do Burundi, Cyprien Ntaryamira, ambos hutus. Houve então o início de um genocídio organizado, em que listas eram feitas com os nomes dos alvos e os assassinatos étnicos eram estimulados como forma de propaganda, conforme Vezneyan (2009, p. 291):

De um lado, a máquina de propaganda utilizada por uma rede de rádio e televisão privada [...] propagava uma ideologia de ódio. Ela enviava claras mensagens à população de como deveria agir para se livrar dos “inimigos internos”, e dos “traidores” da República. O famoso jornal de envergadura e alcance nacional – o Kangura – disseminava “os dez mandamentos antiTutsi, para um bom Hutu”, estipulando, entre outras coisas, que um Tutsi é, por definição, um inimigo dos Hutus. De outro, as Forças Armadas Ruandenses (RAF), a partir de 1992, emitiram um documento definido e delineando o “inimigo”: Tutsis de dentro ou fora do país, seus familiares, ou mesmo a oposição Hutu. Finalmente, na esfera da administração local (comunas e setores), os líderes empossados tinham por missão a execução do plano de extermínio. Com o auxílio dos centros de

registros públicos, listas foram criadas, o que permitiu a imediata identificação de um Tutsi.

Foram instituídos tribunais penais *ad hoc* tanto para a ex-Iugoslávia tanto para a Ruanda, ambos com estruturas similares e com sobreposição da jurisdição internacional. Aos dois foram atribuídos às competências para julgar crimes contra a humanidade, de genocídio, às violações aos costumes e leis de guerra e à Convenção de Genebra. Ademais, diferentemente do que foi visto em Nuremberg, não se tratava de uma justiça instaurada por vencedores sob vencidos, e sim por um órgão internacional. Entretanto, por diversas vezes o Conselho de Segurança da ONU foi acusado de favorecer os interesses de seus países-membros que possuem direito ao veto. É pontuado por Payne, Abrão e Torelly (2011, p. 59-60) que isso teria ocorrido até mesmo especificamente em relação a ex-Iugoslávia:

Muitos sugeriram que a decisão do Conselho de Segurança de formar um tribunal para a antiga Iugoslávia, em vez de outros casos de graves violações dos direitos humanos, revelou o viés eurocêntrico dos seus membros, que ficaram mais chocados com o genocídio na Europa do que no resto do mundo. Mas poucos outros casos reuniram todas as condições presentes no caso da antiga Iugoslávia: a guerra internacional, a documentação de crimes contra a humanidade e genocídio, uma história longa e sem sucesso de se tentar resolver o conflito por outros meios, assim como a forte presença dos meios de comunicação capazes de transmitir imagens poderosas ao redor do mundo.

Em relação ao Tribunal de Ruanda, destaca-se o caso *Akayesu* como a primeira condenação por genocídio no foro internacional. Como ex-prefeito de Taba, Jean-Paul Akayesu possuía controle sob as polícias civis e militares locais além de executar leis e administrar funções de justiça. Vários depoimentos relataram que Akayesu estava presente durante agressões, homicídios e estupros de tutsis e que vários massacres na região foram realizados com seu consentimento. Um importante precedente do caso foi que os estupros passaram a ser considerados como tática de genocídio.

Tem-se então os tribunais para Ruanda e Iugoslávia - ambos causados por conflitos internos entre etnias - como o trampolim definitivo para a criação do Tribunal Penal Internacional, uma corte permanente e que possui o intuito de fugir à seletividade constituída nos tribunais de exceção. Com efeito, ainda em 1994, a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas elaborou o Projeto do Estatuto para uma Corte

Permanente Internacional, e posteriormente iniciou a formulação do futuro Estatuto de Roma com sua aprovação final em 1998.

4.A APLICABILIDADE DA RESPONSABILIZAÇÃO INDIVIDUAL NAS CORTES INTERNACIONAIS

Segundo leciona Camargos (2013), a tipificação da responsabilidade penal do indivíduo frente a normativa internacional foi elencada pela primeira vez no artigo 6º do Estatuto do Tribunal de Nuremberg, o qual, em sua última frase, responsabilizava líderes, organizadores, investigadores e cúmplices por atos danosos à humanidade. Além disso, concomitantemente ao surgimento da responsabilização, surgiu o Direito Penal Internacional como ramo do Direito Internacional.

De Acordo com Japiassú (2012), o direito penal internacional tem por objeto “a proteção penal da comunidade internacional e a dos bens jurídicos supranacionais, através da repressão aos crimes internacionais próprios”. O mesmo autor define esse ramo como:

O direito penal internacional é o ramo do direito que define os crimes internacionais (próprios e impróprios) e comina as respectivas penas. O direito penal internacional estabelece, também, as regras relativas: à aplicação extraterritorial do direito penal interno; à imunidade de pessoas internacionalmente protegidas; à cooperação penal internacional em todos os seus níveis; às transferências internacionais de processos e de pessoas presas ou condenadas; à extradição; à determinação da forma e dos limites de execução de sentenças penais estrangeiras; à existência e funcionamento de tribunais penais internacionais ou regionais; a qualquer outro problema criminal vinculado ao indivíduo, que possa surgir no plano internacional.

A noção de responsabilização no Direito Internacional não visa substituir a culpabilidade, mas gerar critérios de imputabilidade de determinado ato, para que, em juízo, seja possível a imputação de pena ao ato danoso.

Sobre a competência do Tribunal Penal Internacional, Alves (2021), leciona:

O Estatuto de Roma define que o Tribunal Penal Internacional irá ser competente para julgar crimes de genocídio, crimes de guerra, crimes contra humanidade e crimes de agressão; no qual o crime tenha sido cometido dentro do território de qualquer um dos Estados parte ou que, pelo menos, tenha aceitado a jurisdição do TPI. Todavia, para o que o indivíduo seja investigado e posteriormente penalizado pelo

crime, é necessário que o mesmo tenha a idade mínima permitida pelo Estatuto de Roma, qual seja, a partir de 18 anos.

Acerca da jurisdição, sob uma perspectiva temporal, Pavanin (2021) esclarece o seguinte:

Em relação à jurisdição temporal, o art. 111 do Estatuto atribui competência *ratione temporis*, estabelecendo em seu §1º, que o Tribunal só é competente, em relação aos crimes previstos, cometidos posteriormente à sua entrada em vigor. Já em seu §2º, o Estatuto estabelece que caso algum país ratifique o Estatuto após sua entrada em vigor, o Tribunal só terá competência em relação aos crimes cometidos após a entrada em vigor do Estatuto no presente Estado. Ainda acerca da competência temporal, o art. 124 do Estatuto também prevê a possibilidade de os Estados Partes declararem a não aceitação da jurisdição deste por um período de sete anos a contar da entrada em vigor do Estatuto.

Uma das tentativas mais ambiciosas de codificação do direito penal internacional foi o Estatuto de Roma (Schabas, 2003, *apud* Japiassú), que originou o Tribunal Penal Internacional, o qual trata, inclusive, da responsabilização individual, como veremos adiante.

4.1 A RESPONSABILIZAÇÃO INDIVIDUAL NO ESTATUTO DE ROMA

O Estatuto de Roma, tratado no qual prevê a criação do Tribunal Penal Internacional (TPI) em vinculação à Organização das Nações Unidas (ONU), foi aprovado em 17 de julho de 1998. Para a sua entrada em vigor, era necessário que houvessem 60 ratificações, quórum no qual foi ultrapassado no número de 66 ratificações em 11 de abril de 2002. Elaborado a partir da colaboração entre penalistas e internacionalistas, o Tratado assim buscou fugir das mais recorrentes críticas feitas à Nuremberg em relação às garantias individuais dos acusados.

Entre os vários dispositivos, a questão da responsabilização individual é cristalizada principalmente no art. 25 do Estatuto ao estabelecer em seu primeiro inciso a competência do Tribunal para julgar pessoas físicas, seguidamente reafirmado pelo segundo inciso. Por sua vez, o inciso terceiro do supracitado artigo versa sobre a autoria e participação sob a ótica da Teoria Dualista do concurso de agentes. A alínea "a" reconhece as diversas formas de autoria: a individual, a co-autoria e a autoria mediata. É frisado também que a co-autoria se configura por mais que a pessoa que tenha cometido o crime seja inimputável, dado o

sabido histórico do uso de pessoas isentas de penalização para a prática de atos criminosos como forma de se livrar das responsabilizações penais.

A seguir, entende-se que a alínea “b” e “c” do art. 25 fazem referência à participação, por ordenar, solicitar ou instigar à prática penal, seja sob forma consumada ou de tentativa (alínea b) e com o propósito de facilitar a prática de um crime, for cúmplice ou encobridor, ou colaborar de algum modo seja na prática ou na tentativa de um crime, e ainda que por fornecimento de auxílio material (alínea c).

Segundo Delgado e Tiujo (2001), a alínea “d” tenta reintroduzir “sob uma forma ampla de cumplicidade” o instituto da conspiração que figura na common law e foi previsto nos estatutos de Nuremberg e Tóquio.

Por fim, a alínea “e” do supracitado dispositivo dispõe sobre figura do genocídio na responsabilização individual no caso de incitar, direta ou publicamente, à sua prática. E, a alínea “f”, traz os institutos da tentativa e desistência, observando-se que não se configura tentativa nos atos preparatórios ao frisar em sua redação o instituto da tentativa como atos que contribuam substancialmente para a sua execução.

Por sua vez, o art. 28, ainda segundo Delgado e Tiujo (2001), introduz o princípio da responsabilidade de comando:

Trata-se de mais um dispositivo que traduz a grande evolução que tem sofrido o Direito Internacional Penal. No caso, não é necessário que o comandante, militar ou civil, tenha um dolo específico de cometer o delito, apenas que ele, sabendo, ou devendo saber, da realização de um crime por seus subordinados, permaneça inerte, não realizando tudo razoavelmente ao seu alcance para deter a ação dos indivíduos que lhe devem obediência.

Há ainda, dentro do Estatuto, a previsão de exclusão da responsabilidade penal, em sua maioria nos artigos 31º ao 33º.

O art. 31 prevê casos em que a pessoa não está em plena detenção de suas faculdades mentais, permitindo então a aplicação da exclusão de responsabilidade. A alínea “a” versa sobre a possibilidade de doença mental que abstraia a consciência do caráter ilícito do ato. Por sua vez, a alínea “b” foca no chamado “estado de intoxicação”, em casos que a pessoa está sob a influência de substâncias que não lhe permita o controle de seus atos, mas com as ressalvas de que a intoxicação não deve ocorrer de maneira voluntária e premeditada para a prática de alguns dos crimes tipificados pelo Estatuto ou que exista o risco para tal. Já a alínea “c” prevê a legítima defesa até mesmo em casos de

defesa à bens essenciais para realização de missão militar. Por fim, a alínea “d” adiciona a coação como uma causa de exclusão da responsabilidade criminal.

O artigo 32º dispõe sobre o erro de fato e o erro de direito. Este último instituto, exaustivamente invocado por defesas dos acusados no caso de Nuremberg, foi aceito como causa de exclusão de responsabilidade penal na ausência de dolo (tal qual o erro de fato) ou se decorrer por decisão hierárquica, conforme dispõe o art. 33º, tratado a seguir.

Como já mencionado, o art. 33º estabelece sobre a ordem de superior hierárquico, geralmente exemplificado por casos em que soldados cometem crimes por ordens de oficiais de maior patente. No Estatuto de Roma, foi admitido como excludente de responsabilidade desde que estivessem legalmente obrigados a obedecer às decisões do Governo ou do superior hierárquico em questão, ou que a ilegalidade do ato fosse desconhecida (erro de direito), ou que a decisão não fosse manifestamente ilegal.

Vale ressaltar que o segundo inciso do referido artigo deixa claro que qualquer ordem que remeta ao genocídio ou crimes contra a humanidade será considerado como decisão manifestamente ilegal. No entanto, conforme Caseiro (2015, p. 19) aponta, a instigação ao genocídio deve ser direta e pública como foi decidido jurisprudencialmente nos casos de Akayesu e Kambanda⁹².

Para que a instigação seja direta deve incluir palavras que se entendam como um pedido expresso ao genocídio [...] os indivíduos devem ser diretamente provocados, a mera sugestão não preenche este requisito. Para que a instigação seja pública deve ser dirigida a pessoas reunidas em local público ou ao público em geral, mediante a utilização de meios de comunicação social. Também se deve considerar, sempre caso a caso, tanto para a interpretação da característica “direta” como para “pública” o contexto cultural e linguístico em que o discurso se insere.

Portanto, percebe-se uma grande preocupação do Estatuto de Roma em contornar as principais críticas referentes a Nuremberg e aos demais tribunais de exceção. O propósito preponderantemente humanitário de instituir uma justiça permanente no foro internacional, em observância aos devidos procedimentos legais, busca abranger a garantia dos direitos fundamentais tanto das vítimas quanto dos acusados, sob uma visão macroscópica e menos seletiva que tendia aos tribunais *ad hoc*.

⁹² Nomeado primeiro-ministro de Ruanda em abril de 1994, Jean Kambanda se confessou culpado das acusações de participação dos crimes de genocídio em Ruanda. (PAULA, 2011, p. 100)

5. CONCLUSÕES

O presente artigo teve como objetivo avaliar a efetivação do princípio da responsabilização penal individual no cenário internacional, utilizando-se de pesquisa bibliográfica e análise da literatura disponível.

A responsabilização individual no Direito Internacional perpassa por diversos fatores, dentre eles, a caracterização do indivíduo como sujeito efetivo de direitos internacionais, não somente como um objeto ou sujeito indireto.

Apesar da figura do Estado como único sujeito direto do direito internacional ser assunto superado pela literatura, ainda há intensa discussão acerca da posição do indivíduo perante a ordem internacional e, portanto, da possibilidade da responsabilização internacional individual.

Ainda que exista a discussão citada, a partir do fim da Segunda Guerra Mundial e, por consequência, da formação dos Tribunais *Ad Hoc*, houve a adoção internacional de preceitos ligados à responsabilização do indivíduo frente a crimes cometidos em tempos de guerra e crimes de comando.

Dessa forma, a partir da adoção de tais preceitos, formou-se a noção de Direito penal internacional, o qual passou, e ainda passa, por diversas modernizações e atualizações, culminando numa espécie de codificação através do Estatuto de Roma, que instituiu o Tribunal Penal Internacional.

Através do Estatuto de Roma, foi positivada a possibilidade de julgamento de pessoas físicas, além de buscar superar pontos polêmicos dos tribunais anteriores, tais como a efetivação de direitos fundamentais para acusados e vítimas, mas sempre mantendo a possibilidade de punitivismo à entes individuais não estatais.

Dessa forma, através da análise bibliográfica desenvolvida, pode-se perceber que, em se tratando do Tribunal Penal Internacional, dentro dos limites de sua Carta Instituinte, o Estatuto de Roma, o indivíduo é plenamente capaz de exercer seus direitos internacionais e, portanto, de ser julgado pela violação do direito de terceiros feita de forma consciente, efetivando o princípio da responsabilização penal individual.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando Pompeo Pinto; E SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. **MANUAL DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO**. Ed. Saraiva, 2012.

ALVES, Alexandre Vitor. **A SUBMISSÃO DO BRASIL AO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: a importância de um tribunal penal internacional permanente**. 2021.

AMBOS, Kai. **IMPUNIDAD Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL**. 2. ed. rev. atual. Buenos Aires: Ad-hoc, 1999, p. 241.

BACHVAROVA, Elitza. **O TRIBUNAL DE NUREMBERG COMO UM ÍCONE DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO**:

Aspectos Históricos da Responsabilização Política e do Quadro Ideológico dos Direitos Humanos. Em Tempo de Histórias. Brasília, n. 22, jan./jul., 2013. Disponível em: <<https://core.ac.uk/reader/231257026>>. Acesso em: 10 de jul. de 2020.

BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A JUSTIÇA PENAL INTERNACIONAL: SUA EVOLUÇÃO, SEU FUTURO: DE NUREMBERG A HAIA**. São Paulo: Manole, 2004.

CAMARGOS, Laís Alves. **A RESPONSABILIDADE PENAL INTERNACIONAL DOS INDIVÍDUOS: ESTUDO DO CASO DARFUR**. Revista de Direito Brasileira, v. 5, n. 3, p. 196-221, 2013.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **OS INDIVÍDUOS COMO SUJEITOS DO DIREITO INTERNACIONAL**. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, [S.l.], n. 12, p. 23-58, dez. 2012. ISSN 1677-1419. Disponível em: <<http://www.revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/203>>. Acesso em: 28 jul. 2020

CARVALHO, Luiza Starling de; ARAÚJO, Priscilla Clementino. **O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO A RESPONSABILIDADE PENAL INTERNACIONAL INDIVIDUAL**. CEDIN–Centro de Direito Internacional, v. 3, 2008.

CASEIRO, Sofia. **A RESPONSABILIDADE CRIMINAL INTERNACIONAL PREVISTA NO ESTATUTO DE ROMA – OS DESAFIOS INERENTES AO ARTIGO 25º**. ResearchGate, 2015. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Sofia_Caseiro/publication/312327994_A_responsabilidade_criminal_internacional_prevista_no_Estatuto_de_Roma_-_os_desafios_inerentes_ao_artigo_25/links/587a8aa208ae9a860fe8967d/A-responsabilidade-criminal-internacional-prevista-no-Estatuto-de-Roma-os-desafios-inerentes-ao-artigo-25.pdf>. Acesso em: 22 de jun. de 2020.

DELGADO. José Pina e TIUJO, Liriam. **O PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE PENAL INDIVIDUAL NOS ESTATUTOS DO TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DE NUREMBERG E DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL**, in Direito e Cidadania, Ano IV, nº 12/13, Março-Dezembro de 2001, Praia, Cabo Verde. Disponível em: <http://www.academia.edu/download/33388034/O_principio_da_responsabilidade_penal_individu_al_em_Nuremberga_e_no_Estatuto_de_Roma_-Jose_Pina_Delgado.pdf>. Acesso em: 19 de jun. de 2020.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A.. **O DIREITO PENAL INTERNACIONAL E OS CRIMES INTERNACIONAIS**. Revista Interdisciplinar de Direito, [S.l.], v. 9, n. 1, p. 69-90, dez. 2012. ISSN 2447-4290. Disponível em: <<http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/505>>. Acesso em: 27 jul. 2020.

KING JR., Henry T. **THE MEANING OF NUREMBERG**, 30 Case W. Res. J. Int'l L. 143 (1998). Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol30/iss1/3>>. Acesso em: 5 de jul. de 2020.

LIPPI, Soares Camila. **O ESTUPRO ENQUANTO GENOCÍDIO NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA: UM ESTUDO DO CASO AKAYESU**. Espaço Jurídico: Journal of Law. Chapecó, v. 15, n. 2, p. 287-314, jul./dez. 2014. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7277386>>. Acesso em: 16 de jul. de 2020.

MONSERRAT FILHO, José. **GLOBALIZAÇÃO, INTERESSE PÚBLICO E DIREITO INTERNACIONAL**. Estudos Avançados, v. 9, n. 25, p. 77-92, 1995.

PAULA, Luiz Augusto Módolo de. **GENOCÍDIO E O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA**. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-26032012-114115/publico/DISSERTACAO_Luiz_Augusto_Modolo_de_Paula.pdf>. Acesso em: 16 de jul. de 2020.

PAVANIN, Mariana Freire Nunes. **Tribunal penal internacional: uma análise crítica do papel do tribunal no contexto atual**. 2021. Disponível em <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/1857> Acesso em: 01/08/2022

PAYNE, L. A.; ABRÃO, P.; TORELLY, M. D.; (Org.). **A ANISTIA NA ERA DA RESPONSABILIZAÇÃO: O BRASIL EM PERSPECTIVA INTERNACIONAL E COMPARADA**. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/verdade/resistencia/a_pdf/livro_mj_anistia_comparada.pdf>. Acesso em: 15 de jul. de 2020.

SAYAPIN, Sergei. **THE CRIME OF AGGRESSION IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW: HISTORICAL DEVELOPMENT, COMPARATIVE ANALYSIS AND PRESENT STATE**. Springer Science & Business Media, 10 de jan. de 2014.

VEZNEYA, Sérgio. **GENOCÍDIOS NO SÉCULO XX: UMA LEITURA SISTÊMICA DE CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS**. 1.v Tese (Doutorado em Psicologia) - Instituto de Psicologia. Universidade de São Paulo. 2009. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47134/tde-16122009-082827/publico/SERGIO_VEZNEYAN.pdf>.

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: INFLUÊNCIA NA PANDEMIA

MARINA DANTAS RODRIGUES DOS SANTOS:

Graduanda em Direito pela Universidade Brasil –
Fernandópolis – SP

Alexandre Yuri Kiataqui

(orientador)

RESUMO: A violência obstétrica foi a base deste estudo que teve o desígnio de mostrar o que é esse abuso, como é praticado, frisando o alargamento dos casos no período de pandemia do covid-19 e argumentar soluções para resolução desse impasse. Foi abordado os tipos de violências que podem ser verbais, físicas, psicológicas, simbólicas, morais e sexuais, praticadas por profissionais da saúde. Trouxe depoimentos, de uma psicóloga e outro de uma advogada e mão para complementar meu posicionamento. Retrata a importância da gestação para essas mães que devia ser um momento único na vida delas de lembranças boas e alegrias, mas ao mesmo tempo vem a vulnerabilidade, dor, medo de no que essa doença viral poderia afetar seus bebês, a falta de leitos em hospitais, entre outras diversas consequências traumáticas que essa violência pode gerar. Enaltece a importância de criar leis mais rigorosas tendo uma punibilidade eficaz desses agentes e tendo mais responsabilidade e compaixão da parte do especialista da saúde (no que normalmente era para ser) para com a mulher. Foi utilizado o método dedutivo trazendo artigos acadêmicos, pesquisas em sites no espaço da rede virtual, leis, jurisprudências, doutrinas e de mais textos encontrados durante a pesquisa. Almejamos que esse artigo possa ajudar no desenvolvimento das leis de nosso país e garantir que ninguém tenha seu direito lesionado.

PALAVRAS CHAVES: violência obstétrica; covid-19; pandemia; direito; consequências.

ABSTRACT: Obstetric violence was the basis of this study, which aimed to show what this abuse is, how it is practiced, emphasizing the expansion of cases in the period of the covid-19 pandemic and arguing for solutions to resolve this impasse. The types of violence that can be verbal, physical, psychological, symbolic, moral and sexual, practiced by health professionals were addressed. I brought testimonials, from a psychologist and another from a lawyer and hand to complement my position. It portrays the importance of pregnancy for these mothers, which should be a unique moment in their lives of good memories and joys, but at the same time vulnerability, pain, fear of what this viral disease could affect their babies, the lack of beds in hospitals, among other diverse traumatic consequences that this violence can generate. Praising the importance of creating more stringent laws, having an effective punishment of these agents and having more

responsibility and compassion on the part of the health specialist (as it normally was) towards the woman. The deductive method was used bringing academic articles, research on websites in the space of the virtual network, laws, jurisprudence, doctrines and more texts found during the research. I hope to make my position clear and to remedy any adversity on the subject in the legal field, I also hope that this article can help in the development of the laws of our country and ensure that no one has their right injured.

KEYWORDS: obstetric violence; covid-19, pandemic; right; consequences.

INTRODUÇÃO

Por mais que seja um termo novo, a violência obstétrica é um caso que as mulheres vêm sofrendo há anos. O tema tem ganhado destaque nos últimos tempos a frente de mulheres, em especial as gestantes, posto que sofrem condutas desumanas por parte da equipe médica e auxiliares da saúde, incluindo atendimentos oferecidos com falhas estruturais, como falta de equipamentos, medicações desapropriadas ou qualquer tipo de iniquidade, de clínicas e hospitais públicos ou particulares, que ferem o processo fisiológico do parto, sendo essas quatro fases, pré-natal, trabalho de parto, parto e/ou pós-parto, inclusive no atendimento ao abortamento.

A violação dos direitos fundamentais, como dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade, além da violência verbal e física acometidas contra a parturiente no momento do parto, se estende desde um tratamento humilhante recebido pela parturiente até a morte desta e até mesmo do seu bebê, por conta da negligências cometidas pelos profissionais responsáveis.

Apesar de não ter um tipo penal específico para garantir a punição desses autores que cometem a violência obstétrica, o Código Penal traz vários tipos penais que podem ser aplicados no que tange à violência obstétrica, como, homicídio culposo ou doloso, lesão corporal culposo ou doloso, constrangimento ilegal, injúria, ameaça e maus-tratos, atos praticados pelos agentes contra a parturiente mesmo num momento tão delicado e importante de sua vida.

Recentemente estudando sobre o assunto, nota-se o aumento de casos no período pandêmico, que teve início em fevereiro de 2020. Com base no site corona vírus Brasil, foram registrados 21.247.667 casos positivos para Covid-19. Até setembro de 2021, foram confirmados 590.955 óbitos. Desde então apareceram muitas suscetibilidades e deficiências no nosso sistema de saúde.

Em meio a tantas vítimas fatais de Covid-19 no país, destaca-se o número de gestantes identificadas. Segundo dados divulgados pelo Ministério da Saúde no Boletim

Epidemiológico Especial, entre janeiro e julho de 2020, 2.256 grávidas foram diagnosticadas com Síndrome Respiratória Aguda Grave causada por Covid-19, dentre as quais 135 vieram a óbito. Essas mortes podem ser explicadas por diversos motivos como morbidades, fatores de risco, deficiente acesso ao pré-natal e má qualidade da atenção ao parto e nascimento.

1.VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E SUAS CARACTERÍSTICAS

A expressão “Violência obstétrica” (VO) é utilizada para descrever e agrupar diversas formas de violência e danos durante o cuidado obstétrico profissional. Tem como característica atingir diretamente as mulheres e pode ocorrer durante a gestação, parto e pós-parto, podendo manifestar-se por meio de violência verbal, física ou sexual e pela adoção de intervenções e procedimentos desnecessários e/ou sem evidências científicas. Muitas das vezes a vítima se omite por desconhecer do assunto ou até mesmo por não saber dos seus direitos perante tal situação vulnerável, assim, afeta negativamente a qualidade de vida das mulheres, ocasionando abalos emocionais, traumas, depressão, dificuldades na vida sexual, entre outros.

A violência obstétrica é um tipo de violência de gênero, por se tratar em específico mulher e ainda muitas vezes a prática dela se dá por questões sociais, como raça ou classe social, no qual traz quase a perda total da capacidade das vítimas decidirem livremente sobre seu corpo.

A Defensoria Pública de São Paulo, na cartilha “conversando sobre a violência obstétrica” (2015), conceitua a violência obstétrica como um ato de desrespeito à mulher, seu corpo e seus processos reprodutivos. Ocorrendo através de tratamento desumano, transformações de processos naturais do parto em doença ou abuso de medicalização, negando às mulheres a possibilidade de decidir sobre seus corpos.

Pode ser perpetrado por médicos, enfermeiros, auxiliares de enfermagem, anestesistas ou qualquer profissional da saúde. Acontece de inúmeras maneiras, das mais leves às mais graves, das mais comuns às mais anormais, das que deixam cicatrizes perenes às que saram com o tempo.

1.1 DAS MANEIRAS PRATICADAS

De mau atendimento a deboches desnecessário e atitudes grosseiras com a gestante, a violência obstétrica tem diversos tipos, mas possuem em comum a falta de respeito com a mulher. A violência mais comum relatadas pelas mães é a negligência, isto é, quando é negado atendimento ou há dificuldades para que a gestante receba os serviços

que são seus por direito. Essa violência ocasiona uma peregrinação por atendimento durante o pré-natal e por leito na hora do parto. Também diz respeito à privação do direito da mulher em ter um acompanhante, o que é protegido por lei desde de 2005.

A aplicação do soro com ocitocina, lavagem intestinal (além de dolorosa e constrangedora, aumenta o risco de infecções), privação da ingestão de líquidos e alimentos, é considerada também como violência, pois são práticas e intervenções desnecessárias, sem o consentimento da mulher, o exames de toque em excesso, ruptura artificial da bolsa, raspagem dos pelos pubianos, imposição de uma posição de parto que não é a escolhida pela mulher, não oferecer alívio para a dor, seja natural ou anestésico, episiotomia sem prescrição médica, o uso do fórceps sem indicação clínica. A cesariana também está ligada a uma prática de violência obstétrica, quando utilizada sem prescrição médica e sem consentimento da mulher.

No livro “Com dor dará à luz” (2018, p. 17 a 21), a autora Macedo exemplifica os atos mais ocorrentes. Confira:

Agressão Verbal que acontece quando a equipe médica de alguma forma desrespeita, ofende, humilha ou constrange a mulher em qualquer momento entre o trabalho de parto, parto e puerpério. As agressões podem ser de cunho preconceituoso, ofendendo de alguma forma a mulher por sua cor, etnia, religião, idade, condição socioeconômica, orientação sexual, escolaridade, estado civil, posicionamento político ou qualquer outro motivo. Também pode ser qualquer frase dita pelos profissionais que possa ser interpretada como ameaça (por exemplo, “se você gritar, eu não vou te atender”), ou que exprima desprezo ou ofensa (por exemplo, “na hora de engravidar você não chorou, não pode chorar agora”). Inclui-se, ainda, falas que provoquem medo, insegurança, vulnerabilidade e alienação.

Negligencia no atendimento feito que, o hospital, unidade de saúde ou maternidade tem a obrigação de atender com dignidade qualquer parturiente. Se o atendimento for negado, dificultado ou negligenciado sob qualquer alegação (como falta de vagas ou inexistência de convênio com o plano de saúde), seja no pré-natal ou durante o trabalho de parto, constitui violência.

(...)

Não atender com dignidade situações de abortamento, seja o aborto provocado ou espontâneo, a mulher tem o direito de ser bem atendida e acolhida nos hospitais. Qualquer tipo de violência deve ser repudiada nesse caso, inclusive ameaças de denunciar a mulher em caso de aborto proposital.

Induzir a realização de uma cesárea sem necessidade, a mulher deve ter seu direito de escolha sobre o tipo de parto preservado. Constitui violência não informar à mulher sobre a possibilidade de um parto normal ou, por motivos supérfluos (conveniência à equipe médica, por exemplo), induzir a mulher a optar pela cirurgia ou desencorajá-la se ela mostrar interesse pelo parto normal. Ainda, inclui-se aqui usar falsos pretextos e inverdades para convencer a gestante a agendar a cesárea.

Realizar qualquer procedimento médico sem o consentimento da mulher, a parturiente deve saber exatamente a função, os riscos e as consequências de tudo o que for feito com o seu corpo durante o parto – inclui-se aqui, não exclusivamente, a aplicação de medicamentos via intravenosa, uso de hormônios para acelerar as contrações, exames de toque, uso de instrumentos, cortes e pontos, entre outros. Com base nessas informações, ela deve decidir se o procedimento será ou não realizado, excetuando-se casos em que ela ou o feto corram risco de morte. Mesmo assim, ela ou seu acompanhante (em casos em que a parturiente perca a consciência) devem ser informados.

(...)

Realizar a Manobra de Kristeller, esse procedimento consiste em aplicar pressão no fundo do útero a fim de acelerar o nascimento – quando alguém, normalmente a enfermeira ou anestesista, “sobe” na barriga da parturiente para empurrar o bebê para fora. É proibido em vários países e desencorajado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), por poder causar vários problemas tanto à mãe quanto à criança, incluindo, mas não se limitando, a danos cerebrais no recém-nascido e ruptura de órgãos na mulher.

Impedir o contato da mãe com o recém-nascido, a menos que haja uma intercorrência que exija atenção imediata, a mãe deve poder ver e ter contato pele a pele logo que o bebê nascer. A equipe também

não pode impedir, sem justificativa, a amamentação na primeira hora de vida do recém-nascido. Mãe e filho ainda têm o direito a serem alojados no mesmo quarto, salvo quando há a necessidade de que o recém-nascido permaneça na incubadora ou UTI neonatal.

Um outro ponto a destacar, é que os serviços públicos e alguns filantrópicos, que em geral só recusam pacientes por absoluta falta de vagas, não conseguem responder à demanda, provocando em vários centros urbanos uma verdadeira peregrinação no momento do parto. Quando a mulher e/ou o recém-nascido necessitam de atenção especial (gestação de alto risco, prematuridade), a dificuldade em encontrar vagas é ainda maior, somando riscos. A demora no atendimento obstétrico tem consequências maternas e neonatais relevantes, além de aumento desnecessário de custos para tratamento das complicações. Nisso, vale lembrar que é atribuição do gestor municipal e estadual conhecer a relação entre a oferta e a demanda por leitos obstétricos e planejar o sistema de atendimento desde o pré-natal até o parto, de baixo e alto risco. As vagas obstétricas, na maioria dos municípios, necessitam ser avaliadas em conjunto com sua concentração e distribuição por complexidade. Agrava a situação o fato de que, muitas vezes, o gestor local não tem controle das vagas, estando submetido aos prestadores de serviço local, uma vez que parte dos municípios não tem leitos obstétricos próprios.

1.2 DOS DANOS PSICOLÓGICOS

Várias maneiras de agressões vem surgindo durante os anos, e a violência psicológica está quase sempre ligada com alguma outra, pois ela é toda ação verbal ou comportamental que cause na mulher sentimentos de inferioridade, vulnerabilidade, abandono, medo, instabilidade emocional e insegurança.

Formada em psicologia na Fundação Educacional de Fernandópolis, FEF, Caroline Rodrigues, a psicóloga de 24 anos, traz posicionamentos sobre os possíveis traumas gerados para as vítimas e afirma que teve um aumento na procura do seu trabalho durante esse período conturbado que vive o povo brasileiro. Trouxe seu posicionamento a respeito dos traumas que essas gestantes possam ter desenvolvido após sofrer violência obstétrica e alertando outras situações de saúde mental.

Quando passamos por algo invasivo ao ponto de não conseguir ser verbalizado, se torna traumático, o inconsciente bloqueia essas informações gerando complexos tão significativos a ponto da mulher não se conectar a maternidade e estar diante de um pesadelo durante esses primeiros momentos. Essa desconexão pode levar a uma depressão pós-parto ou até mesmo um transtorno depressivo para a vida da mesma

A profissional conclui dizendo que o papel do terapeuta é olhar a paciente como um todo, tanto corpo quanto psicológico violados, necessitando de afeto, salientando que “as ferramentas mais importantes são a escuta ativa e o acolhimento, dá a oportunidade dessa mãe reviver a situação e modificar em sua psique, iniciando uma desconstrução do que vivenciou e construindo um novo começo de ciclo”.

O acompanhamento de um psicólogo juntamente com a mãe é de suma importância, para seu bem estar e futuramente não afetar o desenvolvimento mental e sentimental seu e do seu filho.

Nesse sentido vale lembrar que foi incluída pela Lei n. 14.188, de 28 de Julho de 2021 o Art. 147-B do Código Penal, violência psicológica contra mulher, citada abaixo:

Art. 147-B. Causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.”

1.3 PERÍODO PANDÊMICO

Com o desenvolvimento de uma pandemia, como a de Covid-19, o sistema de saúde, já debilitado, foi sobrecarregado, causando um aumento na taxa de mortalidade materna. A professora e obstetra Rosana Francisco, da Universidade de São Paulo, informou que desde o início da pandemia, já se esperava que as gestantes constituíssem um grupo de risco, pelo fato de apresentarem respostas mais graves ao vírus, devido às mudanças que ocorrem durante a gestação. Por isso, a garantia de um atendimento especializado e de qualidade seria decisivo para a saúde das mulheres grávidas que contraíssem o vírus (Jornal da USP, 2020).

A pandemia de Covid-19 trouxe problemas novos para a atenção obstétrica brasileira e, principalmente, evidenciou e agravou os problemas já existentes. As fragilidades estruturais foram destacadas na medida em que as usuárias enfrentavam cada vez mais barreiras para ter acesso a cuidados intensivos (TAKEMOTO et. al., 2020). Com

tudo, necessita urgentemente, elaborar e implementar estratégias com foco na saúde materna e neonatal, cuidados pré-natais, durante o parto e também no puerpério.

Em observância as inúmeras vítimas fatais da covid-19, em acordo com o site da Fio Cruz e o Observatório Obstétrico Brasileiro Covid-19 (OOBr Covid-19), os óbitos maternos em 2021 pelo vírus no país superaram os números apontado em 2020, que foram 544 óbitos em gestantes e puérperas, com média semanal de 12,1 óbitos, considerando que a pandemia se estendeu e transcorridas essas semanas, foram registrados 911 óbitos, com média semanal de 47,9 óbitos, denotando um aumento preocupante. Nota-se em outra fonte, Agência Senado, nesse período (2020 a 2021) a alta foi de 204% na média semanal de óbitos, mesmo tempo que na população geral, a expansão foi de 90,5%. Essa pesquisa só ressalta ainda mais a realidade triste que essas mães viveram, a debilidade e falta de cuidado com a saúde materna durante esse período.

2.VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E A LEI

Através da criação de leis municipais e estaduais, que os direitos reprodutivos da mulher foram reconhecidos, também a proteção contra práticas violentas, sendo o termo, violência obstétrica, citado pela primeira vez, na Lei Municipal de Diadema n. 3.363/13:

Art. 1º - A presente Lei tem por objeto a divulgação, no Município de Diadema, da Política Nacional de Atenção Obstétrica e Neonatal, visando, principalmente, a proteção das gestantes e das parturientes contra a violência obstétrica.

Art. 2º - Considera-se violência obstétrica todo ato praticado pelo médico, pela equipe do hospital, por um familiar ou acompanhante que ofenda, de forma verbal ou física, as mulheres gestantes, em trabalho de parto ou, ainda, no período de puerpério.

Hoje existe o Projeto de Lei n. 878/19, que conceitua a violência obstétrica e agrega as legislações regionais, como traz o referido artigo abaixo::

Art. 13. Caracteriza-se a violência obstétrica como a apropriação do corpo e dos processos naturais relacionados a gestação, pré-parto, perda gestacional, parto e puerpério pelos(as) profissionais de saúde, por meio do tratamento desumanizado, abuso da medicalização e patologização dos processos naturais, que cause a perda da autonomia e capacidade das mulheres de decidir livremente sobre seus corpos e sua sexualidade, impactando negativamente na qualidade de vida das mulheres.

Parágrafo único. Para efeitos da presente Lei, considera-se violência obstétrica todo ato praticado pelo(a) profissional da equipe de saúde que ofenda, de forma verbal ou física, as mulheres gestantes em trabalho de parto, e no pós- parto/puerpério.

A Dra. Mariane Dantas, de 27 anos, mãe e advogada, formada em Direito na Universidade Brasil, relata seu posicionamento a respeito do tema e diz ter sofrido em sua gestação nesse período de pandemia:

Infelizmente essas mães não tem tanto respaldo judicialmente, nossa lei é fraca diante a isso, precisa ser olhada com mais seriedade e criar leis realmente eficazes que tenha uma punibilidade rigoroso, até porque estamos tratando a respeito do direito à vida. Vejo que a obstetrícia não é uma área do universo masculino, porém me questiono, como uma pessoa que nunca gestacional pode entender uma gestante? Óbvio que 100% das consultas que tive com médicos foram traumatizantes, quando não era uma “frescurinha” eu estava “exagerando”, claro que não é no geral, porém com as experiências que eu tive nenhum médico conseguiu me transmitir segurança e tranquilidade, principalmente se tratando da primeira gestação o acolhimento dos profissionais que nos atende é fundamental.

A advogada ressalta que meu escritório estará sempre de portas abertas para atender e fazer o possível e o impossível para que essas mães que sofrem esse tipo de violência não sejam desamparadas, lutando pelos seus direitos. Ela finaliza dizendo: “Todas vocês que passarem por isso que não fiquem caladas, vão atrás, lutem pelos seus direitos, pois só assim para esse caso criar forças e desenvolver judicialmente”.

Em face da evolução que vem tendo a legislação, algumas jurisprudências já são encontradas em prol essas mães vítimas de violências. Analisando o ressarcimento a vítima, no que tange no âmbito civil, a reparação se dá pelo ingresso com uma ação judicial de caráter indenizatória contra o hospital, o convenio ou até mesmo o profissional da saúde, tendo a necessária, de assistência de um advogado ou defensor público, nesse caso. Assim baseando no que traz os dispositivos legais, a indenização deve se consistir nos danos morais, sendo eles, estéticos e materiais, suportados pela mulher.

O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, responsabilizou civilmente o Município de Crateús, no Estado do Ceará, por negligencia, devida a pratica da violência obstétrica:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PRELIMINAR DE

SENTENÇA ULTRA PETITA. ACOLHIMENTO PARCIAL. VALOR FIXADO ACIMA DO PLEITEADO PELA AUTORA. DECOTE DA PARCELA QUE ULTRAPASSOU O PEDIDO. MÉRITO. ERRO MÉDICO. PARTO NORMAL FORÇADO. NEGLIGÊNCIA NO ATENDIMENTO À PARTURIENTE. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA. ÓBITO DO RECÉM-NASCIDO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO DE CRATEÚS. REPARAÇÃO DEVIDA. REDIMENSIONAMENTO DO VALOR. RECURSO VOLUNTÁRIO CONHECIDO E EM PARTE PROVIDO.

1. O cerne da questão controvertida reside em aferir se deve o recorrente ser condenado a reparar danos morais decorrentes de suposto ato ilícito praticado por profissionais de saúde do hospital municipal, consistente em negligência e imperícia no acompanhamento final da gestação e no parto da promovente, o que teria acarretado o óbito do recém-nascido.

2. PRELIMINAR DE SENTENÇA ULTRA PETITA

2.1. Nos termos do artigo 492 do CPC/2015, é vedado ao julgador proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que foi demandado.

2.2. Conquanto exista divergência jurisprudencial acerca da possibilidade ou não da indenização por danos morais ser fixada em valor além daquele pleiteado na inicial, pois seria uma mera estimativa do quantum, parece ser mais justo que o montante fique adstrito ao que foi postulado pelo autor, podendo apenas ser minorado, se for o caso. Com efeito, se a própria parte estipula o valor que entende ser suficiente para compensar o dano extrapatrimonial, não cabe ao julgador ir além desse pedido.

2.3. Na hipótese sob exame, a autora postulou, em sua exordial, que fosse o município condenado a título de DANOS MATERIAIS E MORAIS, o valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), corrigidos monetariamente até a data do efetivo pagamento (fl. 16). Nesse cenário, não poderia o magistrado ter condenado o ora recorrente em R\$ 70.000,00 (setenta mil reais), sob pena de ferir o princípio da congruência ou adstrição normatizado pelo artigo 492 do CPC/2015, como de fato ocorreu. Trata-se, portanto, de hipótese de sentença ultra petita, não havendo que falar, no entanto, em nulidade, mas apenas se faz necessário decotar a parte que ultrapassou o pedido.

2.4. Preliminar parcialmente acolhida.

3. MÉRITO

3.1. Segundo a doutrina, os pressupostos da responsabilidade civil são: (a) a ação ou omissão voluntária; (b) a culpa ou dolo do agente; (c) a relação de causalidade, e (d) o dano experimentado pela vítima. A responsabilidade médica, por sua vez, é em regra subjetiva, estando prevista no artigo 951 do Código Civil, o qual estatui que o disposto nos Art. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho. Contudo, em que pese o erro médico, a ação foi direcionada apenas em face do município.

3.2. No que se refere à responsabilidade da pessoa jurídica de direito público, imprescindível que se estabeleça um nexo causal entre o dano sofrido e a conduta do agente, comissiva ou omissiva, sem o que o prejuízo imaterial não teria sido causado, elidindo-se a responsabilidade civil, por outro lado, se não houver um comportamento contrário à ordem jurídica.

3.3. No caso concreto, não obstante as alegações do recorrente de que não houve ato ilícito dos agentes públicos, pois a autora teria sido regularmente atendida no Hospital Municipal São Lucas, realizando exame de ultrassonografia para averiguar as condições do feto e da própria gestação e, por último, sendo assistida por médico plantonista durante o parto normal (vaginal), a prova carreada demonstra, em verdade, o tratamento negligente dispensado à recorrida.

3.4. Descabe ao recorrente sustentar ausência de ato ilícito. Com efeito, todo o conjunto dos autos demonstra que a apelada não teve o atendimento esperado para uma gestante do primeiro filho, que apresentava dores, perda de líquido e forte inchaço há vários dias sem que houvesse uma efetiva providência a fim de evitar o desfecho, qual seja, a morte do recém-nascido. Em mais, vislumbra-se que houve até mesmo violência obstétrica no momento do parto, em que foi a autora forçada a ter o filho por via vaginal contra a sua vontade e ainda sob forte pressão psicológica, tanto é assim que, segundo

relatam as testemunhas, resultou em forte trauma, desencadeando uma depressão que a acompanha até os dias atuais.

3.5. Ademais, os relatórios de enfermagem acostados aos autos, não só demonstram que o peso do recém-nascido encontrava-se compatível com a ultrassonografia realizada no dia 19.07.2010, como também provam o completo descuido com o acompanhamento do feto. Com efeito, forçoso admitir que sequer consta a aferição dos batimentos cardíacos fetais – BCF nos dias 28 e 31 de julho, a fim de saber se haveria sofrimento fetal que necessitasse de abordagem médica urgente para salvar a vida do filho da autora. Até para um leigo, é cediço que não basta assistência à gestante antes e durante o trabalho de parto, faz-se necessário atentar para a situação do feto durante todo o processo, o que não ocorreu no presente caso. Não há que falar, conforme pretende o recorrente, em culpa concorrente da autora porque teria informado erroneamente a data da última menstruação, de forma a se aferir a idade gestacional ou que não teria colaborado com o trabalho de parto. Ora, cabe aos profissionais da área de saúde, notadamente os que lidam com obstetrícia, deter o conhecimento técnico capaz de calcular as semanas de gestação e a provável data do parto, inclusive porque, no caso concreto, foram feitos vários exames que se prestam, principalmente, a comprovar esse lapso temporal, não se podendo exigir que a gestante, ainda mais em se tratando de pessoa humilde e com pouca formação, determine, com precisão, suas semanas de gestação.

3.6. Quanto à suposta ausência de cooperação no momento de parir, melhor sorte não socorre o recorrente. É que, não tem cabimento impor a quem se encontra em trabalho de parto, um comportamento calmo e colaborativo, ainda mais quando se está diante de um caso clássico de violência obstétrica. Embora de forma tardia, já existe em tramitação no Congresso Nacional um Projeto de Lei (nº 7.867/2017) a fim de coibir esse tipo de prática, trazendo, em seu artigo 3º, a descrição normativa, da seguinte forma: Considera-se violência obstétrica todo ato praticado por membro da equipe de saúde, do hospital ou por terceiros, em desacordo com as normas regulamentadoras ou que ofenda verbal ou fisicamente as mulheres gestantes, parturientes ou puérperas. Conclui-se que, no caso concreto, houve grave negligência não só com a promovente, mas, principalmente, com o feto, restando de solar clareza o dano ao direito de personalidade da apelada. Efetivamente, não há como

traduzir a dor inigualável da gestante que passa pelo sofrimento de um parto mal sucedido e a agonia incomparável de perder o filho recém-nascido. Presentes, portanto, o ato ilícito, o dano e o nexo causal, impondo-se a devida reparação.

3.7. No que se refere ao quantum fixado pelo juízo a quo, excluído o valor que ultrapassou o pedido inicial, mister ponderar que não fugiu da razoabilidade ou proporcionalidade ante as peculiaridades da situação sob enfoque. Precedentes do STJ e deste Tribunal de Justiça.

3.8. Apelação cível conhecida e parcialmente provida. Redimensionamento do montante indenizatório aos limites do pedido.

ACÓRDÃO Vistos, discutidos e relatados os presentes autos de apelação cível em que são partes as pessoas acima indicadas, acorda a Segunda Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do recurso apelatório, para acolher parcialmente a preliminar suscitada, além de, no mérito, dar parcial provimento ao reclamo, tudo nos termos do voto do Relator. Fortaleza, data e hora indicadas pelo sistema. Presidente do Órgão Julgador DESEMBARGADOR LUIZ EVALDO GONÇALVES LEITE Relator

(TJ-CE - AC: 00126313520118060070 CE 0012631-35.2011.8.06.0070, Relator: LUIZ EVALDO GONÇALVES LEITE, Data de Julgamento: 13/10/2021, 2ª Câmara Direito Público, Data de Publicação: 13/10/2021)

A responsabilidade do agente também pode ser encontrada no âmbito penal. No entanto não existe uma tipificação expressa que identifique a “violência obstétrica”, o que o Código Penal Brasileiro prevê é diferentes condutas que podem refletir essa violência, em tais circunstâncias, como, por exemplo, os crimes de constrangimento ilegal, de ameaça, de maus-tratos e de lesão corporal, como traz tipos penais abaixo:

Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Art. 147 - Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Art. 136 - Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina: Pena - detenção, de dois meses a um ano, ou multa.

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano.

Por ora para despertar e orientar essas pessoas e assim assegurarem essas gestantes neste momento tão delicado, tem existente a Lei n. 11.108, de 2005, que traz no artigo 19-J sobre os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde - SUS, da rede própria ou conveniada, os mesmos ficam obrigados a permitir a presença, junto à parturiente, de 1 (um) acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, esse acompanhante será indicado pela parturiente.

2.1 PAPEL DO ESTADO

O Estado responde de maneira objetiva, ou seja, a conduta do agente público não precisa demonstrar a culpa ou dolo por parte deste, o dano sofrido pela vítima, e, por fim, o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano causado. A vítima poderá responsabilizar o Estado, em detrimento do médico. Aplica-se aqui a chamada "teoria da dupla garantia", que consiste em responsabilizar primeiro o Estado, e somente este último poder, de forma regressiva, alcançar o agente. Pois, quando este atua, sua atividade está revestida, em tese, de atos estatais, sendo assim, não poderia a vítima responsabilizar desde logo o profissional de saúde que a prejudicou. Além disso, entende-se que o Estado é solvente, ou seja, possui condições e recursos de indenizar a vítima, ao contrário do servidor, que poderá enfrentar dificuldades financeiras para saldá-lo.

Com relação ao tema, o parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, transcreve a responsabilidade para com terceiro é sempre da Administração, diz que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Em se tratando ainda de responsabilidade, o artigo 43 do Código Civil diz que as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa

qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Direitos fundamentais são aqueles inerentes à proteção do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Elencados na Constituição Federal, possuem a mesma finalidade que os direitos humanos. A diferença se dá no plano em que são instituídos: os direitos declaram; as garantias fundamentais asseguram.

Como destacado por Flavio Martins, direitos fundamentais são aqueles reconhecidos e positivados no ordenamento jurídico interno do país, e a Constituição Federal de 1.988 reconhece não só um vasto rol de direitos individuais e coletivos, mas, também prevê direitos sociais, direitos da nacionalidade, etc., que não estão apenas no artigo 5º mas, presentes em numerosos outros dispositivos constitucionais (MARTINS, 2019, p. 618).

A OMS publicou no ano de 2014 uma declaração oficial para prevenção e eliminação da violência obstétrica, que qualificou como violação dos direitos humanos fundamentais:

Os abusos, os maus-tratos, a negligência e o desrespeito durante o parto equivalem a uma violação dos direitos humanos fundamentais das mulheres, como descrevem as normas e princípios de direitos humanos adotados internacionalmente. Em especial, as mulheres grávidas têm o direito de serem iguais em dignidade, de serem livres para procurar, receber e dar informações, de não sofrerem discriminações e de usufruírem do mais alto padrão de saúde física e mental, incluindo a saúde sexual e reprodutiva (OMS, 2014).

A violência obstétrica infringe diversos direitos, tais como: o direito à vida, direito de não ser submetido à tortura e tratamento cruel ou degradante, direito ao respeito pela vida privada, direito à informação, direito à saúde, todos esmiunçados no artigo 5º da Constituição Federal.

A pandemia do Covid-19 impôs a todo o planeta desafios para seu enfrentamento nos sistemas de saúde mundiais, tais como, aos limites dos direitos e das liberdades constitucionalmente garantidos aos cidadãos no mundo democrático.

Foram adotadas medidas rígidas como o uso obrigatório de máscaras, fechamento de fronteiras, uso obrigatório do álcool em gel para higienização das mãos, a proibição de

aglomerações públicas, restrições para o comércio, bares e boates, adoção de home office e até a aplicação de multas ou abertura de investigação criminal e de processo contra pessoas que transitam nas ruas descumprindo as normas, tendo em vista que a principal forma de transmissão do vírus é através de aglomerações, por conta do contato físico entre as pessoas.

Durante esse período melancólico, foram editadas algumas normas infraconstitucionais prevendo severas restrições ao direito de locomoção. E o descumprimento de tais medidas pode levar à prisão do infrator pelo crime previsto no artigo 268 do Código Penal, que pune com detenção, de um mês a um ano, e multa, a conduta de infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa.

2.3 DIREITO ACOMPANHANTE

Durante a pandemia muitas mães tiveram o direito ao acompanhante negada. Vários municípios adotaram essa medida em alegações de que estaria em situação de aglomeração, mas a OMS, em janeiro de 2021, emitiu uma recomendação para salientar que todas as gestantes, mesmo aquelas com suspeita ou confirmação de infecção pelo vírus, têm o direito de um acompanhante de sua escolha, antes, durante e após o parto. Recomenda a OMS que, se há suspeita ou confirmação da COVID-19, os trabalhadores de saúde devem tomar precauções adequadas para reduzir os riscos de infeccionarem eles mesmos ou outros, incluindo o uso apropriado de roupas protetoras.

Diante de um cenário em que hospitais restringem os direitos das gestantes, o número de processos encontrados na Justiça é baixo, de acordo com o levantamento feito pelo jornal JOTA, afirma a advogada Marina Rizzi: "Especificamente para as mulheres parturientes, é importante ter uma pessoa acompanhando para reduzir as taxas de violência obstétrica, para garantir que os direitos delas sejam de fato resguardados".

2.4 ANTECIPAÇÃO DO PARTO

Além da falta de acompanhante, houve relatos de profissionais que anteciparam os partos ou suspenderam o atendimento pré-natal, o que vai contra o conselho da Organização Mundial da Saúde (2020), in verbis:

O conselho da OMS é que as cesarianas só devem ser realizadas quando clinicamente justificadas. O modo de nascimento deve ser individualizado e baseado nas preferências da mulher, juntamente com as indicações obstétricas.

No contexto da pandemia, a FEBRASGO e o Ministério da Saúde publicaram recomendações sobre atenção à mulher no nível secundário e terciário, prezando pela qualidade e humanização do processo. A primeira lançou um protocolo indicando dentre outras coisas “a antecipação do parto e a realização de cesárea no caso de gestantes que evoluem com sintomas graves ou críticos” (FEBRASGO, 2020). Já o Ministério, a partir da nota técnica n.º 9/2020, recomenda a obrigatoriedade da triagem da parturiente e de seu/sua acompanhante antes da admissão no serviço obstétrico em relação à COVID-19 (BRASIL, 2020). Para as triagens positivas, fica recomendado o isolamento da parturiente em regime Pré-parto/Parto/Puerpério, utilização de máscara cirúrgica e protocolo de higienização das mãos, escuta ativa e qualificada por parte dos profissionais para minimizar angústias e ansiedades (BRASIL, 2020). A presença da infecção por SARS-CoV-2 somente não configura indicação de parto cirúrgico ou indução antecipada do parto, mas deve-se tomar atenção especial a sinais e sintomas de descompensação materna e/ou fetal (BRASIL, 2020).

2.5 DIREITO AO VINCULO DE MATERNIDADE

Outro direito importante adquirido pela mulher durante a gestação é o de vincular-se à maternidade de referência para o seu parto e possíveis intercorrências durante o seu pré-natal, conforme a Lei Federal n. 11.634/2007 (BRASIL, 2007).

Assim, desde o início do acompanhamento da gestação, a mulher deve saber qual a maternidade que vai atendê-la, e a instituição por sua vez deve se preparar para receber uma quantidade de parturientes. Mesmo assim, a gestante que necessita de assistência deve ser cuidada na primeira unidade de saúde que acessar, e se a unidade não estiver capacitada para atender a sua demanda deve ofertar transporte seguro para outro local que possa atender a gestante em suas necessidades de forma qualificada (BRASIL, 2005). Assegurar tais direitos busca erradicar a peregrinação em saúde, fenômeno que aumenta o número de morbimortalidade materna e neonatal devido ao atendimento tardio (LANSKY; FRANÇA; LEAL, 2002).

3. PARTO HUMANIZADO

O parto humanizado apesar de muitas acharem que está relacionado com o uso de água ou a posição, intensidade da luz, presença do acompanhante, uso de bola de ginástica, música relaxante e etc., esses detalhes não define-o e nem é entendido como um tipo de parto. Na verdade essa humanização do parto deve ser entendida como um processo.

Essa maneira é a mais desejada pelas mulheres, que se apoia no tripé: protagonismo feminino, medicina baseada em evidência e transdisciplinaridade, realizado de uma maneira mais natural possível, sem intervenções, somente se necessário. Sempre deixando a mãe bem informada de todos procedimentos, riscos e benefícios antes de escolher qualquer método.

Buscando melhorar a experiência de parto das mulheres que estão dando a luz, o objetivo da assistência humanizada é deixar que o processo de parir aconteça. Médico e equipe só ficam ali como expectadores, interferindo apenas se ocorrer algum problema, é um trabalho em conjunto.

3.1 PROGRAMA DE HUMANIZAÇÃO DO PARTO

O Programa de Humanização no Pré-natal e Nascimento foi instituído pelo Ministério da Saúde através da Portaria/GM n. 569, de 01 de agosto de 2000, subsidiado nas análises das necessidades de atenção específica à gestante, ao recém-nascido e à mãe no período pós-parto, considerando como prioridades a concentração de esforços no sentido de reduzir as altas taxas de morbimortalidade materna, peri e neonatal registradas no país e adotar medidas que assegurem a melhoria do acesso, da cobertura e da qualidade do acompanhamento pré-natal, da assistência ao parto, puerpério e neonatal. (BRASIL,2002)

O Programa está estruturada nos princípios de que, toda gestante tem direito ao acesso a atendimento digno e de qualidade no decorrer da gestação, parto e puerpério; toda gestante tem direito de saber e ter assegurado o acesso à maternidade em que será atendida no momento do parto; toda gestante tem direito à assistência ao parto e ao puerpério e que esta seja realizada de forma humanizada e segura, de acordo com os princípios gerais e condições estabelecidas na prática médica; todo recém-nascido tem direito à assistência neonatal de forma humanizada e segura.

O objetivo primordial do Programa de Humanização no Pré-natal e Nascimento (PHPN) é assegurar a melhoria do acesso, da cobertura e da qualidade do acompanhamento pré-natal, da assistência ao parto e puerpério às gestantes e ao recém-nascido, na perspectiva dos direitos de cidadania. (BRASIL,2002)

3.2 CESARIANA HUMANIZADA

A cesariana também pode ser humanizada, desde que a equipe médica esteja treinada para a prática, respeitando todas as escolhas da grávida durante a cirurgia, como o contato imediato com o bebê após o nascimento. Como já falado antes, parto humanizado não é sinônimo de parir em casa ou na água. Partindo deste pressuposto, há

medidas que também podem ser adotadas em uma **cesariana** que a qualificam como humanizada.

Não é porque é um método cirúrgico que vai deixar de lado os cuidados e o amor que o feto e a mãe precisam trocar nesses primeiros instantes. Para tornar possível essa humanização cesariana, alguns cuidados são adotados antes, durante e após o parto como, anestesia com segurança, sem sedação e sem mãos amarradas, para a mulher abraçar o seu bebê; possibilitar o contato pele a pele entre mãe e bebê após o nascimento; respeito à hora de ouro (primeira hora pós-parto); espera no corte do cordão umbilical (até que ele deixe de pulsar para o bebê receber o sangue contido na placenta).

3.3 BENEFÍCIOS DO PARTO HUMANIZADO

As vantagens são inúmeras, tanto para o bebê quanto para a mãe. A mulher vive uma experiência mais positiva do parto, tem menos chances de depressão pós parto e menos chances de passar por procedimentos sem necessidade (cirurgia, corte na vagina e utilização de medicação). Já o bebê apresenta menos riscos de ser encaminhado para a UTI-neo por nascer no seu tempo e com o mínimo de intervenções possíveis, melhora na imunidade para o resto da vida, pode mamar na primeira hora de vida, trazendo benefícios como o vínculo materno.

Além de ser uma questão básica de cidadania e respeito com a mulher que vai dar à luz e com a criança por nascer, existem aspectos científicos que tornam essa decisão ainda mais importante, como:

Nível de estresse e ansiedade reduzido, a mulher pode aguardar o momento em que seu corpo está pronto para o bebê nascer sem que haja pressão por conta da hora, de outros partos que a equipe médica precisa fazer e muito mais;

Bebê nasce mais calmo, por ir para o colo da mãe assim que nasce, podendo começar a mamar imediatamente. Esse contato minimiza muito o medo, a dor e o desconforto que são provocados por intervenções (quando são desnecessárias) nos primeiros minutos de vida;

Aleitamento prolongado, com o início da amamentação logo depois que o bebê nasce, os laços entre a mulher e o recém-nascido são fortalecidos, o que é um dos principais pilares para que a amamentação ocorra da melhor maneira possível;

Fortalece o laço afetivo, o contato pele a pele com seu bebê logo após o parto tem hormônios importantíssimos para a amamentação que são liberados em seu organismo, quer o parto tenha sido por via vaginal ou por cesárea;

Reduz o risco de infecção, ao nascer o bebê tem a oportunidade de mamar e ingerir o colostro, o primeiro leite materno que é riquíssimo em nutrientes, vitaminas e anticorpos fundamentais para sua proteção, entre muitas outras vantagens.

Em geral, propiciar a experiência do parto humanizado a uma mulher, é garantir o respeito aos seus diversos aspectos culturais, individuais, psíquicos e emocionais. É acreditar na fisiologia **da gestação** e do parto, devolvendo o protagonismo e poder a quem lhe é de direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos estudos dessa pesquisa, percebe-se como é costumeiro a utilização de procedimentos invasivos em relação a mulher parturiente, o mais assustador é que virou um ato tão naturalizado na nossa sociedade que muitas vezes a própria vítima não consegue identificar a violação dos seus direitos caracterizando a violência obstétrica, que vão de ofensas há manobras no atendimento a gestante no pré-natal, parto, pós-parto e no caso de um aborto e que não se limita apenas ao médico, mais pode ocorrer por parte da equipe de administração do hospital, dos técnicos, e dos enfermeiros também.

Devido a todos esses acontecimentos que mencionamos, cada vez mais as mulheres vêm buscado por um parto humanizado, como ferramenta de minimizar os atos violentos na hora do parto. Não é só sobre a sobrevivência da mãe ou do bebê, mas que a experiência de parto satisfaça os seus interesses, sendo o mais respeitoso possível, para que esse momento tão lindo na vida dessas mães sejam lembrados somente com alegria.

Atualmente, a humanização do parto implica na mudança da atitude, filosofia de vida e percepção de si e do outro como ser humano. A sensibilidade, a informação, a comunicação, a decisão e a responsabilidade devem ser compartilhadas entre mãe-mulher, família e profissionais de saúde.

O intuito desse trabalho não foi apenas trazer os direitos que essas mães tem, mas destacar a falta de recursos para que elas possam se assegurar perante a lei, o objetivo é alcançar melhorias no ordenamento jurídico e penas eficaz para os agentes.

Com isso, não se deve apenas abordar o ponto de reparação a vítima, mas o mais importante, cessar o cometimento dessas pratica, utilizando as estratégias de proteção dos direitos reprodutivos da mulher, ocorrendo de maneira plena e cuidando da dignidade da

parturiente em todos os momentos, e garantindo uma punição para os condutores dessas práticas, como cassação do direito de exercer sua profissão, multas, restrição no seu histórico profissional, pagamento do tratamento psicológico a vítimas, processo administrativo, indenizatório e moral, tudo direcionado para o fim dessas atitudes desumanas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOLETIM EPIDEMIOLÓGICO. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/boletins/boletins-epidemiologicos>

BRASIL, Lei n.º 11.108, de 07 de abril de 2005. Garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Diário Oficial da União: Brasília, 2005. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2004-2006/2005/Lei/L11108.htm.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria nº 569, de 01 de agosto de 2000, Brasília, p.5-6, 2002.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n.º 569, de 1º de junho de 2000: Institui o Programa de Humanização no Pré-natal e Nascimento, no âmbito do Sistema Único de Saúde. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 2000. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2000/prt0569_01_06_2000_rep.html.

Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Área Técnica de Saúde da Mulher. Parto, aborto e puerpério: assistência humanizada à mulher/Ministério da Saúde, Secretaria de Políticas de Saúde, Área Técnica da Mulher. – Brasília: Ministério da Saúde, 2001; Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cd04_13.pdf

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei n.º 11.634, de 27 de dezembro de 2007 nº 11.634, de 28 de dezembro de 2007. Dispõe sobre o direito da gestante ao conhecimento e a vinculação à maternidade onde receberá assistência no âmbito do Sistema Único de Saúde. Diário Oficial da União, Brasília, 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2007-2010/2007/Lei/L11634.htm.

CAMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei PL 878/2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2192345>

CÓDIGO CIVIL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm

CÓDIGO PENAL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO; ARTEMIS. Conversando sobre Violência Obstétrica Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 2014.

FEBRASGO. Recomendações FEBRASGO para o GO em tempos de COVID-19. 2020b. Disponível em: <https://www.febRASGO.org.br/es/covid19/item/975-recomendacoes-febrasgo-para-o-go-em-tempos-de-covid-19>.

JUSBRASIL. Apelação Cível. Disponível em: <https://tj-ce.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1297887739/apelacao-civel-ac-126313520118060070-ce-0012631-3520118060070>

LANSKY, S.; FRANÇA, E.; LEAL, M. C. Mortes perinatais evitáveis em Belo Horizonte, Brasil, 1999. Caderno de Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 18, n. 5, p. 1389- 1400, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v18n5/11012.pdf>.

LEI MUNICIPAL DE DIADEMA. Disponível em: https://www.cmdiadema.sp.gov.br/legislacao/leis_integra.php?chave=336313#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20implanta%C3%A7%C3%A3o%20de,obst%C3%A9trica%20no%20Munic%C3%ADpio%20de%20Diadema.

Lei Nº 11.108, de 7 de Abril de 2005. Do subsistema de acompanhamento durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11108.htm

MACEDO, Thais S. B. Com dor darás a luz, p.17-21, 2018. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/43475/Com-dor-daras-aluz.pdf?sequence=2&isAllowed=y>.

MARTINS, Flavio. Curso de Direito Constitucional, p.618, 2019. Disponível em: <https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/3819-Curso-de-Direito-Constitucional-Flavio-Martins-2019.pdf>

Número de mortes de gestantes com covid-19 tem preocupado os especialistas. **Jornal da USP, São Paulo** – SP, 07 de ago. de 2020. Disponível em < <https://jornal.usp.br/atualidades/numero-de-mortes-de-gestantes-com-covid-19-tempreocupado-os-especialistas/>>. Acesso em: 03 de set. 2020.

PORTAL DE BOAS PRÁTICAS EM SAÚDE DA MULHER, DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, conheça o observatório obstétrico brasileiro covid-19 (oobr covid-19). Disponível em: <https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/atencao-mulher/conheca-o-observatorio-obstetrico-brasileiro-covid-19-oobr-covid-19/#:~:text=o%20oobr%20covid%2d19%20faz,%c3%a1rea%20de%20sa%c3%bade%20materno%2dinfantil.>

RIZZI, Marina. Violação do direito ao acompanhante da gestante no parto aumenta na pandemia. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/acompanhante-da-gestante-pandemia-direito-07092021>

TAKEMOTO, Maria L. S. et. al. The tragedy of COVID-19 in Brazil: 124 maternal deaths and counting. International Federation of Gynecology and Obstetrics, p. 1-3, 2020.

DIREITO SISTÊMICO: JUSTIÇA RESTAURATIVA E SUA APLICAÇÃO EM ÂMBITO NACIONAL E REGIONAL

LUCAS FERNANDES DE MORAIS VIDOVIK:

Bacharelado do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO. Bacharel em Engenharia Civil pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Servidor público efetivo do Município de Porto Nacional.

RÔNISON APARECIDO DOS SANTOS⁹³

(coautor)

SERGIANO REIS DA CONCEIÇÃO⁹⁴

(coautor)

RESUMO: A justiça restaurativa é um dos métodos alternativos para solucionar conflitos e viabilizar o acesso à ordem jurídica por meio justo, de forma a complementar o papel do sistema jurisdicional. Com base nisso, o presente trabalho buscar trazer um panorama geral acerca deste método, assim como tratar, de forma breve, sobre a sua definição, as diferenças em relação à justiça retributiva e a sua aplicação em âmbitos nacional e local. O trabalho teve como objetivo discutir e abordar especificidades sobre a justiça restaurativa, assim como demonstrar sua utilização compatível com o Judiciário Brasileiro. A pesquisa também constatou que a aplicação desse método alternativo no Brasil pode reduzir a obstrução da seara judicial.

Palavras-chave: Métodos alternativos. Justiça restaurativa. Conflitos. Judiciário brasileiro.

ABSTRACT: Restorative justice is one of the alternative methods for resolving conflicts and enabling access to the legal system through fair means, in order to complement the role of the jurisdictional system. Based on this, the present work seeks to bring an overview of this method as well as to briefly address its definition, the differences in relation to retributive justice and its application at the national and local level. The work had as general objective to inform about this alternative method as well as to demonstrate its use compatible with the Brazilian judicial system. This research also found that the application of this alternative method in Brazil can reduce the obstruction of the judicial area.

⁹³ Especialista em Direito Tributário pela Escola Nacional de Administração Pública (ENAP). Bacharel em Engenharia de Alimentos pela Universidade Federal de Viçosa (UFV). Bacharelado do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO. Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil (RFB).

⁹⁴ Bacharelado do curso de Direito na Universidade Estadual do Tocantins. Tecnólogo em Análise e Desenvolvimento de Sistemas pela Universidade Norte do Paraná. E-mail: sergianoreis@gmail.com

Keywords: Alternative methods. Restorative justice. Conflicts. Brazilian judiciary.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Definição de justiça restaurativa. 3. Justiça restaurativa x justiça retributiva. 4. A justiça restaurativa no Brasil. 5. Justiça restaurativa no Estado do Tocantins. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Os meios de resolução de conflitos de forma consensual estão ganhando cada vez mais espaço nos sistemas judiciários de todo o mundo. Lara (2013) cita a importância dos meios alternativos tendo em vista a expressiva porcentagem de litigiosidade judicial no Brasil. Ademais, levando-se em consideração a taxa de congestionamento e o custo que isso representa para a população brasileira, os métodos alternativos vêm ganhando cada vez mais espaço no que diz respeito a eficiência do poder judiciário.

Lara (2013) explicita a importância que existe nesses meios consensuais de resolução de conflitos como forma de fortalecimento e melhoria da realização da justiça. Mister salientar que essas formas além de viabilizarem o acesso à justiça, como função essencial, também atuam complementando o papel do sistema jurisdicional.

Pinto (2007) apresenta questionamentos que merecem destaque ao se ter em mente que, em pleno século XXI, a criminalidade e a violência continuam a aumentar. Além disso, provoca a reflexão sobre as punições aplicadas atualmente, como a prisão, questionando sua eficácia social. Com base nisso, suscitar se os métodos até então aplicados são a melhor solução é natural e até esperado, já que o objetivo de uma punição penal, por exemplo, é de satisfazer as partes envolvidas, o que na maioria das vezes acaba se mostrando ineficiente em relação a isso.

Feita esta breve digressão contextual, a justiça restaurativa surge como uma opção de inovação no sistema judiciário afim de operar uma real transformação e ao mesmo tempo conseguir promover os direitos humanos, a cidadania, a inclusão e a paz social. Deve-se preceituar que o conceito de justiça restaurativa pode ser aplicado no campo jurisdicional, assim como também além dele.

Assim, Lara (2013) disserta que as práticas da justiça restaurativa têm como objetivo principal complementar o sistema formal de justiça, a partir da perspectiva do acesso. Nessa seara, inclui-se a necessidade de verificar qual a preocupação atual do sistema de justiça, se este leva em consideração somente a punição trazida pelos ordenamentos jurídicos ou se, com o auxílio da justiça restaurativa, pode-se ter também como preocupação a reparação moral e dos relacionamentos quando se depara com uma lide, tendo em vista, principalmente, o sentimento existente após a solução do processo.

2. DEFINIÇÃO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA

Almeida e Pinheiro (2017) apontam como uma definição de justiça restaurativa o conceito de prática auto compositiva de resolução de conflitos que foca na resolução destes restaurando as relações interpessoais. Demais disso, é imperioso observar o fato de que a justiça restaurativa é mais comum quando aplicada ao direito penal e a criminologia, promovendo a reavaliação do próprio fenômeno criminológico, assim como avaliando suas causas e consequências futuras.

A justiça restaurativa tem caráter totalmente informal, aplicada por meio de mediadores e conciliadores para se alcançar o chamado "resultado restaurativo". Esse resultado é alcançado quando se reintegra a vítima e o infrator, com o intuito de pacificação social. Deve-se propugnar, que um dos intuitos da justiça restaurativa é a alteração da percepção da sociedade sobre os delitos, procurando compreender e dar um novo significado ao antes conhecido como transgressão criminal.

De acordo com o Manual de justiça restaurativa do TJ-PR (2015), a justiça restaurativa é nada mais do que a priorização de diálogos entre os envolvidos na lide e terceiros atingidos, para a construção conjunta e voluntária das possíveis soluções de resolução dos conflitos, ou seja, um meio alternativo de resolução. Ademais, neste manual também é clara a concepção de que a justiça restaurativa não tem como intuito competir com as outras formas tradicionais de resolução dos conflitos e da aplicação do direito em si, já que existem casos em que meios alternativos não podem ser utilizados, devendo, portanto, utilizar-se das práticas tradicionais.

Afinado pelo mesmo diapasão, o manual realça o fato de a justiça restaurativa estar dividida e aplicada a três dimensões, sendo estas: a da vítima, a do ofensor e a da sociedade. Em relação à vítima, a restauração tenta converter a visão de objeto de prova em parte essencial do processo, visto que esta deve participar ativamente na solução do conflito, visto que se busca reparar o mal sofrido. Em relação ao ofensor, busca-se deixar a este, de forma clara, as consequências da conduta praticada, assim como a proposição por sua iniciativa dos mecanismos de reparação do mal causado. Já sobre a sociedade, ressalta-se o senso de responsabilidade e coletividade das relações.

3. JUSTIÇA RESTAURATIVA X JUSTIÇA RETRIBUTIVA

Para Pacheco (2012), deve-se deixar cristalina a diferença entre a justiça retributiva e a justiça restaurativa. A justiça retributiva é aquela justiça tradicional, no qual o ato lesivo é punido pelo Estado, punindo a infração à norma e responsabilizando o indivíduo, provando-se a existência dos delitos, demonstrando a culpa e aplicando as punições existentes em lei.

Já a justiça restaurativa mostra-se bem diferente em relação à justiça retributiva, já que foca na capacidade de prevenção e no envolvimento dos indivíduos em seus atos e na resolução das lides. Como a justiça restaurativa prioriza a restauração dos relacionamentos e a prevenção de novos delitos, apresenta-se como uma alternativa inovadora tendo em vista que busca a mudança de ótica e introduz uma nova forma de entender os delitos, promovendo assim, uma reparação em sentido amplo e não somente de cunho material.

Scuro Neto (2014, p. 277) reitera os principais pontos de diferença entre a justiça retributiva e a restaurativa:

JUSTIÇA RETRIBUTIVA	JUSTIÇA RESTAURATIVA
Infração: noção abstrata, infração à lei, ato contra o Estado	Infração: ato contra pessoas, grupos e comunidades
Controle: Justiça Penal	Controle: Justiça, atores, comunidade.
Compromisso do infrator: pagar multa ou cumprir pena	Compromisso do infrator: assume responsabilidades e compensar o dano
Infração: ato e responsabilidade exclusivamente individuais	Infração: ato e responsabilidade com dimensões individuais e sociais
Pena eficaz: a ameaça de castigo altera condutas e coíbe a criminalidade	Castigo somente não muda condutas, além de prejudicar a harmonia social e a qualidade dos relacionamentos
Vítima: elemento periférico no processo legal	Vítima: vital para o encaminhamento do processo judicial e a solução de conflitos
Infrator: definido em termos de suas deficiências	Infrator: definido por sua capacidade de reparar danos
Preocupação principal: estabelecer culpa por eventos passados (Você fez ou não fez?)	Preocupação principal: resolver o conflito, enfatizando deveres e obrigações futuras. (Que precisa ser feito agora?)
Ênfase: relações formais, adversativas, adjudicatórias e dispositivas	Ênfase: diálogo e negociação
Impor sofrimento para punir e coibir	Restituir para compensar as partes e reconciliar
Comunidade: marginalizada, representada pelo Estado	Comunidade: viabiliza o processo restaurativo

Tabela 01: Diferenças entre a justiça retributiva e a justiça restaurativa (SCURO NETO, 2004, p. 277)

4. A JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL

Preliminarmente, em consonância com o disposto por Lara (2013), as práticas de justiça restaurativa no Brasil datam do ano de 2002, quando houve o estudo e aplicação do “caso zero” na 3ª Vara de Infância e Juventude de Porto Alegre/Rio Grande do Sul/RS num conflito que envolvia dois adolescentes. Desde então, a forma autônoma que a justiça restaurativa possui foi se mostrando cada vez mais usual tanto no âmbito interno quanto no âmbito externo do Judiciário brasileiro.

O professor Pedro Scuro Neto foi um dos pioneiros nos estudos e na implantação da justiça restaurativa no País. A prática judiciária sob o prisma restaurativo ganhou bastante força após a reforma do judiciário em 2003, que tinha como objetivo combater os problemas já citados do judiciário, a exemplo da dificuldade de acesso à justiça e também o elevado tempo de tramitação dos processos. Cabe lembrar, também, que em 2005 foi lançado um livro sobre justiça restaurativa escrito por vários especialistas na área e que difundiu os paradigmas restaurativos pelo Brasil, tanto no âmbito jurídico quanto no âmbito social.

Desde 2002, os Estados brasileiros vêm adotando técnicas de justiça restaurativa, sublinhando-se que as práticas aplicadas nunca tiveram o intuito de substituir a justiça retributiva, mas aplicar, no País, práticas já difundidas em outros países, mesmo que para a aplicação nacional houvesse necessidade de adaptações.

Sobre o tema, Pinho (2009, p. 246) traz a seguinte reflexão, *ipsis litteris*.

Por consequência natural, os conceitos da justiça restaurativa chegaram ao Brasil, principalmente a partir da observação e o estudo do direito comparado, trazendo à baila suas premissas, aplicações e experiências que lograram êxito. Por isso, é necessário registrar que o modelo restaurativo no Brasil não é cópia dos modelos estrangeiros, pois nosso modelo é restritivo, e carece de muitas transformações legislativas para a aplicação integral da justiça restaurativa. Ademais, como a justiça restaurativa é um processo de constante adaptação, é de bom alvitre sempre a adequação necessária à realidade brasileira. (PINHO, 2009, p. 246)

As aplicações das técnicas restaurativas pelo Brasil foram sendo implantadas gradativamente por meio de projetos de justiça restaurativa, e, de acordo com Lara (2013), tiveram que se adequar às realidades locais de cada lugar. Dentre os Estados que merecem destaque pela iniciativa restaurativa estão o Rio Grande do Sul, Distrito federal, São Paulo, Minas Gerais e Maranhão.

No Rio Grande do Sul, o conselho de magistratura oficializou uma central de práticas restaurativas junto ao juizado da infância e juventude, colocando a prática restaurativa à disposição em qualquer fase do atendimento aos adolescentes que praticaram atos infracionais. No Distrito Federal, mais especificamente em Brasília, a diferenciação no projeto se deve ao fato de que a prática restaurativa foi voltada, especificamente, para adultos que tenham cometido crimes de menor potencial ofensivo. Já, no Estado de São Paulo, a justiça restaurativa teve aplicação inicial em 2005, e o foco desta foi a aplicação nos processos judiciais assim como o envolvimento de escolas públicas e a sociedade em geral, ou seja, na parceria entre justiça e educação. Em Minas Gerais, o processo de

implantação da justiça restaurativa foi mais tardio, iniciando no ano de 2011, o que não atrapalhou os planos de desenvolvimento desta. A aplicação mineira é marcada pelo grande comprometimento do governo e agentes públicos envolvidos no desenvolvimento do projeto no estado, sendo este o seu diferencial. Já, no Estado do Maranhão, a aplicação dos projetos restaurativos teve cunho local, já que a capital não foi incluída no estudo piloto, tendo sido escolhida a cidade de São José de Ribamar de apenas 160.000 (cento e sessenta mil) habitantes para aplicação do plano piloto, prioritariamente nos atos infracionais envolvendo menores e com cunho de menor potencial ofensivo.

5. JUSTIÇA RESTAURATIVA NO ESTADO DO TOCANTINS

O processo de institucionalização da justiça restaurativa no Estado do Tocantins começou bem depois dos primeiros Estados citados acima. De acordo com Almeida e Pinheiro (2017), somente em 2014, foi colocado em pauta o sistema restaurativo como forma de desobstrução do judiciário e também afim de seguir as orientações que já estavam sendo dadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para o incentivo de alternativas à solução de conflitos.

O pontapé inicial foi dado com o lançamento do projeto “Agentes da paz”, que buscava a implantação da justiça restaurativa no estado do Tocantins como meta para os anos de 2015 a 2020. Como entre as metas estabelecidas estava o aumento de 30% nas conciliações processuais e pré-processuais, o projeto em questão estava focado na solução de conflitos no âmbito escolar envolvendo a participação dos pais, professores, alunos e sistema de justiça, utilizando-se de práticas restaurativas e acordos para prevenção de conflitos maiores, promovendo a paz no ambiente escolar.

Dentre as metas estipuladas pelo CNJ, estavam o aumento de produtividade, a redução dos casos pendentes e o incentivo às soluções alternativas de conflitos. Essas metas foram um incentivo para a aplicação das práticas restaurativas no Tribunal de Justiça no Estado do Tocantins (TJ-TO), sendo inseridas nos programas de especialização da escola da magistratura e por meio de portarias advindas do próprio tribunal sobre a adoção das práticas em cita.

Na obra de Almeida e Pinheiro (2017), pode-se verificar que um dos projetos do TJ-TO que mais chamaram a atenção foi o “Projeto de aplicação de círculos restaurativos nas ações penais e execuções penais no âmbito do judiciário Tocantinense”, de autoria do Juiz de direito Antônio Dantas. O projeto abrangia todo o judiciário tocantinense e focava diretamente na continuidade da aplicação da justiça restaurativa nas progressões de regime e nos processos administrativos disciplinares envolvendo adultos, complementando assim o projeto já citado “Agentes da paz” com foco nas escolas e comunidades carentes.

Dando continuidade ao projeto trazido à baila, outro projeto surgiu na cidade de Araguaína/TO, intitulado como “Aplicação de círculos restaurativos nas ações penais e execuções penais no âmbito do judiciário Tocantinense”, sistematizando esse e os outros projetos já mencionados para que possam ser corretamente disseminados no Judiciário local. Esclarece-se que a aplicação da justiça restaurativa no Estado do Tocantins foi voltada principalmente para as Varas de Infância e Juventude assim como para Varas Criminais que lidam com crimes de menor potencial ofensivo.

Como resultado da aplicação da justiça restaurativa no Estado do Tocantins, explana-se o caso do adolescente A.I.J., detido pelo crime de roubo qualificado na comarca de Araguaína/TO, o qual estava em prisão preventiva após conversão da sua prisão em flagrante. Após participar de um dos círculos restaurativos promovidos pela Vara Criminal de Araguaína/TO, o jovem se comprometeu a devolver o celular furtado, escrever uma carta de desculpas para a vítima, procurar um emprego e se conectar mais com sua própria família. Nesse contexto, as ações a que o jovem se comprometeu não impactaram não só no julgamento do seu processo como também na pena dada pelo delito cometido.

6. CONCLUSÃO

Seja por conta do grande número de processos que dificultam a fluidez do Poder Judiciário brasileiro ou pela busca da pacificação social, a utilização de métodos alternativos está se popularizando no cenário nacional com fulcro em todo o exposto acima.

Ressalte-se que a construção de meios não adversativos é interessante no que diz respeito à construção da cultura de uma convivência mais pacífica, configurando a justiça restaurativa como uma opção bastante plausível para o alcance dos objetivos pretendidos.

Um dos principais incentivadores da utilização das práticas restaurativas no âmbito brasileiro é o próprio CNJ, que, ao definir suas metas, sempre encoraja os métodos alternativos, principalmente, aqueles que tenham reflexo no aumento da produtividade. Pertinente exteriorizar que, ao aplicar a justiça restaurativa, além de impactar diretamente na produtividade do Judiciário, ocorre um reflexo direto relativamente à responsabilização, à restauração e à reintegração dos infratores e agentes envolvidos, destacando-se o papel social de todos eles.

Diante de toda a argumentação expendida nessa pesquisa, o intuito principal do trabalho foi o de apresentar o método restaurativo como uma solução possível e até mesmo incentivada pelo Poder Judiciário para ser utilizada. Enfatizou-se a diferença entre o sistema restaurativo e o retributivo, buscando deixar evidente também que o intuito da justiça restaurativa é de complementar e ser um método auxiliar à Justiça Comum, devendo

ser reconhecida como um método que pode ser utilizado para casos específicos, não dispensando, assim, a persecução tradicional.

Desde o ano de 2002, a justiça restaurativa vem sendo incentivada no Brasil, ainda que na presença de entraves que existem para sua difusão. Como pode ser vislumbrado, vários Estados do Brasil já iniciaram a aplicação das práticas restaurativas, obtendo, frise-se, sucesso. Após a aplicação com bons resultados, outros Estados, como o Tocantins, também implantaram projetos restaurativos, obtendo resultados positivos.

Por fim, no panorama em apreço, a justiça restaurativa apresenta-se como uma ótima alternativa para auxiliar na resolução de lides judiciais e, ao mesmo tempo, resgatar o seu papel originário, que é o social. Relevante expressar que inúmeros são os entraves para a difusão e aplicação da justiça restaurativa em seara nacional. Porém, espelhando-se as boas práticas de outros países, tal técnica configura uma alternativa muito promissora no que se refere ao resultado que pode apresentar, caso seja bem aplicada aos casos concretos.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Cristiane Roque; PINHEIRO, Gabriela Arantes. **Justiça restaurativa como prática de resolução de conflitos**. Revista Desafios, V. 04, n. 04, 2017.

LARA, Caio Augusto Souza. **A justiça restaurativa como via de acesso à justiça**. 2013. Orientadora: Adriana Goulart de Sena Orsini Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

Manual de Justiça restaurativa. 1ª Edição. Paraná. Tribunal de Justiça do Paraná. 2015. 21 Páginas.

PACHECO, Andreia Teixeira Moret. **Justiça restaurativa: Uma possível alternativa a pena de prisão e sua utilização pelo poder judiciário**. Tese de mestrado. FGV. Rio de Janeiro. 2012.

PINHO, Rafael Gonçalves de. **Justiça Restaurativa: um novo conceito**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Volume III. Ano 3, 2009.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa: o paradigma do encontro**. Brasília. Instituto de direito internacional de Brasília. 2007.

SCURO NETO, Pedro. **Justiça restaurativa: desafios políticos e o papel dos juízes**. Revista da Ajuris. Porto Alegre, v.33, n.103, p.229-254, set. 2006.

_____. Sociologia Geral e Jurídica. Manual dos cursos de Direito. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Sociologia Geral e Jurídica: Introdução ao estudo do Direito, instituições jurídicas, evolução e controle social. 7ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

A APLICAÇÃO DO GARANTISMO NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: NOVAS PERSPECTIVAS TRAZIDAS PELA REFORMA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

VITOR SOUZA DA SILVA:
Bacharelado em Direito pela
Universidade Federal do
Amazonas

Resumo: Esse artigo apresenta análise das consequências das alterações trazidas pela reforma da lei de improbidade administrativa. Utilizando-se como objeto de estudo algumas das mais notáveis alterações advindas da Lei nº 14.230/2021, analisa-se o avanço principiológico do Direito Administrativo Sancionador, especialmente no que se refere a sua aproximação com as garantias do processo penal no âmbito da improbidade administrativa. Para isso é usado método dedutivo e abordagem qualitativa, através de estudo das doutrinas de direito constitucional, administrativo e penal, sob a ótica da teoria garantista de Ferrajoli e analisadas tendo em consideração a grande importância da proteção do patrimônio público e combate à corrupção, especialmente no que se refere ao contexto brasileiro.

Palavras-chave: Lei nº 14.230/2021; Lei de Improbidade Administrativa; Direito Administrativo Sancionador; Garantismo.

Abstract: This article presents an analysis of the consequences of the changes brought about by the reform of the administrative improbity law. Using as an object of study some of the most notable changes arising from Law nº 14.230/2021, the principled advance of Sanctioning Administrative Law is analyzed, especially with regard to its approximation with the guarantees of the criminal procedure in the context of administrative improbity. For this, a deductive method and a qualitative approach are used, through the study of doctrines of constitutional, administrative and criminal law, from the perspective of Ferrajoli's theory of guaranteeism and analyzed taking into account the great importance of protecting public property and fighting corruption, especially in the Brazilian context.

Key-words: Law nº 14.230/2021; Administrative Improbity Law; Sanctioning Administrative Law; Guaranteeism.

1.INTRODUÇÃO

A corrupção e ineficiência administrativa são males que assolam muitas nações do mundo, de maneiras e intensidades diversas, mas sempre com graves consequências para a devida atuação estatal. Nesse sentido, é certo que para um Estado Democrático de Direito

cumprir adequadamente seus objetivos constitucionais deve-se resguardar moralidade, eficiência e probidade na atuação administrativa, financeira e orçamentária.

É com essa perspectiva que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu suas normas acerca da Administração Pública, as quais se encontram no decorrer de todo texto constitucional, mas principalmente a partir do artigo 37º, no Capítulo VII do Título III.

A Constituição Federal deu atenção especial à proteção da probidade administrativa, estabelecendo no §4º do art. 37º que deverão ser aplicadas severas sanções àqueles que cometerem atos ímprobos, como suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário. Foi em razão desse mandamento constitucional que surgiu a Lei nº 8429/92, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa (LIA).

Inicialmente muito pouco utilizado, o instituto da Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa passou por um grande crescimento após os anos 2000. O combate à corrupção entrou em voga como uma das prioridades dos Ministérios Públicos e das entidades policiais investigativas. Ademais, outros órgãos de Controle Externo e Interno, como os tribunais de contas e controladorias se sedimentaram no ecossistema jurídico criado após a Constituição de 1988.

Em consequência disso, os números de condenações por Improbidade Administrativa aumentaram, tanto quantitativamente quanto qualitativamente (BRASIL, 2021). Uma simples leitura do texto original da Lei nº 8429/92 deixa claro que as penalidades impostas aos condenados vão além de meras sanções civis ou administrativas, podendo incluir multas pecuniárias de elevado valor, limitações a direitos políticos, proibição de contratação com o Poder Público e outras.

Além disso, em vista a separação entre as esferas judiciais, tornou-se comum a cumulação da ação por improbidade com denúncia penal pelo mesmo fato, bem como outras sanções de natureza administrativa, o que, por vezes, poderia tornar o procedimento de defesa por parte do acusado excessivamente oneroso, complexo e mentalmente exaustivo.

Verifica-se então, que no Brasil existe um verdadeiro sistema de combate à corrupção, composto por meios de persecuções e investigações penais, cíveis e administrativas, bem como as sanções advindas de Tribunais de Contas e Ações por Improbidade Administrativa. Cada uma dessas esferas contém suas particularidades, e níveis variados no rigor das punições.

Em vista desse complexo contexto, deve-se avaliar a LIA como parte de um sistema sancionador, e um dos braços do poder punitivo estatal, o qual, em razão da proibição do

bis in idem deve se manifestar de forma una e coesa. Ademais, deve-se ter em mente o dever de todos os aplicadores do direito zelarem pela proteção do Estado Democrático de Direito, pela busca dos objetivos e princípios da Constituição Federal e resguardo dos direitos humanos. Assim sendo, qualquer análise responsável do poder punitivo estatal deve ser feita visando avançar o modelo garantista, o qual ultrapassa o direito penal e deve ser considerando em todos os ramos do direito que envolvam aplicação de violência punitiva pelo Estado.

Nesse sentido, verifica-se a sedimentação do chamado Direito Administrativo Sancionador como área jurídica merecedora de estudo e pesquisa, tendo em vista sua crescente complexidade e relevância prática.

Entretanto, apesar do crescimento da utilização do instituto da Improbidade Administrativa, conforme se pode extrair de publicações do Ministério Público Federal (GAVRONSKI, 2019) e do Conselho Nacional de Justiça (JÚNIOR, 2015), ainda subsiste uma sensação de insatisfação quanto à eficiência desse instituto. Isto se deriva do fato que, a despeito do número de ajuizamentos aumentarem, ainda se notava grande lentidão no andamento dos processos, número baixo de condenações transitadas em julgado, e número ainda menor de ressarcimentos ao erário efetivamente concretizados.

Com isso, se via o instituto da Improbidade Administrativa como um meio de combate à corrupção ainda em crescimento e com espaço para ser aprimorado. Foi nesse contexto que adveio a Lei nº 14.230/2021, a qual trouxe significativas alterações ao sistema de Improbidade Administrativa, tanto no que se refere a aspectos processuais quanto materiais ligados às hipóteses de cabimento e prescrição das condutas.

Ante o exposto, se demonstra de grande relevância investigar as consequências que as alterações na Lei de Improbidade Administrativa trazem ao sistema de combate à corrupção no Brasil, especialmente sob a perspectiva dos avanços aos princípios do Direito Administrativo Sancionador e considerando o possível conflito principiológico que pode existir entre a concessão de garantias aos acusados e a proteção da probidade, moralidade e eficiência na Administração Pública.

2. A AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UMA MANIFESTAÇÃO DO PODER PUNITIVO DO ESTADO.

Ao se iniciar a análise relativa aos impactos das recentes alterações aplicadas à Lei de Improbidade Administrativa, faz-se necessário primeiro entender a natureza jurídica e âmbito de aplicação do instituto.

A Ação de Improbidade Administrativa - AIA, enquanto ação punitiva autônoma e na forma como a entendemos hoje, foi instituída pela Constituição Federal de 1988. Uma grande demonstração disso foi a inclusão do princípio da moralidade administrativa no artigo 37, caput, da CF/88, evidenciando a preocupação com a ética e legalidade na Administração Pública.

Nesse sentido, a possibilidade de condenação por atos ímprobos, que antes era restrita a agentes políticos em casos específicos, evolui como instituto, passando a atingir atos mais amplos e referentes a toda a Administração Pública (DI PIETRO, 2020). Esse é apenas um dos aspectos de evolução da improbidade administrativa, de forma que a Lei nº 8.429/92, ao regulamentar a matéria, expandiu consideravelmente no que a Constituição havia determinado em apenas um parágrafo.

Em realidade, ao ser analisado com devida atenção, o debate ao redor desse instituto se demonstra relativamente complexo. Desta feita, o regime jurídico da improbidade administrativa, na forma exposta pela Lei nº 8.429/92, mostrou-se nebuloso, oscilando entre o cível, no que se refere a natureza da ação, e o crime, ao se considerar a natureza das penalidades (OSÓRIO, p.29, 2012).

Esse caráter multifacetado da ação por improbidade se deve fortemente ao fato de que o instituto deriva diretamente de mandamento constitucional, de forma que nasce como sistema autônomo e apenas vinculado a própria CF/88, recebendo desta as suas características e regramentos, a partir de interpretação do artigo 37, §4º. Nesse sentido:

Entende-se que a Constituição estabeleceu a disciplina legal de uma política sancionatória civil judicial de atos de improbidade administrativa, incumbindo ao Poder Judiciário o exercício da competência sancionatória, que o cumpre mediante o devido processo legal judicial civil, dando aplicação e efetividade ao sistema de responsabilização (OLIVEIRA, GROTTI, p.100, 2020).

Dessa maneira, foi conferido ao poder judiciário civil a competência para julgamento das ações de improbidade, o que diferencia esse instituto tanto do direito penal, quando das sanções administrativas *stricto sensu*. Todavia, ao se considerar a gravidade da pena, também não se pode dizer que esse sistema de responsabilização pertence estritamente a seara do direito civil:

O que deve ser considerado evidente é que, seja pelo histórico do dever de probidade ligado constitucionalmente aos crimes de responsabilidade, seja pela magnitude das sanções previstas tanto no art. 37, §4º, da CF, quanto na própria Lei nº 8.429/92, é certo que um ato ímprobo revela-se de extrema gravidade. Também é indicativo

seguro nessa direção o fato de que direitos fundamentais são agredidos pela improbidade administrativa. E por isso mesmo as sanções cominadas na Lei de Improbidade atingem direitos fundamentais dos acusados em geral, exigindo limites para o poder punitivo estatal (OSÓRIO, p.30, 2012).

Conforme exposto por Fabio Media Osório, é nítida a existência de violência para direitos fundamentais nas sanções por improbidade. E por consequência, qualquer ato de violência por parte do Estado, em um sistema democrático, demanda limitação e controle legal. Assim, torna-se inviável dissociar o estudo da improbidade administrativa do estudo do próprio direito punitivo como um todo.

O poder de punir é intimamente ligado com a noção de Estado Moderno e o Direito Administrativo, tendo como objeto de estudo a Administração Pública e o regime jurídico aplicável a ela, não pode olvidar-se de estudar a função punitiva do Estado, da qual a improbidade administrativa se tornou um braço proeminente.

A própria existência e legitimidade do Estado são intimamente ligadas à ideia de pena. É através da aplicação da pena, e das escolhas políticas existentes por trás dessa aplicação, que o poder público exerce seu controle social. Ademais, ao se definir quais são as condutas puníveis e o rigor dessas punições, um Estado demonstra as suas prioridades, intenções e ideologias. A complexidade da relação entre Estado, pena e controle social é exposta brevemente nesse trecho de Cezar Roberto Bitencourt:

Convém registrar que a uma concepção de Estado corresponde uma de pena, e a esta, uma de culpabilidade. Destaque-se a utilização que o Estado faz do Direito Penal, isto é, da pena, para facilitar e regulamentar a convivência dos homens em sociedade. Apesar de existirem outras formas de controle social — algumas mais sutis e difíceis de limitar que o próprio Direito Penal —, o Estado utiliza a pena para proteger de eventuais lesões determinados bens jurídicos, assim considerados em uma organização socioeconômica específica. Estado, pena e culpabilidade formam conceitos dinâmicos inter-relacionados. Com efeito, é evidente a relação entre uma teoria determinada de Estado com uma teoria da pena, e entre a função e finalidade desta com o conceito dogmático de culpabilidade adotado. (BITENCOURT, 2017).

Dessa maneira, o sistema de responsabilização por improbidade administrativa se configura como uma escolha política, do legislador constitucional e infraconstitucional,

através da qual expõe-se a relevância que o Estado brasileiro confere a probidade e moralidade dentro da Administração Pública.

Não à toa, as penas conferidas às condutas ímprobas foram de um elevado grau punitivo. E não somente isso, mas o sistema de responsabilização por atos ilegais por agentes públicos tornou-se progressivamente mais complexo, com diversos meios autônomos de punição, em esferas judiciais diversas e envolvendo vários órgãos e pessoas jurídicas da Administração, bem como inúmeras leis.

Nesse contexto, nasce o risco do surgimento de excessos na atuação punitiva do estado, a qual parece estar sempre em conflito com o cidadão, como que em um constante desejo de se expandir. Esse tema é tratado com profundidade e clareza na obra de Luigi Ferrajoli:

No tratamento penal manifesta-se - em estado puro e na maneira mais direta e conflitual - a relação entre Estado e cidadão, entre poder público e liberdade privada, entre defesa social e direitos individuais. O problema da legitimação ou justificação do direito penal, conseqüentemente, ataca, na raiz, a própria questão da legitimidade do Estado, cuja soberania, o poder de punir, que pode chegar até ao *ius vitae ac necis*, é, sem sombra de dúvida, a manifestação mais violenta, mais duramente lesiva aos interesses fundamentais do cidadão e, em maior escala, suscetível de degenerar-se em arbítrio. (FERRAJOLI, p. 168, 2002)

Por essa razão, os sistemas punitivos do Estado devem sempre ser vistos por uma perspectiva crítica e balizada nos direitos fundamentais inerentes ao Regime Constitucional atual. O entendimento da natureza potencialmente arbitrária do poder punitivo estatal é relevante para todos os cidadãos, mas especialmente para os aplicadores do direito e legisladores, os quais tem o dever de evitar o surgimento desses possíveis abusos.

Contudo, apesar desses aspectos complexos e dos pontos de contato com o Direito Civil e Penal, a ação de improbidade administrativa encontra-se firmada, em razão de sua matéria, na seara do Direito Administrativo. Mais especificamente, essa ação se demonstra como um dos tópicos mais relevantes do Direito Administrativo Sancionador.

Dessa maneira, a improbidade extrapola os conceitos mais tradicionais de ilícito civil ou penal, e por tratar acerca de violação aos bens públicos (matéria tipicamente de Direito Administrativo), se enquadra como uma espécie de ilícito administrativo em sentido mais amplo (OSÓRIO, 2012), mesmo tendo o Poder Judiciário comum como autoridade julgadora e responsável pelo processo.

Todavia, o fato da improbidade administrativa se assentar no ramo do Direito Administrativo, não a expurga do dever de seguir os princípios constitucionais inerentes a qualquer atuação punitiva do Estado. Dessa forma, “É preciso assentar que a verdadeira unidade do Direito sancionador repousa nas cláusulas constitucionais comuns ao Direito Penal e ao Direito Administrativo” (GUARDIA, p. 789, 2014).

Com isso, verifica-se a existência de um bloco constitucional de garantias processuais e materiais, ao qual todas as formas de punição estatal devem buscar se adequar. É em vista desse contexto, que a Lei nº 14.230/2021 passou a incluir expressamente no texto da Lei de Improbidade Administrativa, no artigo 1º, §4º, a seguinte determinação: “Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador” (BRASIL, 2021).

O supracitado trecho traz à tona um grande teor simbólico das várias alterações trazidas pela nova lei, e também indica uma régua que deve ser usada para interpretá-la e avaliar cientificamente suas inovações. Nesta esteira:

É sob essa ótica e a partir desse núcleo constitucional que o poder punitivo estatal — dotado de inequívoca unicidade — deve ser interpretado, independentemente de se tratar do Estado Administração ou do Estado Juiz. (NETO, GARCIA, p. 03, 2013)

Em consideração disso e todo o exposto acima, tem-se que a ação por improbidade administrativa, ao se incluir na seara do Direito Administrativo Sancionador, e por consequência dentro da perspectiva de atuação punitiva do Estado, deve necessariamente se vincular a uma série de princípios constitucionais e manter uma atuação legítima e voltada a dignidade humana. É com essa perspectiva que se passa à análise de algumas das alterações mais substanciais, do ponto de vista principiológico, trazidas pela nova lei.

3. A REFORMA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UMA APROXIMAÇÃO PRINCIPOLÓGICA COM AS GARANTIAS PENAIAS.

3.1. A luta contra a banalização da improbidade administrativa:

Inicialmente, pode-se interpretar que, além de destacar os aspectos principiológicos do Direito Administrativo Sancionador, a reforma da Lei de Improbidade Administrativa buscou combater o que, por vezes, ficou conhecido como “Administração Pública do medo”, a qual pressionava os gestores a tomar apenas atitudes conservadores e formalistas, para se esquivar de possíveis denúncias por improbidade (HALPERN, OLIVEIRA, 2021).

Este estado de incerteza, o qual causava gestores na Administração Pública a temerem o recebimento de punições, simplesmente por adotarem interpretações diversas, ou linha hermenêutica não majoritária, tornou-se um problema perceptível, a ponto de motivar alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB):

O movimento instaurado pela Lei nº 13.655/2018 (lei de segurança para a inovação) teve por mote a necessidade de refrear o deletério “apagão das canetas”, que se caracteriza pela inércia dos administradores públicos em adotarem medidas inovadoras, em decorrência da sanha punitiva dos órgãos de controle. O famigerado direito administrativo do medo acabava, portanto, por brechar o experimentalismo no setor público, de tal modo que avanços significativos eram ignorados, com o escopo de atender formalismos dispensáveis (VALE, OLIVEIRA, p. 43, 2022).

A lei mencionada no trecho acima, trouxe importantes mudanças de paradigmas interpretativos à LINDB, a exemplo do acréscimo do artigo 22º: “Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”. Essa mesma ideia de proteção ao gestor foi reiterada na reforma da Lei de Improbidade, a exemplo dos parágrafos 3º e 8º, incluídos no artigo 1º:

§3º O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa.

§8º Não configura improbidade a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões dos órgãos de controle ou dos tribunais do Poder Judiciário.

Em vista dessas alterações normativas, verificou-se uma tentativa de proteger a liberdade de atuação do gestor público, especialmente no que se refere a condutas mais inovadoras ou atípicas. Essa postura normativa também sedimenta a ideia de que o ato de improbidade não pode ser confundido com mera ilegalidade ou irregularidade administrativa.

Isto se demonstrava em vista ao fato que as hipóteses de improbidade no texto original da lei eram muitas vezes elencadas como condutas genéricas e abertas, bem como passíveis de condenação mesmo apenas com culpa ou dolo genérico.

Um dos principais meios que o legislador se utilizou para mitigar o uso excessivo da Ação de Improbidade Administrativa foram as alterações no art. 11º, o qual, por se tratar de violações de princípios, era amplamente utilizado pelos órgãos de controle para buscar punições de atos possivelmente ilegais de servidores públicos.

Um dos mais notáveis exemplos da amplitude dos “fatos típicos” que eram trazidos pela Lei nº 8429/92 encontrava-se presente em sua redação antiga do *caput* do artigo 11º, o qual expressava: “constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente (...)”. Nota-se que essa norma, não só utilizava termos excessivamente amplos, como também se baseava exclusivamente em conceitos abertos e subjetivos de caráter principiológico.

Nesse contexto, os aplicadores do direito, e especialmente julgadores, percebiam-se em situações de grande complexidade ao buscar a melhor maneira de aplicar a norma ao fato concreto:

O percurso que começa com a tipicidade formal é marcadamente insuficiente para justificar uma subsunção normativa a um tipo sancionatório, com tamanha abertura hermenêutica. O exame da lesividade da conduta, ou tipicidade material, deve sobrelevar ao da tipicidade formal, sendo seguido pelo exame da antijuridicidade da conduta e da culpabilidade.

No campo da improbidade administrativa, muito mais do que para muitos crimes, portanto, é de demasiada relevância o apreço pelos princípios constitucionais do direito sancionador. Deve ser exigida a configuração de uma efetiva ação reprovável do ponto de vista subjetivo, analisando-se a atuação do agente e as circunstâncias que envolvem o fato concreto, e não a natureza do ato de improbidade em tese. (GONÇALVES, GRILO, p. 476, 2021).

Como se nota na exposição do Ministro Benedito Gonçalves, fazia-se necessário uma interpretação mais rigorosa da Lei de Improbidade Administrativa. No contexto anterior à reforma da lei, verificava-se que, caso ela fosse aplicada com simples subsunção dos fatos à literalidade da norma, inúmeras condutas frequentes de agentes públicos dariam causa a punição por improbidade, possivelmente gerando nítida desproporcionalidade, tanto na quantidade de punições, quanto na rigurosidade delas.

Não à toa, duas das mais notáveis alterações trazidas pela Lei nº 14.230/2021 vieram no artigo 11º da Lei de Improbidade, aqui usado como exemplo, e que atualmente

tem a seguinte redação: “Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas”.

Desta feita, em comparação com a redação anterior, houve uma notável redução da subjetividade e amplitude da tipicidade formal na norma, com adoção da taxatividade das condutas, e exigência de dolo como elemento subjetivo.

Além disso, destaca-se que houve a exclusão dos incisos I e II desse artigo, os quais referiam-se, respectivamente, a desvio de finalidade em conduta e retardamento ou não realização indevida de ato de ofício. A revogação destes dispositivos não significou a admissão de validade dessas condutas, os quais ainda podem comportar graves sancionamentos por outras vias, em realidade, representou uma tentativa de evitar a banalização da improbidade administrativa (FILHO, 2022).

Ademais, tal alteração também reitera a visão, já mencionada acima, de que a Ação por Improbidade Administrativa não se confunde com punição por mera ilegalidade ou irregularidade administrativa, devendo ser resguardada para casos mais graves e com maior culpabilidade por parte do agente.

3.2. A aproximação da Lei nº 14.230 com os princípios do Direito Penal:

Desta feita, está certo que a reforma da Lei de Improbidade Administrativa buscou, por diferentes meios, impor maiores limites a utilização da AIA, com intuito de enfrentar uma possível banalização do instituto, bem como o suposto fenômeno da “Administração pública do medo”.

Contudo, percebe-se que as alterações advindas da reforma não buscaram simplesmente reduzir o ajuizamento das ações por improbidade, mas também marcar uma aproximação com princípios e garantias tipicamente vinculados ao Direito Penal.

Uma das inovações legais que demonstra isso, apesar de ser alvo de muitas críticas, é a alteração da legitimidade ativa constante do art. 17º, o qual, em sua nova redação, limita a legitimidade apenas ao Ministério Público. Tal norma, atualmente atacada pela ADIN 7042 e ADIN 7043, limitou consideravelmente a autonomia das pessoas jurídicas de direito público para o controle de atos ímprobos, entretanto, pareceu simbolizar uma forte intenção do legislador em dar tratamento a AIA similar às ações penais, afinal, sabe-se que o Ministério Público é o detentor da Ação Penal Pública.

Essa demonstração de intenção de aproximação com os princípios aplicáveis no direito penal está presente em diversos aspectos da nova lei, e pode ser destacado especialmente nas alterações, já mencionadas, trazidas ao art. 11º.

Como dito acima, a nova redação do art. 11º passou a exigir conduta dolosa para configuração do ato ímprobo. Destaca-se que essa não é apenas uma alteração pontual. Em realidade, a exigência de conduta dolosa representa um dos pontos centrais das intenções trazidas pela nova lei, e que também foram incluídos nas novas redações dos artigos 9º e 10º. Dessa maneira, é nítido que um dos núcleos conceituais dessa reforma consistiu justamente em afirmar que a improbidade administrativa somente se configura nos casos em que existe dolo (FILHO, 2022).

Todavia, as alterações no artigo 11º da Lei nº 8.429/92 não se limitaram a isso. Outra perceptível aproximação com o direito penal deu-se com os parágrafos inclusos pela nova lei, dentre os quais destaca-se o §4º:

Os atos de improbidade de que trata este artigo exigem lesividade relevante ao bem jurídico tutelado para serem passíveis de sancionamento e independem do reconhecimento da produção de danos ao erário e de enriquecimento ilícito dos agentes públicos.

Com isso, nota-se que a lei, expressamente, passa a exigir o exame de lesividade da conduta para a configuração dos atos de improbidade administrativa. Esse exame advém de uma exigência implícita constitucional, vinculada ao princípio da culpabilidade (GONÇALVES, GRILO, p. 477, 2021).

Nesse contexto, conforme já era defendido por Fabio Medina Osório há muitos anos, é inviável que o princípio da culpabilidade, em consideração ao cenário constitucional do Direito Punitivo, tenha sua aplicação restrita apenas ao Direito Penal (OSÓRIO, p. 430, 2000). Assim sendo, a necessidade de aferição de efetiva lesão ao bem jurídico, bem como de constatação de conduta reprovável do ponto de vista subjetivo, marcam o princípio da culpabilidade como um dos pilares, não somente do Direito Penal, mas também do Direito Administrativo Sancionador (BINENBOJM, p. 471, 2014).

Outro aspecto relevante introduzido pelo supramencionado §4º é que a expressão “lesividade relevante” tende a afastar do âmbito da improbidade administrativa condutas que causam efeitos nocivos de pouca expressão e prejuízos de pequenos valores. Dessa forma, a introdução dessa norma pode significar a adoção expressa da lei pelo princípio da insignificância (FILHO, 2022). Ou seja, trata-se da positivação, no âmbito da improbidade administrativa, de princípios tipicamente penais cuja aplicação já era defendida pela doutrina.

Além dessas determinações de caráter material, verifica-se que a reforma da LIA também trouxe diversas alterações de cunho processual, as quais, apesar de manterem a regra de que a AIA se orienta pelo procedimento comum previsto na Lei nº 13.105/2015

(Código de Processo Civil), também traz diversas exceções nos artigos 14 e seguintes, as quais representam maior proximidade com o processo penal.

3.3. A consolidação de entendimentos:

Nota-se pelo exposto no tópico anterior que, ao menos no que se refere a adoção de princípios constitucionais e penais, as alterações trazidas pela reforma legal se demonstraram em consonância com opiniões já defendidas por muitos doutrinadores.

Especialmente no que se refere a inclusão do artigo 1º, §4º, com expressa determinação de aplicação dos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador, verifica-se uma sedimentação de entendimentos doutrinários construídos no decorrer de décadas.

A exemplo disso, nota-se que Fábio Media Osório, grande doutrinador da área já mencionado anteriormente, sempre que escrevia acerca da natureza jurídica da improbidade administrativa, destacava a importância da adoção dos princípios do Direito Administrativo Sancionador e que estes se conectavam em grande parte com o nosso regramento constitucional e com as garantias penais:

Portanto, no plano conceitual, a improbidade é disciplinada pelo direito administrativo sancionador, enquanto a ação civil pública de improbidade administrativa tem natureza punitiva, inserindo-se nos domínios de Direito Processual Civil Público Punitivo, o que significa submetê-la explicitamente a essas garantias, que se articulam e permitem uma correta leitura de outras garantias constitucionais aplicáveis ao direito punitivo (OSÓRIO, pp. 459/460, 2014).

Dessa forma, o tratamento mais unitário do Direito Punitivo, com diálogo entre os princípios aplicáveis a diversas áreas jurídicas, é um entendimento frequentemente encontrado na doutrina e jurisprudência. Ainda, a própria aproximação com garantias penais, especialmente no que se refere ao fortalecimento dos princípios da culpabilidade, tipicidade e lesividade no âmbito administrativo, já era dado como um caminho possível mesmo antes da reforma.

Nessa esteira, já era defendido que os supramencionados princípios, apesar de em grande parte serem mais fortemente ligados ao Direito Penal, no sentido de um Direito Criminal, não deveriam se restringir ao este ramo do direito. Tratam-se de princípios constitucionais de um Direito sancionatório geral e que, portanto, devem se aplicar aos processos administrativos e também às ações de improbidade, afinal, essa é a perspectiva de um Estado de Direito e que reconhece direitos fundamentais que não podem sofrer uma interpretação restritiva (GABARDO, 2012).

Assim sendo, verifica-se que a Lei nº 14.230, em um caráter principiológico, e do ponto de vista do caráter teórico do estudo do Direito Administrativo Sancionador, não representou uma inovação legal sem precedentes e com completa mudança paradigma. Em realidade, a visão acerca do instituto da Improbidade Administrativa, em grande parte, manteve-se na mesma direção, e, em vários casos, houve a positivação de posicionamentos e práticas já adotados.

Contudo, no que se refere aos entendimentos adotados pela nova lei, apesar de muitos já encontrarem embasamento na doutrina, isso não significa dizer que todos estavam sedimentados na prática processual ou na cultura jurídica do país. Nesse sentido, a reforma legal teve grande utilidade para aclarar obscuridades, uniformizar posicionamentos e, com grande relevância, dificultar retrocessos jurisprudenciais e doutrinários, em razão do novo abarcamento legal.

4. O CAMINHO DO GARANTISMO NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

Como exposto no tópico anterior, a reforma da Lei de Improbidade Administrativa, de fato, significou uma aproximação principiológica do Direito Administrativo Sancionador com o Direito Penal. Entretanto, conforme também demonstrado, tal aproximação não foi pura inovação legal. Pelo contrário, representou uma positivação de entendimentos já defendidos por parte da doutrina e jurisprudência há muito tempo.

Apesar disso, a nova lei não está isenta de críticas e a necessidade de aproximação do da Improbidade Administrativa com as garantias penais não é unanimidade. Nesse sentido, a Lei nº 14.230/2021 sofre críticas de alguns que afirmam que a generalidade do texto original se fazia necessária para possibilitar o mais efetivo combate à corrupção e improbidade na Administração, fazendo com que a ação por improbidade fosse uma alternativa mais viável nos casos em que não justificassem uma ação penal.

Com isso, nota-se que um lado argumenta que a reforma prejudicou a condenação de acusados, enquanto o outro lado defende que a Reforma da LIA visou proteger os gestores públicos honestos, e trouxe uma melhor distinção entre o mero erro administrativo e o ato de improbidade (HALPERN, OLIVEIRA, 2021).

Todavia, ao menos no que se refere a algumas das mais notáveis alterações trazidas pela inovação legal, e anteriormente mencionadas, a reforma legal aproximou o instituto da Improbidade Administrativa com os direitos fundamentais inerentes de nossa ordem constitucional e aumentou a proteção dos indivíduos frente ao poder punitivo do Estado. Ou seja, quanto a isso a Improbidade Administra demonstrou dar um passo no caminho correto.

Ademais, salienta-se que tal mudança não deve ser interpretada como leniência com condutas corruptas ou danosas ao patrimônio público, mas sim em um reconhecimento de que a improbidade administrativa se refere a um instituto de punição diferenciado da mera ilegalidade, devendo ser reservada para os casos em que há efetiva intenção de ferir a Administração Pública. Por isso, é inviável confundir a improbidade com condutas evadas simplesmente de culpa (FILHO, 2022).

Nessa esteira, fica claro que a obrigatoriedade de dolo para as condenações por improbidade administrativa, a conversão do artigo 11 da Lei. 8.429/92 em um rol taxativo, a priorização expressa dos princípios do Direito Administrativo Sancionador, bem como outras alterações trazidas pela reforma, marcam uma aproximação com a teoria do garantismo, na forma defendida por Ferrajoli, que reforçava a importância da objetividade das leis punitivas:

o que confere relevância penal a um fenômeno não é a verdade, a justiça, a moral, nem a natureza, mas somente o que, com autoridade, diz a lei. E a lei não pode qualificar como penalmente relevante qualquer hipótese indeterminada de desvio, mas somente comportamentos empíricos determinados, identificados exatamente como tais e, por sua vez, aditados à culpabilidade de um sujeito (FERRAJOLI, p. 31, 2002).

Dessa forma, apesar dos grandes males trazidos a este país pela corrupção e improbidade de gestores públicos, ainda se deve ver o aumento de garantias e reforço de princípios de caráter constitucional como algo positivo e relacionado a um amadurecimento do sistema punitivo de nosso Estado.

É de grande relevância que os julgadores não sucumbam a armadilha de buscar, a todos os custos, a defesa da sociedade e do bem-estar social, mesmo se tratando de uma matéria, frequentemente tão revoltante, como são os casos de corrupção.

O segundo passo, muito mais decisivo, aconteceu quando produziu-se uma dissociação entre juiz e parte lesada, e a justiça privada - as vinganças, os duelos, os linchamentos, as execuções sumárias, os ajustamentos de contas - foi não apenas deixada sem tutela, mas vetada. O direito penal nasce, precisamente, neste momento, quando a relação bilateral ofendido/ofensor é substituída por uma relação trilateral, que coloca em posição imparcial uma autoridade judiciária. **É por isto que cada vez que um juiz é movido por sentimentos de vingança, ou de parte, ou de defesa social, ou o Estado deixa espaço à justiça sumária dos particulares, pode-se dizer que o**

direito penal regrediu a um estado selvagem, anterior à formação da civilização (grifo nosso) (FERRAJOLI, p. 269. 2002).

Considerando que o Direito Administrativo Sancionador é um dos braços do poder punitivo estatal e também deve se submeter às garantias inerentes ao nosso sistema constitucional, é certo que a teoria do garantismo de Ferrajoli também pode ter lugar no âmbito da Improbidade Administrativa.

Tendo em mente a proporção que o combate a corrupção tomou no Brasil, a reforma da Lei de Improbidade, na forma como feita, pode parecer vir em contramão com os anseios da sociedade. Todavia, a urgência punitiva, não somente no âmbito penal, mas também administrativo, pode ser perigosa, cegar e levar ao caminho de arbítrios.

Portanto, uma visão da Lei de Improbidade sob uma perspectiva da teoria do garantismo, demonstra-se de grande relevância para a manutenção do nosso regime constitucional, e, nas palavras de Ferrajoli, evitar a regressão a um estado selvagem, anterior a formação da civilização.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em meio ao gradual aumento dos esforços de combate à corrupção no país, amadurecimento dos institutos, normas e órgãos relacionados ao controle da Administração Pública, percebe-se o surgimento do Direito Administrativo Sancionador como uma área cada vez mais relevante do estudo jurídico.

Assim, naturalmente, com o amadurecimento de uma área do direito, a lei, doutrina e jurisprudência também acompanham, muitas vezes passando por aceleradas modificações. Nesse processo, cabe aos aplicadores do direito entenderem os caminhos que estão surgindo, de forma a guiar a prática processual em conformidade com os princípios da nossa ordem constitucional.

Nesse contexto, a reforma da Lei de Improbidade Administrativa, apesar de ter acompanhado diversos entendimentos já existentes na doutrina, tem o potencial de alterar substancialmente a forma como o instituto é aplicado e entendido. Isto se dá pois, em grande parte, a reforma trouxe alterações que determinam aplicações de princípios e aumento de garantias aos acusados, o que pode ser visto por muitos como obstáculos à realização da “justiça” e à restituição do erário.

Contudo, são nesses momentos de mudanças que mais se deve ter em mente os pilares de um ordenamento jurídico, os princípios “núcleo” que o definem e servem de guia. No contexto de um Estado Democrático de Direito, e em qualquer ramo do Direito

Punitivo, os princípios da imparcialidade do julgador, da legalidade, tipicidade e culpabilidade são certamente bases fundamentais.

Ante o exposto, resta claro que a Lei 14.230/2021, ao trazer grandes alterações à LIA, trouxe consigo e reacendeu muitas discussões acerca da natureza jurídica da improbidade administrativa, dos princípios aplicáveis ao Direito Administrativo Sancionador e do papel dos órgãos de controle à corrupção. Contudo, mais do que isso, a reforma legal, apesar das críticas, possivelmente teve como sua maior virtude a aproximação com os postulados garantistas e o aumento da possibilidade de discussão da aplicação da teoria garantista penal em outros âmbitos do sistema punitivo estatal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BINENBOJM, Gustavo. Direito Administrativo Sancionador e o Estatuto Constitucional do Poder Punitivo Estatal: possibilidades, limites e aspectos controvertidos da regulamentação do setor de revenda de combustíveis. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**; Edição Especial, Risco e Segurança Jurídica, p. 468-491. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/revista-de-direito/2014-edicao-especial-administracao-publica-risco-e-seguranca-juridica>.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão - Causas e alternativas** – 5. ed. – São Paulo. Editora Saraiva, 2017. E-book (Não paginado);

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei Nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa)**. Brasília, 1992;

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei Nº 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Brasília, 2021;

BRASIL. Congresso Nacional. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)**. Rio de Janeiro, 1942.

BRASIL. **Constituição da República**. Brasília: 1988;

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Lei de Improbidade Administrativa: a jurisprudência sobre a perda da função pública**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/02052021-Lei-de-Improbidade-Administrativa-a-jurisprudencia-sobre-a-perda-da-funcao-publica.aspx>. Acesso em 21/07/2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. – 33. ed. – Rio de Janeiro. Editora Forense, 2020. E-book (Não paginado)

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3ª Ed. Revista - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002;

FILHO, Marçal Justen. **Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021**. 1. ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2022. E-book (Não Paginado);

GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios de Direito Penal no Direito Administrativo: Breve estudo jurisprudencial a partir do princípio da insignificância. **Revista Fórum Administrativo – FA**. Ano 12, n. 134, abr. 2021.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Efetivação das condenações nas ações de responsabilização por improbidade administrativa**: manual e roteiro de atuação. 2. ed. – Brasília: Ministério Público Federal, 2019;

GONÇALVES, Benedito; GRILLO, Renato Cesar Guedes. Os princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador no regime democrático da Constituição de 1988. **REI - Revista Estudos Institucionais**, [S.l.], v. 7, n. 2, p. 467-478, ago. 2021. ISSN 2447-5467. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/636>>. Acesso em: 18 jul. 2022. doi:<https://doi.org/10.21783/rei.v7i2.636>.

GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. Princípios processuais no Direito Administrativo Sancionador: um estudo à luz das garantias constitucionais. **Revista Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 109. p.773 – 793. São Paulo, jan./dez. 2014;

HALPERN, Erick; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A retroatividade da lei mais benéfica no Direito Administrativo sancionador e a reforma da Lei de Improbidade pela Lei 14.230/2021**. Zênite Fácil, categoria Doutrina. 09 dez. 2021. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: 26/04/2022;

JÚNIOR, Luiz Manoel Gomes, ALMEIDA, Gregório Assegra de [et al.]. **Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira; GARCIA, Flávio. A principiologia no Direito Administrativo Sancionador. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**. Belo Horizonte, ano 11, n. 43, out. / dez. 2013;

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta, GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. **Revista Interesse Público. – IP**, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 83-126, mar./abr. 2020;

OSÓRIO, Fabio Medina. **Conceito de improbidade administrativa**. *JUS*, Belo Horizonte, ano 43, n. 26, p. 23-51, jan./jun. 2012;

OSÓRIO, Fabio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2006;

OSÓRIO, Fabio Medina. Natureza da Ação de Improbidade Administrativa. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**; Edição Especial, Risco e Segurança Jurídica, p. 455-460. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/revista-de-direito/2014-edicao-especial-administracao-publica-risco-e-seguranca-juridica>.

VALE, Luis Manoel Borges do; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Os impactos da reforma da Lei de Improbidade Administrativa na advocacia pública. **Revista Síntese: Direito Administrativo**, São Paulo, v. 17, n. 197, p. 29-49, maio 2022.

CONDIÇÕES DA AÇÃO, ELEMENTOS E INTERVENÇÃO DE TERCEIROS.

NEY COSTA ALCANTARA DE OLIVEIRA FILHO:

Advogado, pós graduado em Penal e Processo Penal pelo Enfase.

Resumo: Este artigo busca analisar as condições da ação, seus elementos, bem como a intervenção de terceiros, a fim de verificar as mudanças ocorridas com o advento do CPC/15.

Palavras-chave: Condições da Ação. Intervenção de Terceiros.

Sumário: Introdução. 1. Condições da ação; 2. Elementos da Ação; 3. Intervenção de Terceiros; 4. Conclusão.

Introdução

Atualmente a judicialização em massa vem ganhando força. Um dos objetivos da Constituição Federal é a de garantir o acesso à justiça, garantindo aos menos necessitados o direito e bater as portas do judiciário a fim de ter seu direito analisado e garantido.

Com a maciça judicialização, o Código de Processo Civil, trouxe condições da ação, a fim de conseguir, com requisitos objetivos, controlar este acesso, fixando condições necessárias para que a parte bata as portas do judiciário. Além disso, trouxe hipóteses em que terceiros, participam de forma ativa de processos judiciais alheios, a fim de garantir seu direito constitucional à defesa, quando decisões judiciais, possam influir em suas relações.

1. Condições da ação

Quando se trata do tema condições da ação, na verdade estar-se-á falando de requisitos básicos a ser preenchidos pelo autor na petição inicial, a fim de que seja analisado o mérito da ação.

O CPC/15 trouxe como um de seus princípios basilares a primazia da análise do mérito, visando assim, garantir que o autor e o réu, consigam ter uma decisão concreta acerca da situação em julgamento, evitando-se novas ações, acerca do mesmo tema, por vícios meramente formais.

O art. 321 do Código de Processo Civil, trás que quando o Magistrado verifique que a peça inicial não preenche os requisitos, capazes de dificultar o julgamento do mérito, deve-se ser concedido o prazo de 15 (quinze) dias para que tal vicio seja sanado, devendo

o Magistrado indicar de forma precisa quais os itens devem ser corrigidos, em atenção ao princípio da cooperação, conforme abaixo transcrito:

Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.

Exercitado o direito de ação, espera-se a prolação da sentença de mérito, uma vez observados os princípios e as normas processuais, e oportunizado ao réu o direito de apresentar a sua defesa, acolhendo ou rejeitando-se as pretensões aduzidas pelo autor na peça inicial.

Contudo, para que isto se confirme, é necessário o preenchimento de requisitos mínimos, atinentes à própria validade da ação, sem os quais seria impossível aprofundar na análise do direito sustentado pelas partes em litígio.

A Constituição Federal condicionou o exercício da função jurisdicional à observância de regras mínimas, que garantam, quando presentes, a prolação de uma sentença de mérito.

A ausência de qualquer deles, ao revés, origina a extinção do processo sem a resolução do mérito, produzindo apenas coisa julgada formal, pois o juiz não consegue chegar a questão material de direito, admitindo a propositura de nova demanda assentada nos mesmos elementos da ação, desde que o problema que determinou a extinção do primeiro dos processos seja afastada.

As condições da ação no CPC 1973 eram as seguintes:

- a) Legitimidade das partes
- b) Possibilidade jurídica do pedido
- c) Interesse de agir

A legitimidade das partes, como condição da ação, pode ser encontrada do art. 18º do CPC, no qual afirma que ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei. Portanto, este dispositivo garante que a pretensão seja apresentada por e contra as pessoas que se encontrem atadas ao direito material discutido.

Exemplo de um caso em que se visa a legitimidade das partes se encontra quando num contrato de seguro de vida, mediante o qual o segurado contratou determinada cobertura com a seguradora para a hipótese do seu falecimento, estipulando um terceiro,

de forma expressa, como beneficiário, do capital avençado. Na hipótese do falecimento do segurado, ou contratante, confere-se legitimidade ao beneficiário para a propositura da ação judicial correspondente se a seguradora negar-se a pagar a indenização de forma voluntária. Portanto nota-se que a legitimidade engloba as duas partes na ação, réu e autor, só podendo, neste caso, acionar judicialmente o segurado ou o beneficiário em caso de morte, e também só responderá por ela o segurador.

A legitimação, portanto pode ter duas espécies:

- a) Legitimação ordinária; apresenta-se quando o direito material é trazido pelo seu titular de direito, ou seja, a pessoa que se encontra ligada a esse direito.
- b) Legitimação extraordinária; o autor do processo não defende direito particularizado seu, mas interesses ou direitos difusos; interesses ou direitos coletivos; ou interesses ou direitos individuais homogêneos.

A possibilidade jurídica do pedido diz respeito ao fato de o pedido se encontrar previsto no ordenamento jurídico, portanto, a pretensão de condenação do réu ao pagamento de dívida de jogo, a pretensão de reconhecimento do domínio quando em curso ação possessória, e a propositura de ação de execução comum contra a Fazenda Pública.

Ocorre que, com o advento do CPC/2015, o art. 17 trouxe de forma expressa que os requisitos necessários para postular em juízo seriam o interesse e a legitimidade. Quanto a possibilidade jurídica do pedido, o tema deve ser tratado como mérito, devendo ter força de coisa julgada material, garantindo assim segurança jurídica.

Sabe-se que atualmente o Superior de Justiça adota a teoria da asserção para se verificar as condições da ação, devendo o Magistrado ao receber a petição inicial, tratar como corretas as alegações trazidas, devendo realizar uma análise mais profunda a título meritório.

As consequências de indeferimento da Petição inicial, quando feita por inépcia, são a extinção do processo sem resolução do mérito, quando o réu já tiver sido citado; a possibilidade de a matéria ser reconhecida em qualquer tempo e grau de jurisdição. Essas consequências se aplicam a inexistência das condições da ação.

O interesse de agir é consagrado pela doutrina como a relação entre o binômio *necessidade + utilidade*, devendo o autor demonstrar, no momento da propositura da ação, que necessita do exercício da função jurisdicional como única forma de solucionar interesses anunciado ou já estabelecido.

A necessidade é da ação e, conseqüentemente, do processo, e não impositivamente do direito material em disputa (interesse substancial), considerando o fato de a ação se qualificar como direito abstrato, não atado, necessariamente, ao direito material que lhe dá origem.

O interesse deve se fazer presente, e permanecer latente, durante toda a tramitação do processo, até a prolação da sentença de mérito. Num outro dizer deve ser atual. Se estiver presente no momento da formação do processo, vindo a desaparecer durante o seu curso, haverá perda superveniente do interesse, gerando a extinção do processo sem resolução do mérito.

2. Elementos da Ação

A relevância da identificação dos elementos da ação reside na possibilidade de identificação também de eventual igualdade entre causas propostas simultaneamente em juízo (litispendência) ou já julgadas pelo mérito (coisa julgada), além do estudo dos fenômenos da conexão, litispendência e prevenção.

a) Partes: São aqueles que participam da relação jurídica processual contraditória, desenvolvida perante o juiz.

- I. o autor é o que deduz a pretensão em juízo;
- II. o réu é o que resiste à pretensão.

b) Causa de pedir: É o fato jurídico que o autor coloca como fundamento de sua demanda.

O art. 319, III, estabelece como requisitos da petição inicial "o fato e os fundamentos jurídicos do pedido".

A causa de pedir é constituída do elemento fático e da qualificação jurídica que dele decorre. A qualificação jurídica que o autor faz dos fatos é o significado jurídico dado pelo autor, a respeito dos fatos descritos que irão justificar o pedido (mediato e imediato).

O fato (p. ex. acidente) é a causa de pedir remota. O decorrente direito que advém do fato (direito de indenização) é a consequência jurídica do fato, chamada de causar de pedir próxima.

Não se deve *confundir fundamento jurídico com fundamento legal*; este é a indicação do dispositivo legal, cuja referência não é exigida pelo Código, pois compete ao juiz formular o enquadramento legal da hipótese apresentada (o juiz conhece do direito).

c) Do pedido (art. 322 do CPC): É a providência que se busca através da tutela jurisdicional.

Pode ser:

- I. Imediato: é o tipo de provimento pretendido: sentença condenatória, declaratória, constitutiva ou mesmo a providência executiva ou cautelar;
- II. Mediato: é o benefício; é o bem jurídico de direito material que se pretende seja tutelado pela sentença (bem material ou imaterial pretendido). É comum que o pedido imediato fique implícito. Ex. a entrega da coisa, a desocupação do imóvel, o pagamento etc.

O pedido principal pode ser:

- I. Simples - o principal e único;
- II. Complexos - são os que abrangem mais de uma pretensão.
- III. Os complexos subdividem-se em:
- IV. Cumulativos propriamente ditos: são aqueles que há uma soma de pretensões; um ou outro pode ser concedido autonomamente.
- V. Subsidiário: quando o autor formula um principal, pedindo que o juiz conheça de um posterior em não podendo acolher o anterior. Assim, por exemplo, nos casos de obrigação de fazer ou não fazer, o pedido principal é o da prática do ato ou abstenção de fato, mas, se não obtiver a conduta desejada, pede-se a prática por terceiro se a obrigação é fungível ou a conversão em perdas e danos se a obrigação é infungível;
- VI. Sucessivos: o Código denomina o subsidiário de sucessivo. Porém, entende-se, como sucessivo o pedido que é feito cumulativamente com um primeiro, e que só pode ser concedido se este for. Ex.: pedido de rescisão contratual cumulado com reintegração de posse.
- VII. Alternativos: quando, pela natureza da obrigação, o devedor puder cumprir a prestação de mais de um modo. Só se cumprirá ou um ou outro. Não tem ordem de procedência, se executa só um deles, está ligada a natureza da pretensão material.

De regra, o pedido fornecido na inicial é imutável, podendo ser modificado pelo autor, somente até a citação do réu e, após esta, apenas com o consentimento do demandado, sendo proibida alteração após o saneamento do processo - art. 264, § único.

Cumulação de pedidos: é permitida desde que os pedidos sejam compatíveis entre si, que o juiz seja competente para julgar os pedidos e que seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento. (artigo 329 do CPC).

Opção do procedimento: havendo um tipo de procedimento para cada pedido o Autor deverá empregar o procedimento ordinário.

3. A intervenção de terceiros

A intervenção de terceiros consiste em pessoas que se encontram fora da relação jurídica em relação à lide, mas possuem uma relação jurídica, mesmo que externa ao processo, entre um terceiro e a parte, de modo que a sentença que se proferir poderá influenciar nessa relação jurídica externa (ora modificando, ora constituindo, declarando ou extinguindo direitos) entre terceiros e a parte em lide. Afirma o ilustre mestre MOACYR AMARAL que "terceiras pessoas podem, pois, em razão do interesse que tenham na causa entre duas outras, nela intervir. Não são essas terceiras pessoas sujeitos da relação jurídica deduzida em juízo pelas partes, mas de relação jurídica outra que àquela que se prende, de modo que a decisão de uma influirá sobre a outra. Também não são essas terceiras pessoas partes na relação processual originária, na qual intervêm por *provocação* de uma delas, em certos casos, e, noutros, *voluntariamente*."

Nota-se que a intervenção de terceiros, pode ocorrer de duas formas, por provocação do terceiro pela parte em litígio, chamada também de intervenção provocada ou coacta, e temos a intervenção voluntária, ou espontânea.

Será objeto de pesquisa, portanto:

1. A denúncia da lide
2. Chamamento ao processo
3. Da assistência

O CPC/73, tratava acerca da nomeação à autoria, o qual deixou de existir com o advento do CPC/15, tratava-se de um procedimento para correção do pólo passivo da relação processual. O código do processo civil/ 73, disciplinava duas figuras de nomeação a autoria: uma espelhada do modelo clássico, outra desse modelo extraída por analogia.

Art.62-Aquele que detiver a coisa em nome alheio, sendo-lhe demandada em nome próprio, devera nomear a autoria do proprietário ou o possuidor.

Nesse caso a nomeação autoria, de origem romana, seria o ato pelo qual o possuidor ou detentor da coisa demandada nomeia ao autor o proprietário ou o possuidor indireto da mesma, afim de afastar de si as consequências da demanda.

Art.63-Aplica-se também o disposto no artigo antecedente à ação de indenização, intentada pelo proprietário ou pelo titular de um direito sobre a coisa, toda vez que a responsável pelos prejuízos alegar que praticou o ato por ordem, ou em cumprimento de instruções de terceiro.

Vê-se, portanto o modelo de nomeação a autoria extraída por analogia, e atendendo as razões de ordem prática, o legislador instituiu a nomeação autoria em benefício daquele contra quem o proprietário ou titular de um direito sobre a coisa, propõe ação de indenização por prejuízos sofridos pela mesma. Em ambos os casos o réu deveria nomear à autoria, o proprietário, ou o possuidor, pois a nomeação autoria é ato exclusivo do réu, que por meio desta, visa a livrar-se da demanda que lhe foi intentada

A denunciação da lide é o ato pelo qual o autor ou o réu chamam a juízo terceira pessoa, que seja garante do seu direito, a fim de resguardá-lo no caso de ser vencido na demanda em que se encontra. Trata-se de ato obrigatório, no sentido de que a parte, na relação processual, perdera o direito de regresso contra aquele que é o garante do seu direito discutido em juízo, se não tiver feito a denúncia a este e porventura for vencida.

Os casos de denunciação da lide podem ser observados no art.125 do CPC em seus incisos:

- i. Ao alienante, na ação em que terceiro reivindica coisa, cujo domínio foi transferido à parte, afim de que esta possa exercer o direito que da evicção e resulta.
- ii. Ao proprietário ou algo possuidor quando, por força de obrigação ao direito, em casos como o do usufrutuário do credor pignoratício do locatário, do réu, citado em nome próprio, exercera a posse direta da coisa demandada.
- iii. Àquele que estiver obrigado, pela lei, ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.

A parte, autor ou réu, que por lei ou contrato, o tem ação regressiva contra terceiros, para se ver indenizado do prejuízo tem ação regressiva contra terceiros, para se ver indenizada do prejuízo que vier a sofrer da demanda, deverá denunciar a lide a esse terceiro.

A parte que denuncia lide ao terceiro recebe nome técnico de denunciante ou litesdenunciante; o terceiro chamado para o processo tem o nome técnico de denunciado ou litesdenunciado. Denunciantes, portanto, são os sujeitos enquadrados nas ações nos incisos referidos acima, sendo o autor e o réu como denunciante nos incisos, I e III, e

somente o réu do inciso II. Denunciados são o alienante, o proprietário ou o possuidor indireto, ou o responsável pela indenização.

O chamamento ao processo é o ato pelo qual o réu, citado como devedor, chama o processo o devedor principal, ou os co-responsáveis, ou coobrigados ou solidários para vir responder pelas suas respectivas obrigações.

Sua finalidade primeira é alargar o campo de defesa dos fiadores e dos devedores solidários, possibilitando-lhes, diretamente no processo em que um algum deles forem demandados, chamar o responsável principal, o os co-responsáveis ou co-obrigados, a virem responder pelas suas respectivas obrigações. Em segundo lugar reside sua finalidade em fazer atuar o princípio da economia processual, permitindo que no mesmo processo se acumulem a ação proposta com a ação ou as ações regressivas que o réu teria contra os co-responsáveis ou coobrigados.

É admissível o chamamento ao processo:

- i. Do devedor, na ação em que o fiador for réu;
- ii. Do outros fiadores, quando para a ação for citada um deles;
- iii. De todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um, ou de alguns deles, parcial, ou totalmente, a dívida comum.

A sentença que julgar procedente a ação, condenando os devedores, valera como título executivo, em favor em que satisfazer a dívida, para exigi-la, por inteiro, do devedor principal ou de cada um dos co-devedores a sua cota, na proporção que lhes tocar.

A assistência é uma forma de intervenção espontânea que ocorre com o ingresso do terceiro na relação processual já existente. Suas regras estão disciplinadas nos artigos 119 ao 124 do Código de Processo Civil. A doutrina, na vigência do CPC/73, entendia que a assistência nas modalidades de intervenção de terceiros apesar de o Código de Processo Civil vigente à época tratar separadamente. Atualmente, o CPC/15, pôs fim a discussão, trazendo a assistência dentro do título III, dentro da intervenção de terceiros.

A doutrina classifica a assistências em duas espécies: simples, ou adesiva e a litisconsorcial ou autônoma, as quais serão examinadas adiante.

O assistente, ao intervir no processo, não formula pedido em prol de direito próprio, de modo que se torna sujeito no processo e não parte. Atua com a finalidade de auxiliar o assistido tendo em vista ter interesse em que a sentença seja favorável ao litigante a quem assiste. Segundo Liebman, o terceiro "não se torna parte; não se converte em litisconsorte; sua relação jurídica não é deduzida em juízo e a sentença não pode decidi-la nem conter disposições que lhes sejam diretamente pertinentes (exceto quanto às custas da intervenção); ele pode, contudo, como terceiro, e permanecendo nesse caráter, defender a

posição da parte assistida, mesmo em contradição, se necessário, com a conduta que esta assume no processo" ^[04]. A última hipótese somente se aplica ao assistente litisconsorcial.

Assim, conforme dispõe o artigo 119 do Código de Processo Civil, a assistência ocorre quando o terceiro, com interesse jurídico em que a sentença seja favorável à parte por ele assistida, intervém no processo.

A assistência pode se dar a qualquer tempo e grau de jurisdição, recebendo o processo no estado em que se encontra.

O assistente age como auxiliar da parte, exercendo os mesmos poderes, podendo produzir provas e praticar atos processuais desde que sejam benéficos ao assistido. Também estará sujeito aos mesmos ônus processuais. Entretanto, lhe é vedado formular pedido próprio, ou reconvir, alterar, restringir ou ampliar o objeto da causa, recorrer, quando o assistido haja desistido do recurso ou a ele renunciado, impugnar perito aceito pelo assistido ou testemunha por este apresentada etc.

Por outro lado, *ex vi* artigo 122 do CPC, o assistente encontra-se subordinado ao assistido que poderá reconhecer a procedência do pedido, desistir da ação ou transigir sobre direitos controvertidos.

Sendo o assistido revel, o assistente atuará como gestor de negócios, atuando com maior liberdade no processo, podendo formular pedido, reconvir, sempre em benefício do assistido. Mas não poderá praticar atos relativos à disposição de direitos, como confessar, reconhecer pedido ou transigir.

Como regra, a coisa julgada não atinge o assistente simples, pois a lide discutida não lhe pertence. Vincula-se aos efeitos da imutabilidade da justiça da decisão, isto é, o assistente não poderá discutir os fundamentos de fato e de direito em que se assentou aquela decisão em outro processo que venha a ser autor ou réu. Entretanto, o artigo 123 do CPC traz algumas exceções. O assistente não estará vinculado à justiça da decisão se alegar e provar que, pelo estado em que recebera o processo, ou pelas declarações e atos do assistido, fora impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença ou desconhecia a existência de alegações ou de provas, de que o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu.

A assistência litisconsorcial ou autônoma ocorre sempre que o terceiro for titular de uma relação jurídica idêntica ou dependente da deduzida em juízo que será atingida diretamente pela sentença. É o caso daquele que poderia ter sido litisconsórcio facultativo, mas não o foi, tendo sido deixado fora da relação processual.

Diversamente da assistência simples, na assistência litisconsorcial são extraídos do artigo 124 do CPC dois requisitos necessários para a sua formação: a) relação jurídica entre o interveniente e a parte contrária ao assistido; b) essa relação ser normatizada pela sentença, isto é, faz coisa julgada material.

Seus poderes são de verdadeiro litisconsorte, podendo agir com total independência e autonomia relativamente à parte assistida. Em consonância com o art. 48 do CPC, o assistente não se subordina aos atos do assistido, atuando como parte distinta deste em suas relações com a parte adversa. Os atos e omissões do assistido não prejudicarão nem beneficiarão o assistente bem como os atos e omissões deste não influirão naquele.

4. Conclusão.

Conforme analisado, o CPC/15 buscou de forma coordenada, garantir a facilitação de acesso à justiça, garantindo apenas que sejam respeitadas algumas condições da ação, quais sejam: Legitimidade e Interesse. Com a possibilidade jurídica vindo a ser tratada no mérito, o legislador buscou trazer segurança jurídica, vez que, a ausência de condições da ação, apenas faz coisa julgada formal, impedindo a análise do tema no mesmo processo, não impedindo que novas demandas semelhantes sejam ajuizadas pelas partes.

Ademais, ao trazer a possibilidade de terceiros intervirem em ações judiciais, o legislador garante que as decisões judiciais busquem cada vez mais elementos a fim de garantir uma sentença judicial de mérito em conformidade com a realidade fática.

Referências bibliográficas

AMARAL SANTOS, Moacyr. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil - vol. 1; **Editora:** Saraiva;

GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro - vol. 1; **Editora:** Saraiva;

MONTENEGRO FILHO, Misael. Curso de Direito Processual Civil - Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento; Editora: Atlas S. A.

DO DESCUMPRIMENTO DO DEVER OBJETIVO DE CUIDADO NAS RELAÇÕES FAMILIARES

ANA CRISTINA OLIVEIRA DE MELLO:

Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialização em Direito Civil pela Universidade Anhangueira – UNIDERP. Servidora Pública do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

ISOLDA DE PONTES PRADO⁹⁵

(coautora)

RESUMO: O presente artigo pretende discorrer acerca do descumprimento do “dever de cuidado” no âmbito do direito de família. Analisa o cabimento da indenização pecuniária por danos morais em situações de abandono afetivo dos filhos por parte dos pais, e almeja analisar as formas de tutela das situações de abandono, com ênfase na teoria da responsabilidade civil e nos princípios constitucionais da solidariedade, da dignidade da pessoa humana e no princípio da afetividade.

PALAVRAS CHAVE: DEVER DE CUIDAR; DANOS MORAIS; RESPONSABILIDADE CIVIL.

INTRODUÇÃO

As relações objeto de estudo do direito de família são complexas e formadas por um entrelace de fatores que as tornam únicas, demandando uma abordagem delicada, a fim de que eventuais lides sejam pacificadas observando-se os princípios basilares do direito de família, centrados na dignidade da pessoa humana.

A família é o local onde o indivíduo encontra refúgio para sua sobrevivência, e é no seu seio que se desenvolve, molda sua personalidade e inicia a sua integração no meio social,

⁹⁵ Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, com colação de grau em 09/10/2013, especialização em Direito Constitucional pela Universidade Anhangueira – UNIDERP, concluída em 30/11/2016, Servidora Pública do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco desde 28/05/2012.

Inegável é a importância do núcleo familiar, destacada em diversos dispositivos legais, como no art. 19 do capítulo III do Estatuto da Criança e Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990) que trata do direito à convivência familiar e comunitária⁹⁶.

E mais, de acordo com os princípios constitucionais norteadores do direito de família, a base da família deve ser fundada na dignidade da pessoa humana e no princípio da solidariedade. Desta forma, o papel dos pais não pode se restringir ao aspecto material.

Tão importante quanto tal aspecto é o apoio emocional, psicológico, moral, o amparo subjetivo aos filhos e a consequente contribuição para a sua formação.

A família é, na lição de Paulo Lôbo, o local de “realização dos afetos”, devendo os pais exercerem seu papel de suporte, para que possam os filhos se realizarem em completude, restando óbvio o dever de cuidar dos pais em relação aos filhos.

No mesmo sentido se manifesta Maria Celina Bodin de Moraes, definindo a família como “o espaço privilegiado de realização pessoal dos que a compõem”⁹⁷.

O presente artigo se propõe a estudar as relações familiares, sobremaneira aquelas conturbadas, marcadas pelo descumprimento do dever de cuidar pelos pais, acarretando danos seríssimos aos filhos. Destaque-se, por oportuno, que todo indivíduo é sujeito de direito, gozando de uma extensa gama de direitos fundamentais, entre eles o de não ser abandonado nem negligenciado.

Apesar de constatação tão clara, a responsabilização dos pais por descumprimento do dever de cuidar ainda é assunto que acarreta divergências doutrinárias e jurisprudenciais, sendo de relevância o estudo dos fatores favoráveis e contrários a cada tese.

De início, destaca-se que o dever de cuidar tem natureza objetiva, e se desprende do afeto. Não resta dúvida que o afeto, o amor, o desejo, a preocupação com o outro são fatores espontâneos e não podem ser impostos a indivíduo algum, entretanto o Direito pode sim impor que os indivíduos ajam com responsabilidade, cumprindo os preceitos constitucionais com a sua prole. O professor Álvaro Villaça Azevedo considera que

“o descaso entre pais e filhos é algo que merece punição, é abandono moral grave, que precisa merecer severa atuação do Poder Judiciário,

⁹⁶ Art 19 – Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

⁹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da solidariedade. In MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p 248-9.

para que se preserve não o amor ou a obrigação de amar, o que seria impossível, mas a responsabilidade ante o descumprimento do dever de cuidar, que causa o trauma moral da rejeição e da indiferença"⁹⁸.

O dever de cuidar pode ser cumprido com afeto por parte dos pais, o que é a situação ótima, entretanto também pode ser cumprido sem o afeto. A inexistência do afeto, por qualquer fator que seja, não exige os pais do dever de cuidar de seus filhos, auxiliando na realização de sua personalidade, sempre levando em conta o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

É de suma importância a análise das sanções expressamente previstas no Ordenamento Jurídico brasileiro pelo descumprimento de obrigações de fazer, com uma análise do projeto de lei 700/2007, apelidado de "Lei Crivella", remetido à Câmara dos Deputados em 06/10/2015, e que almeja modificar a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, tratando de forma expressa acerca do descumprimento do dever de cuidar, trazendo como sanções, além do dever de indenizar, a possibilidade de destituição do poder familiar, e até prisão pelo período máximo de seis meses,. Até que ponto seriam essas medidas realmente efetivas?

Necessário também ressaltar a importância da instrução e dilação probatória nos processos envolvendo descumprimento do dever de cuidar.

É certo que não se pode transformar o Judiciário em um instrumento de vingança pessoal, que, disfarçado sob o manto da necessidade de punir a falta de assistência moral ao filho, na verdade realiza tão-somente o desejo maléfico de causar aborrecimento e perda patrimonial a outrem.

No cenário atual observamos cada vez mais núcleos familiares diversos do tradicional "pais e filho", como nos casos de pais divorciados, situação típica na qual o filho fica na guarda de um dos genitores, detendo o outro genitor o direito de visita.

Ocorre que muito mais que um direito ao genitor não-guardião, a visita, convívio e afeto é um direito-necessidade do filho(a), que necessita do referencial de ambos os genitores na construção de sua personalidade. Desta forma, a ausência destes na vida da prole gera um forte desconforto, além de abalo psíquico e moral, podendo gerar responsabilização por danos morais, o que será adiante demonstrado.

⁹⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Jornal do Advogado**. São Paulo: OAB, nº 289, 2004, p.14.

DESENVOLVIMENTO

No âmbito do direito de família são enfrentadas as mais diversas questões conflituosas. É ramo do Direito que se caracteriza pelo subjetivismo e pela peculiaridade de suas relações.

Dessa forma, a hermenêutica aplicada às relações de família deve compreender tanto os elementos jurídicos quanto todos os demais elementos que integram a realidade enfrentada, sob pena de uma prestação jurisdicional incompleta e muitas vezes distante do conflito que se pretendia solucionar.

Ora, é tarefa árdua abranger o sem número de possibilidades conflituosas e soluções devidas em um texto normativo pré-estabelecido, fazendo exsurgir a importância de uma interpretação extensiva e abrangente, no sentido de se tutelar as questões apresentadas, sempre com respeito aos princípios constitucionais basilares do direito de família, entre eles o da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e do melhor interesse da criança e do adolescente.

Tal problemática se destaca quando nos deparamos com lides envolvendo questões de descumprimento do dever de cuidar. Como valorar o dano sofrido pelo filho negligenciado pelo pai? Uma eventual indenização efetivamente repara o dano? Existiriam soluções alternativas para solução de tais lides?

Observamos um aumento no número de lides envolvendo o descumprimento do dever de cuidar, e é crescente a quantidade de decisões que aplicam a Teoria da Responsabilidade Civil na resolução das controvérsias envolvendo relações familiares.

Malgrado parte da doutrina defenda a existência da Responsabilidade Civil no Direito de Família, esta não se encaixa perfeitamente nas modalidades de Responsabilidade Civil enumeradas pelas classificações doutrinárias clássicas, a saber: Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual, conforme o direito violado tenha origem em relação contratual pré-existente entre as partes ou tenha natureza de direito absoluto.⁹⁹

Dessa forma, de acordo com tal entendimento, a Responsabilidade Civil Familiar deve ser considerada um terceiro gênero de responsabilidade. Nessa perspectiva, cabe aos advogados, magistrados e doutrinadores desenvolverem critérios específicos para tutelar

⁹⁹ ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de . Ensaio introdutório sobre a teoria da responsabilidade civil familiar. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT, Marcos; OLIVEIRA, Catarina.. (Org.). **Famílias no direito contemporâneo**: estudos em homenagem ao Prof. Paulo Luiz Netto Lôbo. Salvador: JusPodium., 2010, v. 1, p. 402.

as situações que envolvam danos causados em relações de família, desenvolvendo-se, conseqüentemente, uma teoria própria da Responsabilidade Civil Familiar.

Em casos conflituosos envolvendo o “descumprimento do dever de cuidado”, o dano causado à prole é decorrente do “direito ao pai”¹⁰⁰, direito que o filho tem, constitucionalmente assegurado, de conviver com seus pais e ter apoio em seu sadio desenvolvimento psíquico e físico.

Ressalte-se que o exercício do poder familiar não é livre, mas sim plenamente cogente, de modo que o indivíduo a ele vinculado está juridicamente obrigado a desempenhar todos os encargos a ele inerentes¹⁰¹. Vale dizer que o genitor é responsável pelo desenvolvimento saudável da prole, não podendo furtar-se de seu dever, sob pena de ser responsabilizado civilmente pelo ato danoso.

A responsabilização civil por descumprimento do dever de cuidar só existirá quando cumpridos os requisitos para sua configuração, e, mais importante, quando efetivamente comprovado o dano causado. Ressalte-se que é primordial a existência de uma efetiva relação paterno-filial, com o conhecimento do genitor.

Eventual condenação ao pagamento de danos morais por descumprimento do dever de cuidar não deve ser entendida como “pagamento pelo abandono” ou “preço pelo amor paterno”, mas sim como última via para proteger os direitos de personalidade da prole.

Dessa forma, “apenas quando a lesão à personalidade não puder ser reparada por outra via é que deve a condenação em pecúnia ser utilizada, evitando-se a patrimonialização da relação familiar”¹⁰².

1. Dos princípios constitucionais ligados ao Direito de Família

É notória a constitucionalização do Direito Civil, sobremaneira com o advento da Constituição Federal de 1988. Tal fenômeno acarretou uma hermenêutica própria dos

¹⁰⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Se eu soubesse que ele era meu pai. **Direito Civil: estudos**. Belo Horizonte, Del Rey, 2000, p 71.

¹⁰¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. In DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords). **Direito de Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p144.

¹⁰² ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Ensaio introdutório sobre a teoria da responsabilidade civil familiar. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT, Marcos; OLIVEIRA, Catarina. (Org.). **Famílias no direito contemporâneo: estudos em homenagem ao Prof. Paulo Luiz Netto Lôbo**. Salvador: JusPodium, 2010, v. 1, p. 420.

institutos de Direito de Família, sendo essencial o estudo dos princípios constitucionais atinentes ao tema.

Ademais, vale ressaltar a fundamentalidade dos princípios constitucionais, tendo estes posição hierarquicamente superior às outras normas, devendo se ajustar à realidade social, extremamente mutante nas relações ligadas ao Direito de Família.

Os princípios possuem natureza maleável, e são, na verdade, verdadeiros “instrumentos materializadores dos valores supremos intrínsecos à sociedade”¹⁰³ no contexto das relações familiares,

Nesse contexto, cabe a análise dos princípios constitucionais ligados ao tema “descumprimento do dever de cuidado”.

1.1. Do princípio da Convivência Familiar

O art. 227 da Constituição Federal consigna claramente os deveres da família, incluindo-se neste rol – exemplificativo-, o dever de assegurar às crianças, aos adolescentes e aos jovens o direito à cultura, ao lazer, à dignidade, ao respeito e **à convivência familiar**.

Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente em seus arts. 4º, caput, e 19 a 52, dispõe da mesma forma acerca da convivência familiar, configurando-se tais dispositivos em verdadeiras medidas protetivas à criança e ao adolescente.

E aqui vale ressaltar a inovação trazida com a inclusão, tanto na Constituição Federal de 1988 quanto na Lei n. 8.069/90, do direito à convivência familiar como um dos direitos fundamentais a serem assegurados a todas as crianças e adolescentes com absoluta prioridade. O dever de cuidado não se restringe ao custeio das atividades básicas para a sobrevivência de um indivíduo, vai muito além.

A convivência familiar “antes de ser um direito, é uma necessidade vital da criança, no mesmo patamar de importância do direito fundamental à vida”¹⁰⁴. Sabe-se que “durante toda a sua vida, é na família que o indivíduo encontra conforto e refúgio para sua

103 ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Os princípios constitucionais e sua aplicação nas relações jurídicas de família. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT, Marcos; OLIVEIRA, Catarina. (Org.). **Famílias no direito contemporâneo**: estudos em homenagem ao Prof. Paulo Luiz Netto Lobo. Salvador: JusPodium., 2010, v. 1, p. 31

104 COSTA, Tarcísio José Martins apud MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade In: MACIEL, Kátia (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. Editora Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2007, p 61

sobrevivência”¹⁰⁵ e “(...) a criança não cresce sadiamente sem a constituição de um vínculo afetivo estreito e verdadeiro com um adulto (...).”¹⁰⁶

O professor Paulo Lôbo define a convivência familiar como: “a relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum. [...]”¹⁰⁷. Ressalta ainda que o mais importante não é o espaço literalmente dividido, mas a vida em comum, as referências que se internalizam em cada um e que se mostram como base para a vida.

É certo que o ritmo de vida atualmente experimentado pelos brasileiros muitas vezes torna impossível a convivência no mesmo espaço físico e no mesmo lapso temporal entre todos os membros da família, o que não descaracteriza a preceituada “convivência familiar”, desde que seja preservada a “referência ao ambiente comum, tido como pertença de todos” ¹⁰⁸.

A lesão ao direito à convivência familiar surge quando, na verdade, são rompidos laços referenciais ao ambiente comum, ou quando tais laços nem sequer são construídos, por ato ou omissão deliberada dos pais.

O Princípio da Convivência Familiar embasa a tese do “Descumprimento do dever de cuidado” e também perpassa o exercício do poder familiar, na medida em que os filhos têm direito à convivência com o pai e com a mãe, mesmo que estejam separados, não podendo um dos genitores limitar o acesso da criança ou do adolescente ao outro, sob pena de negar-lhe direito basilar, sem o qual não se desenvolverá em plenitude.

1.2. Dos princípios da afetividade e da dignidade da pessoa humana

O professor Paulo Lôbo define a dignidade da pessoa humana como “o núcleo essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero

¹⁰⁵ SILVA, Cláudia Maria da. Indenização ao filho – descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho In: **Revista de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v 6, n 25, ago-set, 2004, p 1

¹⁰⁶ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri, SP: Manole, 2003, p.154.

¹⁰⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Civil - Famílias**. São Paulo: Saraiva, p 52.

¹⁰⁸ LÔBO, Paulo. **Direito Civil - Famílias**. São Paulo: Saraiva, p 52.

humano”¹⁰⁹, e continua: “impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade”¹¹⁰.

Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe a necessidade do respeito à existência do indivíduo em todas as relações sociais, e não deve ser diferente no âmbito familiar.

Insta ressaltar que tanto a Constituição Federal (art 227) quanto a legislação esparsa (ECA) consagram a dignidade da pessoa humana como valor maior a ser garantido pelo Estado e pelos indivíduos, sobremaneira pelo núcleo familiar.

Os pais devem garantir o desenvolvimento saudável de seus filhos, respeitando-os enquanto indivíduos, e garantindo a realização de seus afetos.

O afeto é a base das relações familiares. Podemos entender o princípio da afetividade como aquele que estabelece os laços familiares, sobrepondo-se aos laços patrimoniais ou biológicos.

Assim sendo, a afetividade é “dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles.”¹¹¹ A afetividade pode existir entre pais e filhos de forma espontânea, existindo verdadeiro sentimento que internaliza nos pais a necessidade de cuidar dos filhos, não se configurando esta em imposição. Entretanto, caso inexista tal sentimento, se impõe aos pais o dever de cuidar dos filhos, a fim de concretizar a solidariedade e a dignidade humana para a prole.

A Constituição Federal de 1988 valorizou o indivíduo e buscou garantir em seus dispositivos os direitos da personalidade. Nesse contexto, a família é o local primeiro onde experimentamos interações sociais, e é onde devemos iniciar o processo de realização dos afetos. Neste sentido

“A restauração da primazia da pessoa nas relações de família, na garantia de realização da sua afetividade e de sua dignidade, é a condição primeira de adequação à realidade. (...) A realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família da nossa época. Suas

¹⁰⁹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil - Famílias**. São Paulo: Saraiva, p 37.

¹¹⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil - Famílias**. São Paulo: Saraiva, p 37.

¹¹¹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil - Famílias**. São Paulo: Saraiva, p 48.

antigas funções econômica, política, religiosa e procracional feneceram, desapareceram ou desempenham papel secundário.”¹¹²

2. Da natureza objetiva do dever de cuidar

É certo que o conceito de família sofreu notória evolução em curto lapso temporal. Deixou-se, na atualidade, de entendê-la como uma relação de poder e domínio, na qual o patriarca era responsável pela manutenção do núcleo familiar e a mulher pela “criação” e educação dos filhos.

Ora, a família deve ser entendida como uma comunidade afetiva onde o carinho, a atenção e o respeito mútuo são os fatores essenciais, que agregam os indivíduos. A família é, como ensina o mestre Paulo Lôbo, o núcleo no qual os indivíduos “realizam os seus afetos”. É ela o ambiente no qual os indivíduos tem o primeiro contato social, aquele que serve de referência de valores na construção do ser.

A infância é o momento da formação da personalidade, e a intervenção tanto do pai quanto da mãe é de essencial importância neste processo.

Repise-se: a criança, **indivíduo em formação**, necessita do apoio dos pais para ter um referencial de agir, desenvolver posicionamentos negativos e afirmativos, ações para as quais o suporte meramente pecuniário não é suficiente.

O dever de custeio é objetivamente tutelado pelo Estado. Tanto o é que no trâmite regular de uma ação de alimentos, a prova da paternidade já torna certa a obrigação de prestar alimentos, num percentual que atenda o trinômio necessidade x possibilidade x adequação, conforme estabelecido no art. 1694, §1º do Código Civil. A necessidade do menor é presumida, e certa a obrigação de prestar alimentos, dentro das possibilidades financeiras e da adequação, daquele não-guardião.

Antes mesmo da formação do contraditório, ao juiz é permitido fixar alimentos provisórios, desde que requeridos pela parte autora, que deve comprovar a filiação com a parte ré.

O dever de prestar alimentos é facilmente constatado, pela simples prova documental, sem necessidade de dilação probatória. Uma vez provada a filiação, a criança ou o adolescente tem direito à percepção de verba alimentícia. Sua necessidade é, repise-se, presumida, independe de prova.

¹¹² LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese/Ibdfam, v 6, n 24, jun/jul, 2004, p 152-155.

E mais, ainda que o guardião detenha situação financeira satisfatória e possa arcar sozinho com todos os gastos do menor, ainda que não falte coisa alguma para manutenção deste, que seja completamente “desnecessária” a contribuição pecuniária do genitor não-guardião, ainda assim ele pode ser compelido judicialmente a prestar alimentos dentro de suas possibilidades, sob pena de ter seus bens penhorados ou até de ser decretada a sua prisão civil, na medida em que os pais tem a obrigação de, conjuntamente, sustentarem a prole.

Dessa forma não pairam dúvidas acerca do “dano” causado ao filho que, após a separação de seus pais não recebe prestação alimentícia por parte de algum dos genitores. Tal situação é expressamente regulada em diversos dispositivos legais e não se exige grande esforço hermenêutico para que sejam garantidos os interesses do menor. Ademais, o processo é célere e o procedimento simplificado, sendo certa a obrigação dos pais de prestar alimentos aos filhos.

É dever objetivo de todo aquele que tem filhos contribuir para o sustento destes, como forma de garantir o seu desenvolvimento saudável.

Por outro lado, sanções pelo descumprimento do dever de cuidar não são objetivamente tratadas pela legislação pátria, apesar de inferidas do ordenamento, com respeito aos princípios mais caros ao direito de família e aplicando-se a Teoria da Responsabilidade Civil.

Tal falta de sanções objetivas, combinada com o tradicionalismo de alguns magistrados, dificulta a solução das controvérsias envolvendo o descumprimento do dever de cuidar, e vem gerando divergências jurisprudenciais relevantes.

Poderíamos definir o dever de cuidado como a obrigação dos genitores de guarnecer a prole com instrumentos de afirmação enquanto pessoas e de garantir o seu desenvolvimento saudável, bem como conviver de forma efetiva, mesmo que não seja diariamente sob o mesmo teto, mas rotineiramente, de forma a criar laços afetivos firmes.

A paternidade traz consigo deveres inerentes ao seu exercício, que não se resumem ao mero auxílio pecuniário.

Dessa forma, o dever de cuidado deve ser encarado como dever objetivo, e o seu descumprimento pode acarretar responsabilização Civil. Não se pode rejeitar de forma ferrenha a possibilidade do ajuizamento de ação que busque reparação pecuniária em decorrência do descumprimento do dever de cuidado.

Nesse sentido

“a responsabilidade civil vem ganhando espaço no direito de família sob o razoável argumento de que a vedação da pretensão de ressarcimento conduziria ao absurdo de privilegiar o ofensor em detrimento da vítima. Se o exercício do poder familiar é impositivo e o genitor se furta a ele voluntariamente, abandonando o menor nos momentos mais essenciais de construção de sua personalidade, não há como vedar a priori a discussão sobre o dano moral.”¹¹³

Ora, os pais devem conviver com os filhos, devem garantir o desenvolvimento psíquico, moral e físico destes, bem como apresentarem-se como referencial de conduta.

Não devemos excluir os danos decorrentes das relações familiares do campo dos ilícitos civis em geral. O descumprimento das obrigações parentais às quais estão sujeitos os genitores deve ser compreendido como ilícito civil, ensejando indenização aos afetados pela conduta, seja ela comissiva ou omissiva.

Rolf Madaleno ressalta a ideia de que existe no ordenamento brasileiro a possibilidade dos pais serem condenados à reparação de danos aos filhos, quando, por exemplo, observa-se a frustração de visitas pelo cônjuge não guardião. Quando esta decorre da rejeição afetiva do progenitor não convivente, causa sofrimento ao descendente que se sente diminuído e menosprezado por quem tinha a missão legal e moral de promover o seu sadio desenvolvimento psíquico. O ofensor deve, sem qualquer sombra de dúvida, arcar com o ressarcimento financeiro pelo dano moral causado na estima do seu filho.

É certo que não existe restrição legal à aplicação das regras concernentes à Responsabilidade Civil no âmbito do direito de família, entretanto, há entendimento jurisprudencial no sentido de afastar sua aplicação, em decorrência de questões extremamente subjetivas que permeiam as relações familiares, o que tornaria complexa a tarefa de se determinar uma sanção objetiva aos “infratores”. Fala-se atualmente na polêmica “monetização do afeto” como óbice às condenações indenizatórias pelo descumprimento do dever de cuidado.

Deve-se concordar com o argumento de que resta impossível compelir alguém a amar seus filhos. O amor é sentimento subjetivo e desprendido de amarras. Ocorre que,

¹¹³ ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Ensaio introdutório sobre a teoria da responsabilidade civil familiar. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT, Marcos; OLIVEIRA, Catarina.. (Org.). **Famílias no direito contemporâneo**: estudos em homenagem ao Prof. Paulo Luiz Netto Lôbo. Salvador: JusPodium., 2010, v. 1, p. 400.

eventual condenação ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes do descumprimento do dever de cuidado por parte dos pais não almeja incutir no infrator sentimento algum, mas sim compeli-lo a respeitar os princípios constitucionais da convivência familiar, da afetividade e da solidariedade familiar, bem como coibir condutas semelhantes de outros indivíduos, para que não reine o sentimento de impunidade. Nesse sentido é o entendimento doutrinário:

"a indenização conferida nesse contexto não tem a finalidade de compelir o pai ao cumprimento de seus deveres, mas atende duas relevantes funções, além da compensatória: a punitiva e a dissuasória".¹¹⁴

"Não se trata, pois, de "dar preço ao amor" – como defendem os que resistem ao tema em foco -, tampouco de "compensar a dor" propriamente dita. Talvez o aspecto mais relevante seja alcançar a função punitiva e dissuasória da reparação dos danos, conscientizando o pai do gravame causado ao filho e sinalizando para ele, e outros que sua conduta deve ser cessada e evitada, por reprovável e grave."¹¹⁵

Dessa forma, afastar a possibilidade de condenação daqueles que violam o dever de cuidado devido aos seus filhos, se traduz em estímulo à impunidade, e o argumento utilizado de que a punição para tal fato se configura na "destituição do poder familiar", apenas alforria o sujeito que desampara um indivíduo, em desrespeito claro aos preceitos constitucionais. Deve o Judiciário fechar os olhos para tão graves lesões? É certo que não.

A solução desse impasse é possível, desde que façamos uma interpretação finalística dos dispositivos que regem a Responsabilidade Civil, combinados com os preceitos constitucionais e legais que protegem a criança e o adolescente.

O instituto da responsabilidade civil, para sua efetivação, exige a combinação de três elementos: a conduta ilícita, o dano, e o nexo causal entre a conduta e o dano.

A conduta ilícita se traduz na realização de um ato que seja contrário ao previsto pelo ordenamento jurídico, que no estudo em tela se configura no descumprimento dos deveres inerentes ao exercício do poder familiar.

114 Indenização por Abandono Afetivo, Luiz Felipe Brasil Santos, in **ADV - Seleções Jurídicas**, fevereiro de 2005

115 Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho, in **Revista Brasileira de Direito de Família**, Ano VI, nº 25 – Ago-Set 2004

Já o dano é a lesão suportada pela vítima, podendo ser moral ou material. É certo que o abandono dos pais, que caracteriza descumprimento do dever de cuidado, pode causar na criança e no adolescente danos de ordem moral. A ausência do devido suporte, convivência e afetividade aos filhos poderá acarretar danos aos indivíduos, influenciando de forma negativa o seu desenvolvimento psíquico e físico, o que deve ser verificado em cada caso.

O último pressuposto para a configuração da Responsabilidade Civil é o nexo causal, a relação entre a conduta ilícita e o dano sofrido pela vítima. Ou seja, o dano deve ser decorrência da conduta, esta deve ser a causa necessariamente determinante para a ocorrência do dano.

O dano e o nexo causal devem ser constatados no caso concreto, com a devida diligência. E estando presentes tais pressupostos, deverá então ser determinada a devida reparação civil à vítima.

Ademais, dispõe o ordenamento jurídico brasileiro que aquele que violar direito ou causar dano a alguém, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, conforme disposição do artigo 186 do Código Civil.

Sem dúvidas a conduta do pai que descumpra os deveres inerentes ao poder familiar, causando lesões muitas vezes permanentes na prole, é ato ilícito.

Ora, o artigo 927 do Código Civil dispõe que o dano causado a alguém por cometimento de ato Ilícito deve ser reparado.

Dessa forma, o ato ilícito que impede o desenvolvimento pleno da personalidade da pessoa humana quando causado por ação ou omissão voluntária, se enquadra no disposto no artigo 186 do Código Civil e deve ser reparado, ainda que esse dano seja exclusivamente moral.

O pai que deixa de garantir ao filho a convivência familiar constitucionalmente preceituada por negligência ou qualquer outro motivo, acarreta um vazio no desenvolvimento sócio-afetivo, moral e psicológico de sua prole, devendo ser compelido à reparação dos danos causados, ainda que estes sejam de natureza exclusivamente moral.

Pode-se argumentar que, nesses casos, a indenização pecuniária não repara o dano, que este seria, na verdade "irreparável". Ocorre que, conforme já argumentado, tal entendimento coroa a impunidade, e estimula "pais irresponsáveis" a descumprirem suas obrigações e tão-somente prestar alimentos, contribuindo para a formação de um sem-número de indivíduos lesados em seu direito fundamental à convivência familiar. Repise-

se: o exercício do poder familiar é cogente, vincula os indivíduos a desempenhar todos os encargos a ele inerentes¹¹⁶.

Nas situações de descumprimento do dever de cuidado por parte dos pais em relação aos filhos se está analisando comportamentos objetivamente aferíveis pelos magistrados. Pode-se constatar, com o auxílio de todo um conjunto probatório, se os pais estão ou não convivendo com seus filhos, cuidando destes, sendo parte efetiva em suas vidas. Se, na verdade, se furtam de seus deveres, devem responder pelo dano causado, devem compensar a violação injusta aos direitos de seus filhos. De acordo com as circunstâncias de cada caso podem ser responsabilizados com fulcro nos dispositivos que regulam a responsabilidade civil.

Outra não poderia ser a conduta dos tribunais pátrios, sob pena de fecharem os olhos diante de lesões gravíssimas aos princípios mais caros à coletividade, como o princípio da dignidade humana, da solidariedade familiar, da afetividade e da convivência familiar, tão importantes nas relações atinentes ao Direito de Família.

3. Da necessidade de estudo do caso concreto

Superada a questão acerca do papel da família atual, enquanto local de realização plena dos indivíduos, em consonância com os princípios constitucionais do Direito de Família, e ressaltada a importância dos pais neste processo, bem como a natureza objetiva do dever de cuidado, resta-nos discorrer acerca da importância do estudo casuístico para eventual condenação ao pagamento de indenização por danos morais em decorrência do descumprimento do dever de cuidado nas relações paterno-filiais.

É certo que o indivíduo que não tem a presença de seus pais em sua vida carrega fardo que poderá influenciar de forma permanente seus atos.

Entretanto, para fins de cabimento da responsabilização civil dos pais decorrente do descumprimento dos deveres inerentes ao exercício do poder familiar, entre eles o dever de cuidado, devem ser detidamente analisados o contexto e a(s) conduta(s) (ou omissões) perpetradas.

Ora, o judiciário não deve cancelar a vingança pessoal, mas buscar sempre realizar a justiça e garantir o respeito às normas e aos preceitos constitucionais.

Dessa forma, durante a instrução de uma ação de responsabilização civil por descumprimento do dever de cuidado, com pedido de indenização, deve ser comprovada

¹¹⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. In DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords). **Direito de Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 144.

a conduta do pai que negligenciou o filho(a) de forma a lesionar seus direitos de personalidade.

Não basta a simples alegação da distância entre as partes, mas deve ser comprovada a intenção do infrator de “abandonar” o filho, e o conseqüente desrespeito aos princípios supracitados.

Eventualmente, tal distanciamento pode ter ocorrido por fatores diversos, que se não atribuídos ao provável infrator, não acarretarão sua responsabilização civil.

Se no conjunto probatório dos autos restar comprovado que o distanciamento se deu, por exemplo, por conta da guardiã, que perpetrava atos de alienação parental, tendo o pai tentado exaustivamente o contato com o filho, se o comprovar robustamente que não sabia o seu paradeiro, por exemplo, poderá ser afastada a sua responsabilização civil.

O que aqui se quer dizer é que a instrução nesse tipo de ação deve ser farta, de forma a se evitar o cometimento de injustiças. Como já exposto, os pais estão obrigados ao dever de afetividade, convivência familiar, solidariedade familiar, que não se confundem, por sua vez, com o afeto, conceito subjetivo e de difícil qualificação.

Se o pai, após um divórcio no qual a guarda unilateral é concedida à mãe, cumpre com seu dever de prestar alimentos, cumpre com o dever de visita, está presente na vida do filho, mesmo que não seja diariamente, não poderá ser responsabilizado sob a alegação do filho de que, por exemplo, não o faz satisfatoriamente, não o faz com afeto suficiente ou que eventual nova prole do pai é mais abastada que ele.

É certo que o direito não pode impor afeto, não pode impor amor, conceitos, repese-se, essencialmente subjetivos.

Cada indivíduo apresenta conduta única, e o que pode se tutelado pelo direito, no âmbito dos deveres inerentes ao exercício do poder familiar, é o cumprimento de seus preceitos, objetivamente encarados.

Tal problemática deve ser encarada com muita dedicação pelos tribunais pátrios, no sentido de distinguir condutas que objetivamente lesam direitos de personalidade dos filhos e se caracterizam como descumprimento dos deveres parentais, daquelas que se referem à falta ou insuficiência de amor, carinho ou afeto, plano subjetivo, que não deve ser tutelado pelo direito.

4.Sanções previstas pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro

Do exposto, é certo que o Estado deve punir a omissão ou abuso dos pais no exercício do poder familiar, e no cumprimento dos deveres inerentes a tal exercício.

Maria Helena Diniz corrobora o entendimento de que a autonomia da família no exercício do poder familiar não é absoluta, sendo cabível, e às vezes salutar, a intervenção subsidiária do Estado¹¹⁷. Tal intervenção perpassa o caráter privado da família, e visa garantir os direitos, em especial, das crianças e dos adolescentes.

Ademais, Rodrigo da Cunha Pereira ressalta que o abandono moral, psíquico e afetivo, a não presença do pai no exercício de suas funções paternas, como aquele que representa a lei, o limite, segurança e proteção, ainda é uma das maiores infrações no cumprimento dos deveres parentais¹¹⁸.

As punições previstas pelo ordenamento pátrio para o descumprimento dos deveres intrínsecos ao poder familiar vão desde sanções administrativas até a perda do poder familiar.

Faz-se necessário discorrer um pouco acerca das modalidades sancionatórias mais relevantes para o nosso estudo.

Inicialmente, as "Astreintes" se configuram em multa processual aplicada para o fim de fazer cumprir decisão judicial de obrigação de fazer ou de não fazer.

Rolf Madaleno manifesta-se contrário à cominação das astreintes para obrigar o cumprimento das visitas, pois segundo ele, estas não têm mais nenhum propósito de compelir o restabelecimento do amor, já desfeito pelo longo tempo transcorrido diante da total ausência de contato e de afeto paterno ou materno.

Outra punição para pais que descumprem os deveres parentais é a suspensão, perda e extinção do poder familiar.

Cabe conceituar Poder Familiar como sendo o complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens do filho, exercidos pelos pais na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições.

A suspensão do poder familiar impede, temporariamente, o exercício do poder familiar e pode ser sempre revista, no interesse do menor.

117 DINIZ, Maria Helena. Curso de **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família, São Paulo, Saraiva, 2007**, p 516.

118 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai Porque me abandonaste? . In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). **O melhor Interesse da Criança: um debate Interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 582.

Já a extinção é a interrupção definitiva do poder familiar, sendo as hipóteses exclusivas para a sua configuração: morte dos pais ou do filho; emancipação do filho; maioridade do filho; adoção do filho por terceiros; e a perda em virtude de decisão judicial.

Dessas hipóteses, a mais relevante para o nosso estudo é a perda do poder familiar por decisão judicial (art. 1638 do CC). Esta depende da configuração de uma das seguintes hipóteses: castigo imoderado do filho; abandono do filho; prática de atos contrários à moral e aos bons costumes; ou a reiteração de faltas aos deveres inerentes ao poder familiar.

Assim sendo, observamos que o pai que abandona o filho pode perder o poder familiar. Entretanto, a aplicação de tal sanção isoladamente apenas coroar a impunidade, estimulando os infratores a agirem de forma irresponsável com a prole, desrespeitando preceitos constitucionais.

Daí a importância da condenação à reparação pecuniária em casos extremos, com a aplicação da Teoria da Responsabilidade Civil, visando a punição do infrator que, deliberadamente, descumpre preceitos constitucionais e causa dano a outrem.

A reparação pecuniária resulta da condenação do pai que descumpriu o dever de cuidar ao pagamento de indenização por danos morais infligidos ao filho, lesado em sua intimidade.

Ressalte-se que a possibilidade de condenação à reparação pecuniária em lides envolvendo o descumprimento do dever de cuidado advém de interpretação doutrinária e entendimento jurisprudencial, embasados na teoria da Responsabilidade Civil, já que não é expressa em dispositivo legal.

Ademais, tal indenização não se destina a compensar a falta que o pai deixou na vida e formação de seu filho, mas sim de conscientizar os pais de seus deveres de conviver com os filhos, de cumprir os deveres inerentes à parentalidade.

Nesse contexto, e conforme já explanado, não se pode afastar, *a priori*, a possibilidade de condenação daquele que descumpre os deveres parentais à reparação pecuniária.

Desde que o processo seja instruído de forma satisfatória e reste comprovado o dano, o nexo causal e a conduta danosa perpetrada por parte do infrator, violando os direitos de personalidade de seu filho, ele deve ser condenado à reparação pecuniária, com base na Teoria da Responsabilidade Civil.

Visando alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente, objetivamente prevendo sanções para os pais que descumprirem o dever de cuidado, o Senador Marcello Crivella propôs o Projeto de Lei 700/07, já apelidado de “Lei Crivella”.

A intenção do referido projeto de lei é estabelecer que, ao infrator será imputada a condenação ao pagamento de reparação pecuniária, além de prisão por até seis meses, podendo até ocorrer a destituição do poder familiar na hipótese de abandono moral.

Ademais, seria acrescido ao ECA o art. 232-A, que prevê a possibilidade da prisão daquele que abandona moralmente a prole.

Ocorre que, apesar de tal projeto, uma vez aprovado, reforçar a tese do cabimento de indenização por descumprimento do dever de cuidado, as medidas previstas em seu bojo revelam-se exageradas.

O ordenamento jurídico pátrio já prevê penalidades passíveis de aplicação nos casos de descumprimento do dever de cuidado, ainda que não exista claramente a previsão de aplicação para estes casos. Um leve esforço hermenêutico vem permitindo a solução das lides, com a condenação dos infratores à reparação pecuniária.

CONCLUSÃO

A defesa da tese de que não caberia responsabilização por descumprimento do dever de cuidar não deve prosperar, na medida em que se materializa, na prática, como uma “carta de alforria” ao pai ou mãe que se exime de suas obrigações, deixando os filhos a mercê de intempéries emocionais e causando danos gravíssimos aos direitos de personalidade da prole.

A prestação de verba alimentícia, por si só, não representa o total cumprimento do dever dos pais em relação aos filhos. O dever de custeio é importante, sem dúvidas, entretanto muito mais significativo é o dever de cuidado, estando nesta ideia compreendidos o convívio, o companheirismo, a solidariedade familiar, as referências recíprocas, enfim, tudo aquilo que será determinante na formação da personalidade do indivíduo.

Muito mais que provedores, são os pais referências de vida, e tal referência só pode ser firme se a convivência entre as partes for exercida de forma efetiva, a despeito de eventuais desentendimentos ocorridos entre os genitores.

A paternidade/maternidade deve ser ato consciente e os indivíduos devem entender que são sim responsáveis por aquele novo ser, não sendo suficiente a mera contribuição pecuniária para a sua formação.

Ora, o convívio familiar é essencial para o desenvolvimento saudável do indivíduo. A família é entendida como o núcleo básico de qualquer sociedade, emergindo dela a responsabilidade pelo desenvolvimento físico, psíquico, moral e social, garantido à criança e ao adolescente pelo ordenamento jurídico pátrio.

O afeto, o carinho e o convívio entre pais e filhos assumem papel primordial no adequado desenvolvimento da personalidade dos indivíduos, sendo garantidos constitucionalmente e devendo ser respeitados por todos, sob pena de responsabilização civil.

A legislação que garante a convivência familiar à criança e ao adolescente é farta no ordenamento jurídico brasileiro, apesar de não prever sanções objetivas para eventual descumprimento de seus preceitos. Tal fato combinado com a alegação de que a indenização pecuniária não supre a lacuna deixada pelo pai que descumpra o dever de cuidado, tem sido utilizado para embasar decisões judiciais contrárias ao cabimento da indenização, deixando os infratores impunes.

Porém, tal entendimento não deve prosperar diante do momento em que vivemos, com todos os avanços da doutrina de proteção integral à criança e ao adolescente. O direito de convivência familiar, não pode ser concebido como uma faculdade dos pais, mas como condição dignificante ao filho.

Ou seja, o dever de cuidado está objetivamente previsto e deve ser observado pelos pais. O desrespeito a tal obrigação gera responsabilização civil e condenação do ofensor ao pagamento de reparação pecuniária, que não decorre do desamor, mas sim do descumprimento de dever objetivamente previsto na legislação pátria.

O descumprimento do dever de convivência familiar pelos pais entendido dessa forma importa em sérios prejuízos aos direitos de personalidade do filho, sendo legítima a intervenção judicial na tutela destes direitos, com a efetiva punição aos infratores, buscando reparar a injusta violação ocasionada por estes. Fato é que “Não se trata de dar preço ao amor, tampouco de estimular a indústria dos danos morais, mas sim de lembrar a esses pais que a responsabilidade paterna não se esgota na contribuição material”¹¹⁹.

É certo que, antes de se chegar a este ponto extremo, é importante que os conflitos que envolvam o descumprimento do dever de cuidar possam ser mediados, buscando a

¹¹⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. **Revista brasileira de direito de família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 7, n. 32, Out./Nov., 2005. P. 135

sua pacificação e o entendimento entre as partes, solução muito mais benéfica e apta a buscar a “realização dos afetos” dos membros da família, dentro de seu seio.

Entretanto, não se deve afastar a possibilidade de cabimento de condenação à reparação pecuniária, como última instância para resolução das lides envolvendo descumprimento do dever de cuidar por parte dos pais. Devem estes ser responsabilizados pelo dano causado aos filhos, de acordo com a Teoria da Responsabilidade Civil, já que - tendo descumprido dever parental objetivamente previsto e, negligentemente, se absteve de estar presente na vida da prole - causaram danos irreversíveis em sua personalidade.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT, Marcos; OLIVEIRA, Catarina.. (Org.). **Famílias no direito contemporâneo**: estudos em homenagem ao Prof. Paulo Luiz Netto Lôbo. Salvador: JusPodium., 2010, v. 1

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Jornal do Advogado**. São Paulo: OAB, nº 289, 2004

COSTA, Tarcísio José Martins apud MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade In: MACIEL, Kátia (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. Editora Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2007

Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho, in **Revista Brasileira de Direito de Família**, Ano VI, nº 25 – Ago-Set 2004

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords). **Direito de Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001

DINIZ, Maria Helena. Curso de **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família, São Paulo, Saraiva, 2007**

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Se eu soubesse que ele era meu pai. **Direito Civil: estudos**. Belo Horizonte, Del Rey, 2000

Indenização por Abandono Afetivo, Luiz Felipe Brasil Santos, in **ADV - Seleções Jurídicas**, fevereiro de 2005

LÔBO, Paulo. **Direito Civil - Famílias**. São Paulo: Saraiva

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese/Ibdfam, v 6, n 24, jun/jul, 2004

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri, SP: Manole, 2003

MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da solidariedade. In MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai Porque me abandonaste? . In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). **O melhor Interesse da Criança: um debate Interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999

SILVA, Cláudia Maria da. Indenização ao filho – descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho In: **Revista de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v 6, n 25, ago-set, 2004

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. **Revista brasileira de direito de família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 7, n. 32, Out./Nov., 2005

A RESERVA DO POSSÍVEL: O ESTADO PODE USAR COMO JUSTIFICATIVA A FALTA DE RECURSOS FINANCEIROS PARA A NÃO EFETIVAÇÃO DA IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS?

ANA LIGIA SULATO BRANCALHONE:
Graduanda em Direito, Centro Universitário
de Santa Fé do Sul – SP, UNIFUNEC

Giulliano Ivo Batista Ramos¹²⁰

(orientador)

RESUMO: Esse estudo visa buscar a atenção necessária para as falhas do Estado na implementação de políticas sociais para a efetivação dos direitos fundamentais. Sua importância social é levar informações ao leitor com o objetivo de fazê-lo pensar a respeito do tema, principalmente após vivenciar um momento pandêmico. O trabalho retrata no início como os direitos fundamentais e sociais devem ser assegurados pelo Estado considerando o mínimo existencial gerando uma vida digna para todo o ser humano, apresenta também as dificuldades que o Estado encontra em efetivar esses direitos. No desenvolvimento do estudo é explicado a Teoria da Reserva do Possível e como o poder público se utiliza dela, foi esclarecido que essa teoria não pode ser aplicada como justificativa para não executar os direitos fundamentais e sociais. A metodologia abordada é a qualitativa, foi explorado o ordenamento jurídico brasileiro, doutrinas, jurisprudências, artigos publicados e pesquisas em sites na internet. Na conclusão do estudo é exposto o resultado, o Estado não deve se utilizar da reserva do possível como fuga para não implementar as políticas públicas e sociais, e sim deve ser usada como meio para essa efetivação, como indicar pessoas com qualificação para reger cargos que aplicam essas políticas.

Palavras-chave: Reserva do possível. Direitos fundamentais e sociais. Mínimo existencial.

ABSTRACT: This study aims to seek the necessary attention to the State's solutions in the impletentation of social policies for the realization of fundamental rights. Its social importance is to bring information to the reader in order to make them think about the topic, especially after experiencing a pandemic moment. The work portrays at the beginning how fundamental and social righths must be guaranteed by the State considering the existential minimum generating a dignified life for every fuman beind, it also presents the difficulties that the State finds in realizing these rights. In the development of the study,

120 Docente do Centro Universitário de Santa Fé do Sul – SP, UNIFUNEC

the Theory of Reservation of the Possible is explained and how the government uses it, it was clarified that this theory cannot be applied as a justification for not executing fundamental and social rights. The methodology addressed is qualitative, the Brazilian legal system was explored doctrines, jurisprudence, published articles and research on internet sites. At the conclusion of the study, the result is exposed, the State should not use the reserve of the possible as an escape to not implement public and social policies, but it should be used as a means for this affectation, such as appointing people with qualifications to govern positions that apply these policies.

Key-words: Reservation as possible. Fundamental and social rights. Existential minimum.

1. INTRODUÇÃO

Os direitos e garantias fundamentais são pilares essenciais para a sociedade viver em harmonia, a igualdade entre os seres humanos é a finalidade que todos buscam aperfeiçoar. Por isso, o Estado tenta governar procurando sempre o bem comum, ele não deve operar de forma máxima para alguns e de forma mínima para outros, pois ele tem o dever garantido pela Constituição de propor uma vida digna para todos.

Essa dignidade é prevista pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e está presente em todas as normas do ordenamento jurídico brasileiro. Essa dignidade está além do mínimo existencial, ela garante aos indivíduos qualidade de vida, acesso a uma boa educação, saúde, moradia, alimentação, segurança. Esse estudo planeja desenvolver como a teoria da reserva do possível pode tanto ajudar como atrapalhar a vida das pessoas. A Teoria da Reserva do Possível nasceu no direito Alemão, se espalhou rapidamente pelo mundo por ser eficiente podendo as extravagâncias que a interpretação das normas pode trazer.

O primeiro capítulo do trabalho é dedicado aos direitos fundamentais, como eles aparecem na Constituição Federal e qual a responsabilidade do Estado sobre eles.

Ainda nesse capítulo, os direitos sociais também são abordados, estão presentes na Constituição Federal e tem o objetivo de melhorar as condições de vida e de trabalho das pessoas menos favorecidas.

O capítulo seguinte do estudo analisa o que é a teoria da reserva do possível e como ela se aplica no direito brasileiro. O uso da razoabilidade e da proporcionalidade deve ser indispensável no julgamento para a decisão favorável ou não do uso dessa teoria, explica em detalhes quando esse recurso poderá ser utilizado.

O mínimo existencial é esclarecido com a ajuda de jurisprudências que enfatizam a importância dos direitos fundamentais serem mais significativos do que os orçamentos escassos da administração pública.

O trabalho também aborda a realidade que vivenciamos ao redor do mundo nos últimos três anos, a pandemia da COVID-19. A vida do indivíduo entra em conflito com a falta de recursos básicos por causa da inércia do Estado em administrar e governar nesse cenário pandêmico, vagas nos hospitais, falta de medicamentos, um completo colapso na saúde do país. Também são apresentados outros exemplos da ineficácia do Estado que utiliza a reserva do possível como justificativa para suas falhas, como o sistema prisional brasileiro, que se encontra praticamente abandonado pelo poder público.

Porém, a importância desse princípio para evitar excessos e extravagâncias desproporcionais é indiscutível, por isso, em seu último capítulo, são apresentadas propostas que tornariam a reserva do possível mais efetiva, como por exemplo, elencar os direitos que devem ser prioridades no momento, fazer com que os órgãos de fiscalização sejam mais rígidos e deem mais atenção àqueles que necessitam conquistar uma vida digna.

2.DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS GARANTIDOS PELA CONSTITUIÇÃO

2.1 Os direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal e sua aplicabilidade

Os Direitos Fundamentais elencados no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 foram elaborados democraticamente em um cenário pós-ditadura militar, consideraram as desigualdades culturais, políticas, sociais e econômicas de todos os cidadãos brasileiros. O Estado, além de proclamar o reconhecimento formal dos direitos (saúde, educação, segurança, alimentação, moradia, saneamento básico, etc), tem o dever de prestar esses serviços e incorporar eles no cotidiano dos cidadãos.

A doutrina divide os direitos fundamentais em três gerações, a primeira geração condiz com os direitos de liberdade, o Estado deve garantir aos indivíduos os direitos autônomos inerentes à pessoa humana, seus direitos individuais e políticos. Com isso, limites são impostos às ações do Estado, visando proteger o indivíduo contra intervenções indevidas do Estado. Exemplos de direitos individuais: liberdade de locomoção, inviolabilidade de correspondência e de domicílio. (PINHO, 2013, p. 98).

A segunda geração se refere ao direito de igualdade, que engloba os direitos sociais e econômicos. Esses direitos visam melhorar a condição de vida e de trabalho da população, o Estado deve agir para que haja igualdade entre os cidadãos no exercício

dos seus direitos. Exemplos de direitos sociais: aposentadoria, salário mínimo, previdência social, etc. (PINHO, 2013, p. 98).

E correspondendo a terceira geração, direito de fraternidade ou solidariedade é discutido, que são os direitos que dizem respeito a toda comunidade, os direitos que são exercidos coletivamente. Esses direitos são: ao desenvolvimento, à paz, à autodeterminação e ao meio ambiente equilibrado.

Os direitos fundamentais devem ser plenamente garantidos e respeitados pelo Estado, essa implementação é imposta pelo próprio ordenamento jurídico. No artigo 5º, parágrafo 1º da CF/88, é notório que as normas que definem as garantias e deveres constitucionais têm aplicação imediata, são diretamente vinculantes e exigíveis por todos os cidadãos.

Quando o Estado não consegue dar plena efetividade aos direitos fundamentais, como o direito à saúde, ou se omitir em realizá-los, o Judiciário pode atuar interferindo, sempre com muita cautela para que não haja ameaça ao Estado Democrático de Direito, por isso, a importância da efetividade da aplicação das normas da Constituição deve ser elencado.

Embora os direitos fundamentais possuam o reconhecimento da utilização imediata, os recursos financeiros do Estado é um dos obstáculos para sua real efetivação. Procurando soluções para se livrar das obrigações, alguns governantes utilizam o discurso da reserva do possível alegando escassez dos cofres públicos.

2.2 Os direitos sociais garantidos pela Constituição Federal.

Os direitos sociais sempre estiveram misturados com os direitos de ordem econômica, ambos os direitos adquiriram dimensões jurídicas no Brasil na Constituição de 1934. A Constituição de 1988 reservou um capítulo apenas para os direitos sociais, o art.6º mostra quais são esses direitos:

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Segundo José Afonso da Silva, os direitos sociais são prestações positivas do Estado, direta ou indiretamente, visando melhorar as condições de vida e de trabalho dos menos favorecidos e dos setores mais fracos economicamente da sociedade. São direitos ligados diretamente ao direito de igualdade, onde visa igualar a desigualdade social. (2015, p. 288 e 289).

O direito à saúde é um direito social que deve ser garantido pelo Estado por meios de políticas sociais e econômicas para que os riscos de doenças e outros agravos sejam reduzidos, juntamente que o acesso para a recuperação, promoção e proteção seja universal e igualitário. Está presente no art. 196 da CF/88, que prevê ser um direito de todos e um dever do Estado, ou seja, a responsabilidade de proporcionar e financiar as necessidades referentes à saúde no Brasil é especificamente do Estado.

Assim como o direito à saúde, os direitos à alimentação adequada, à previdência social, à assistência social, à educação, à cultura, ao meio ambiente, à maternidade e à infância também estão previstos na Constituição Federal de 1988, porém, muitas vezes as políticas sociais usadas para a implementação e eficácia desses direitos são falhas e ineficazes.

3. TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL E SUA APLICABILIDADE

A teoria da reserva do possível surgiu em 1972, na Alemanha, ela é reconhecida globalmente como reserva do financeiramente possível. Um grupo de alunos que disputavam vagas em uma Universidade Pública de medicina iniciou uma ação com a justificativa de que o número limitado de vagas no curso violava uma norma de direito constitucional, que determina: “todos os alemães têm o direito de livremente escolher profissão, local de trabalho e de formação profissional.” (FERNANDA, 2014).

No decorrer do julgamento, a justificativa que o Tribunal forneceu para os alunos foi que o Estado iria disponibilizar a quantidade de vagas que se equiparavam com a capacidade financeira do mesmo, os direitos que os alunos solicitaram iriam ser cumpridos, porém, dentro da reserva do possível. O julgamento levou em consideração a razoabilidade do pedido e se sua aplicação seria realmente cabível e possível.

Diante disso, a reserva do possível passou a ser usada em diversos países a fim de estabelecer um limite às exigências dos direitos fundamentais, utilizando a proporcionalidade e levando em consideração a disponibilidade financeira do Estado. Em outras palavras, para que o Estado garanta os direitos previstos na Constituição Federal e cumprir sua obrigação, é necessário que existam recursos financeiros suficientes para dar seguimento. O Professor Leny Pereira Silva esclarece:

“[...] o princípio da reserva do possível regula a possibilidade e a extensão da atuação estatal no que se refere à efetivação de alguns direitos sociais e fundamentais, tais como o direito à saúde, condicionando a prestação do Estado à existência de recursos públicos disponíveis”. (SILVA, s.d., p. 26 *apud* ARAÚJO, C. S.; SOARES, H. P.; RANGEL, T. L. V., 2017).

Com isso, no Brasil, a teoria da reserva do possível é utilizada como um balanço entre o dever do Estado, a arrecadação dos impostos e as normas constitucionais. A administração deve saber distribuir as rendas com a maior efetividade possível, tentando dar atenção a todos os direitos que garantem uma vida digna, mas é necessário ressaltar que a existência da impossibilidade de atendimento de todos esses direitos é real, por tanto, a reserva do possível deve ser usada com fundamentação e uma análise do Estado de qual o direito vai ser atendido e qual o direito que terá que aguardar. A implementação dos direitos fundamentais e sociais geram custos e gastos ao Estado.

A Reserva do Possível foi abordada seriamente pelo Ministro Relator Celso de Mello, dizendo ser possível a intervenção judicial no que se trata de políticas públicas, segue a decisão:

“[...] É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da ‘reserva do possível’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente usando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. [...]” (STF, ADPF n. 45, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.04.04 *apud* ARAÚJO, C. S.; SOARES, H. P.; RANGEL, T. L. V., 2017).

Assim dizendo, o recurso da reserva do possível só poderá ser usada como *última ratio*, e sendo fundamentada a falta de recursos financeiros de maneira clara e objetiva,

realizando um juízo de admissibilidade. Tal instituto é executado dentro do ordenamento jurídico de forma equilibrada, prudente.

Em nosso país, de acordo com o IBGE, temos aproximadamente 213 milhões de habitantes, é razoável pensar que o Estado não tem recursos para garantir tudo o que um cidadão precisa, seriam necessários recursos intermináveis, porém, isso não tira das pessoas o direito de viver com dignidade, de ter o mínimo para sobreviver.

3.1 A Reserva do Possível e o mínimo existencial

O dever do Estado em proporcionar a aplicação imediata dos direitos fundamentais, previsto no art. 5º, § 1º, deve ser tratado com cautela, visto que, não é obrigatoriamente um dever imediato e integral, porém, a garantia do mínimo existencial sim, independente da reserva do possível.

O mínimo existencial tem relação direta com a dignidade humana, visto que, não é apenas conceder o mínimo para uma pessoa viver, mas sim o necessário para viver com dignidade e ter qualidade de vida. A dignidade da pessoa humana é um dos alicerces do ordenamento jurídico, portanto, a reserva do possível não pode ser mais importante do que os direitos fundamentais que garantem essa dignidade.

A jurisprudência a seguir reforça que o mínimo existencial, como os direitos à saúde e à vida, deve ser garantido pelo Estado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO A PESSOA PORTADORA DE CÂNCER DA TIREOIDE (CID C73). ANTECIPAÇÃO DE TUTELA JUDICIAL DEFERIDA. VEROSSIMILHANÇA E PERIGO DE DANO IRREPARÁVEL COMPROVADOS. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE (ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). FÁRMACO NÃO-PADRONIZADO. DESIMPORTÂNCIA. OBRIGAÇÃO, MESMO ASSIM, DE FORNECÊ-LO. TEORIAS DO "MÍNIMO EXISTENCIAL" E DA "RESERVA DO POSSÍVEL", QUE NÃO PODEM SOBREPUJAR O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E À VIDA. INEXISTÊNCIA DE COMANDO CONSTITUCIONAL OU INFRACONSTITUCIONAL QUE CONDICIONE O DIREITO À SAÚDE AO PATENTEAMENTO DA HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA DO DEMANDANTE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. DECISÃO

MANTIDA. AGRAVO DESPROVIDO. I. Na ação que visa ao fornecimento de medicação, sendo comum a competência dos entes federados (União, Distrito Federal, Estados e Municípios) e solidária a responsabilidade deles pelo cumprimento da obrigação, poderá o particular exigi-lo de qualquer dos coobrigados. II. Mesmo que não-padronizado o medicamento, uma vez demonstrada sua efetiva indispensabilidade, deve ser fornecido graciosamente pelo ente estatal demandado. III. As denominadas teorias do "mínimo existencial" e da "reserva do possível" não se prestam para negar efetividade à Constituição Federal e aos direitos fundamentais à saúde e à vida nela enunciados. IV. A rigor, inexistente comando constitucional ou infraconstitucional que sujeite o direito à saúde ao patenteamento da condição de pobreza ou de hipossuficiência financeira da parte que o requer do Estado, devendo-se seguir, em cada caso, o princípio da razoabilidade.

(TJ-SC - AI: 220737 SC 2010.022073-7, Relator: João Henrique Blasi, Data de Julgamento: 10/08/2010, Segunda Câmara de Direito Público, Data de Publicação: Agravo de Instrumento n. , de São José)

Portanto, os governantes não podem usar a teoria da Reserva do Possível para se eximirem das obrigações que a constituição impõe. Quando o Estado não cumpre uma obrigação direta elencada pela Constituição, se resulta em omissão total ou omissão parcial do dever constitucional de legislar. Temos como exemplo o valor fixo do salário-mínimo imposto por norma constitucional, a lei diz que esse valor deve ser o suficiente para atender as necessidades básicas de todo trabalhador e sua família, tais como saúde, moradia, alimentação, educação, transporte, higiene, seu vestuário e até mesmo o lazer. O trabalhador tem o direito de ter reajustes no valor do salário mínimo para que essas necessidades sejam atendidas, porém, é do conhecimento de todos que o valor total desse salário não comporta tal efetividade. (LEITE, 2020, p.119).

3.2 Direitos sociais diante da Reserva do Possível

No ano de 2020, uma pandemia se instalou ao redor do mundo, o ano passou, mas a pandemia ficou. Continuamos a enfrentá-la até os dias atuais, e com ela vieram crises na saúde, na segurança, na moradia, na vida dos cidadãos. Essas crises enfatizaram ainda mais a precariedade que o Sistema Único de Saúde (SUS) se encontra há alguns

anos, com o aumento de casos da COVID-19 o SUS sofreu um colapso onde muitas vidas foram perdidas sem sequer atendimento.

A inércia do Estado no enfrentamento da pandemia ficou evidente quando os medicamentos, os equipamentos e todo o restante necessário para essa luta, eram comprados de última hora e com quantidades muito abaixo do necessário, a justificativa, muitas vezes, era o preço elevado. Utilizar-se da reserva do possível quando milhares de vidas estão sendo perdidas não é razoável, é se eximir da responsabilidade que o Estado tem de garantir uma vida digna.

A Constituição Federal é clara, o direito à saúde deve ser disposto pelo Estado através de políticas sociais, dando o suporte necessário para a sociedade, não podendo de forma alguma se exonerar dessa obrigação. Portanto, alegar o princípio da reserva do possível não é suficiente para que a administração pública seja ineficaz ou insuficiente, visto que, o direito à saúde tem amparo constitucional e faz parte do princípio da dignidade da pessoa humana. (ARAÚJO; SOARES; RANGEL, 2017).

O presidente Jair Bolsonaro demonstrou total irresponsabilidade incentivando a quebra dos protocolos de segurança que eram exigidos desde o começo, o uso de máscara foi ridicularizado e foi afirmado ser ineficaz, que sua proteção tinha um percentual pequeno, praticamente zero, sendo que, estudos dizem o contrário. Promoveu aglomerações, incentivou o movimento antivacina com muitas das suas falas, o que contribuiu para que a luta contra a Covid-19 fosse ainda mais difícil.

Outra situação que é clara a negligência e omissão do poder público estão nas periferias do Brasil, onde não é fornecido o mínimo de serviços básicos aos cidadãos. Saneamento básico não existe em muitos locais, a energia elétrica é precária, a privacidade é um sonho a ser conquistado e a saúde e a educação são inconsistentes, o acesso à água potável também é um problema. Todos esses direitos sociais e fundamentais sem eficácia há anos só mostra como as comunidades do Brasil não são prioridades para quem as governa.

Outro exemplo na ineficácia do Estado em políticas sociais é a situação atual dos presídios brasileiros, a desestruturação e ineficácia do sistema prisional do Brasil. O descaso e abandono do poder público às cadeias brasileiras se mostram nas superlotações dos presídios, a pessoa humana é esquecida e violada sob a tutela estatal.

O princípio da dignidade da pessoa humana diz que todos são iguais independentes da raça, credo, condição social, etc. Portanto, todos têm direito à mesma dignidade, sem qualquer discriminação ou preconceito. À Constituição Federal de 1988 ratifica, em seu artigo 5º, inciso XLIX, que o respeito à integridade física e moral deve ser assegurada aos presos e a Lei de Execução Penal assegura seus demais direitos. Como,

por exemplo, a assistência ao preso e ao internado, deixando explícito ser um dever do Estado, com o objetivo de prevenir o crime e orientar o retorno ao convívio em sociedade.

Na Lei de Execução Penal (LEP) em seu artigo 11º, diz que a assistência ao preso deve ser material (fornecimento de vestuário, alojamento e alimentação), assistência à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa. Essa lei busca além de punir o detento, criar meios em que ele é humanizado para facilitar seu retorno ao convívio em sociedade, com o objetivo principal o combate à criminalidade de forma mais humana possível.

O aumento do público carcerário não foi compatível ao aumento dos presídios gerando um dos maiores problemas atuais do sistema prisional do Brasil, a superlotação. As penitenciárias não atendem a demanda das condenações tem muito tempo, o que torna a manutenção das mesmas ineficaz e preocupante, essa superlotação torna o ambiente favorecedor de propagação de doenças, epidemias, a violência aumenta consideravelmente chegando ao ponto de causar motins, brigas entre facções, rebeliões, entre outros problemas.

Essa realidade é totalmente diferente do assegurado pelas normas constitucionais e os direitos humanos, na Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal) em seus artigos 85 e 88 é assegurado que o condenado deve ser alojado em uma cela individual, onde contém dormitório, aparelho sanitário e lavatório, sendo requisito básico do local salubridade do ambiente e condicionamento térmico conforme à existência humana. A cela deve conter uma área mínima de seis metros quadrados.

Os presos são submetidos às condições de vida precárias, muitas vezes são humilhados e agredidos, são aglomerados em penitenciárias, em números relativamente maiores que suas capacidades, sofrem maus-tratos constantes, quando contraem doenças são submetidos aos tratamentos de forma tardia, são vítimas de abusos sexuais por companheiros de celas indesejados, entre muitas outras coisas, e a sociedade permanece omissa.

Violamos a dignidade humana do detento inúmeras vezes, fazendo as pessoas pensarem que eles não são iguais a todos os outros seres humanos, que eles não têm direito a viver com o mínimo de dignidade, o que é contrário ao que nossas normas constitucionais pregam, o que gera um ciclo vicioso em que o encarcerado sempre retorna aos presídios, ele não consegue se libertar da vida de ser bandido.

A administração pública deve estudar quais os direitos necessitam de maior efetividade, o administrador público deve priorizar os direitos fundamentais e sociais e

exercê-los com maior eficiência, utilizando-se da reserva do possível para que não haja pretensões abusivas.

4. CONCLUSÃO

Com base no que foi apresentado, fica claro que debater a teoria da Reserva do Possível sem trazer a discussão da importância da aplicação e eficácia dos Direitos Fundamentais e sociais é impossível. Porém, garantir todos os direitos fundamentais e sociais dos habitantes do Brasil não é simples, visto que os recursos que o Estado utiliza não são intermináveis, é importante saber que existem limites dos quais devemos nos atentar, o cidadão deve considerar que fazer sua parte é de extrema importância para o Estado, como pagar todos os impostos corretamente para que possam ser utilizados com maior efetividade, mas a prática no Brasil é de que os ricos sonham mais impostos que os pobres.

Apesar disso, o Estado tem o dever de conceder ao cidadão uma vida digna, com base no princípio da Dignidade da Pessoa Humana e sem qualquer distinção ou discriminação, a vida digna deve ser concedida tanto aos estudantes, como para os trabalhadores, para os condenados que cumprem pena privativa de liberdade e para os que cumprem as privativas de direitos, para os ex-detentos, ou seja, todo ser humano, não podendo usar os recursos financeiros como obstáculo para efetividade dos direitos, e sim usar os recursos como meio de implementação para tornar as políticas públicas e sociais mais eficazes.

Entretanto, é importante salientar a ineficácia e a ausência das políticas que o Estado vem usando ao longo dos anos, o dever social do poder público é proteger a sociedade e proporcionar uma vida digna aos moradores desta. Porém, viver em sociedade é como uma via de mão dupla, não é somente o Estado que deve cumprir com suas obrigações, os cidadãos devem saber quais os seus deveres e limites para que o convívio em sociedade seja harmonioso, por isso que o recurso da Teoria da Reserva do Possível deve ser utilizado quando necessário, para que não haja pretensões excessivas, tendo uma aplicação fundamentada e rigorosa.

A indicação de pessoas com qualificação específica para cargos que regem e aplicam as políticas sociais pode ser uma solução eficaz para efetivá-las, com base em estudos e pesquisas em campo, essas pessoas conseguiriam elencar quais interesses devem ser prioridade e ao mesmo tempo especificar os interesses circunstanciais para que fiquem em segundo plano, porque esses interesses variam de região e de estado, um grande centro deve ser tratado de forma diferente que pequenos centros, as mesmas políticas podem não funcionar, por isso a pesquisa e o conhecimento específico da pessoa qualificada é tão importante. A linha de prioridade deve ser garantir uma vida digna a todos os cidadãos, sem distinção de raça e classe social.

A competência desses trabalhadores utilizariam os recursos com muito mais sabedoria e extrairia o máximo de cada um deles, fazendo com que o desperdício fosse sucinto. A exigência que os órgãos de fiscalização fossem mais rígidos também traria benefícios tanto ao Estado como aos habitantes, a harmonia poderia diminuir a distância que as classes sociais têm entre si, proporcionando uma vida justa e respeitável a todos.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Cassiano S.; SOARES, Hebner P.; RANGEL, Tauã L. V. **Teoria da reserva do possível versus direito à saúde: uma reflexão à luz do paradigma da dignidade da pessoa humana.** *Âmbito Jurídico*, 2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/teoria-da-reserva-do-possivel-versus-direito-a-saude-uma-reflexao-a-luz-do-paradigma-da-dignidade-da-pessoa-humana/>>. Acesso em: 14 de jul de 2021.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; MARCONDES, Thais Caroline Anzowski. **A dignidade da pessoa humana e os direitos humanos no sistema prisional.** Publica direito, 2013. Disponível em: <<https://publicadireito.com.br/artigos/?cod=ec1093fe1626f25b>>. Acesso em: 14 de nov de 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei de Execução Penal.** Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Disponível em: <https://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 14 de nov de 2021.

BRITTO, Ana Lúcia. **O direito à água nas favelas e periferias em tempos de Covid-19 – artigo.** Ondas Brasil, 2020. Disponível em: <<https://ondasbrasil.org/o-direito-a-agua-nas-favelas-e-periferias-em-tempos-de-covid-19-artigo/>>. Acesso em: 26 de jul de 2021.

CASTANHEIRO, Ivan Carneiro. **Saneamento básico e regularização fundiária (Reurb) em favelas.** *Conjur*, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-26/mp-debate-saneamento-basico-regularizacao-fundiaria-favelas>>. Acesso em: 26 de jul de 2021.

FERNANDA, Raphaela. **O princípio da reserva do possível: origem, objetivos e aplicabilidades no Brasil.** *Jus*, 2014. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/28802/o-principio-da-reserva-do-possivel-origem-objetivos-e-aplicabilidades-no-brasil>>. Acesso em: 08 de jun de 2021.

GONÇALVES, Patrick Henriques. **O mínimo existencial e a reserva do possível**. Jus, 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/87320/o-minimo-existencial-e-a-reserva-do-possivel>>. Acesso em: 19 de jul. de 2021.

IBGE. Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação. **IBGE**, 2021. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html>>. Acesso em: 26 de jul de 2021.

JUNIOR, Edson Alves Oliveira; SIQUEIRA, Heloíse Garcia. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana Inserido no Sistema Prisional do Brasil**. Âmbito Jurídico, 2019. Disponível em: [HTTPS://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-inserido-no-sistema-prisional-do-brasil/](https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-inserido-no-sistema-prisional-do-brasil/)>. Acesso em: 14 de nov de 2021.

LEITE, George Salomão. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais**. 275. ed. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2020.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RABELO, Janaina da Silva. **A cláusula da reserva do possível e a efetivação dos direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro**: o papel do Poder Judiciário na defesa de direitos fundamentais. Publica direito, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1b12189170921fa4>>. Acesso em: 08 de jun. de 2021.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça (2ª Câmara de Direito Público). **Agravo de Instrumento 220737/SC. Agravo de instrumento**. Ação de obrigação de fazer.

Fornecimento de medicação a pessoa portadora de câncer da tireoide (cid c73). Antecipação de tutela judicial deferida. [...] teorias do "mínimo existencial" e da "reserva do possível", que não podem sobrepujar o direito fundamental à saúde e à vida. [...]. Aplicação do princípio da razoabilidade. Decisão mantida. Agravo desprovido. Agravante: Mariléia Terezinha Silva dos Santos. Agravado: Município de São José. Relator: João Henrique Blasi, 3 de ago. de 2010. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18220579/agravo-de-instrumento-ai-220737-sc-2010022073-7/inteiro-teor-18220580>>. Acesso em: 14 de jul. de 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUSA, Pedro Henrique Silva de. **A reserva do possível e a aplicabilidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos como políticas públicas no Brasil**. Jus, 2021. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/89947/a-reserva-do-possivel-e-a-aplicabilidade-dos-tratados-internacionais-de-direitos-humanos-como-politicas-publicas-no-brasil>>. Acesso em: 26 de jul de 2021.

SOUSA, Marcio Ferreira de; OLIVEIRA, Leonardo Alves de; FARIA, Rodolfo Lima Vieira. **O sistema penitenciário brasileiro e a dignidade da pessoa humana na reintegração social**. Jus, 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/71712/o-sistema-penitenciario-brasileiro-e-a-dignidade-da-pessoa-humana-na-reintegracao-social>>. Acesso em: 14 de nov de 2021.

TORRES, Levi. **Favelas: o desafio do saneamento básico no Brasil**. TEM Sustentável. Disponível em: <<https://www.temsustentavel.com.br/favelas-o-desafio-do-saneamento-basico-brasil/>>. Acesso em: 26 de jul de 2021.

A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA: HOMOAFETIVIDADE E POLIAMOR

LEIZIANE CHRISTINA DA COSTA SILVA:

Bacharelanda do Curso de Direito pela
Universidade Brasil, campus Fernandópolis.

ROBERTA FAVALESSA DONINI

(orientadora)

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo apresentar o estudo sobre a união estável homoafetiva, instituição reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal há mais de dez anos, bem como discorrer sobre o poliamor. É necessário acompanhar a evolução do mundo e entender que nos tempos atuais não se tem só um tipo de família, pelo contrário, existem várias formas de composição familiar que não seja a tradicional, e reconhecer esse fato possibilita inserir toda e qualquer tipo de família no ordenamento jurídico, atribuindo direitos a elas, acima de tudo, se faz necessário reconhecer que o amor está presente, logo, não é uma anormalidade, mas sim apenas modos diferentes de famílias. Com base em pesquisas, doutrinas, livros e outras fontes de informação, o artigo em pauta foi desenvolvido, além de trazer informações sobre os institutos supracitados, a pesquisa ainda visa elucidar dúvidas acerca do assunto com o intuito de dizimar ou amenizar preconceitos em relação às visões equivocadas, é imprescindível que o indivíduo pense de forma racional e mais humana, respeitando e aceitando que há crenças diferentes, modos de vida diferentes, maneiras de amar e sentir diferentes. Para haver uma melhor convivência em sociedade, a mudança deve ser individual, para depois ser de forma coletiva, e deve ser feita apenas com um único método de base: o respeito entre si.

Palavras- chave: homossexual, união estável, casamento, poliamor.

ABSTRACT: The present work has the function of commenting and arguing about the stable homoaffective union, an institution recognized by the Supreme Court for more than ten years, as well as discussing polyamory. It is necessary to follow the evolution of the world and understand that in the present times there is not only one type of family, on the contrary, there are several forms of family composition other than the traditional, and recognizing this fact makes it recognizing that love is present, so it is not an abnormality, but just different modes of to decimate or mitigate prejudices in relation to mistaken views, it is essential that the individual thinks rationally and more humanely, respecting and accepting that there are different beliefs, different ways of life, different ways of loving and feeling. In order to have a better coexistence in society, change must be individual, and then collectively, and must be done only with a single basic method: respect for oneself. families. Based on research, doctrines, books and other sources of information, the article in question was developed, in addition to bringing information about the above-

mentioned institutions, the research also aims to elucidate doubts about the subject with the aim of possible to insert any type of family in the legal system, attributing rights to them, above all, it is necessary to recognize.

Keywords: homosexual, stable union, wedding, polyamory

INTRODUÇÃO

As instituições da união estável homoafetiva e do poliamor, merecem espaço e visão, principalmente no âmbito social-jurídico, afinal o direito acompanha a humanidade, logo, deve dar respaldo legal a todos. Pois bem, a união estável é classificada pela Constituição Federal e pelo Código Civil como aquela consistente em uma convivência pública, contínua, duradoura, com intenção de formar família e entre homem e mulher, de forma a não fazer menção a homem-homem, ou mulher-mulher.

Em tese, apenas pela letra da lei, resta claro que não se configuraria a união estável se a mesma fosse composta por dois homens ou duas mulheres, ainda que preencham todos os outros requisitos, o que fortifica ainda mais o preconceito na sociedade. Dessa forma, o conceito apresenta uma contradição, pois, tanto duas pessoas do sexo feminino quanto duas pessoas do sexo masculino, podem ter uma convivência contínua e duradoura, e podem ter sim a intenção de formar uma família. Tem-se aqui, seguindo essa linha de raciocínio, uma pequena brecha no conceito de família, o que permite que a união homossexual seja reconhecida como instituição familiar e que usufrua de todos os direitos inerentes à família tradicional (homem e mulher).

Afinal, a configuração abstrata do conceito de família se concretiza sempre que houver mais de uma pessoa, com grau de parentesco ou com laços afetivos, residindo juntos. Nesse viés, duas ou mais pessoas (no caso do poliamor), ou, em um relacionamento, do mesmo sexo (no caso da homoafetividade), desde que tenham a mesma moradia e a intenção de formar família, serão, para o direito, consideradas família? É nesse ponto que encontramos o contraditório da questão, pois, uma vez preenchidos os requisitos que configuram uma família, não seria direito das pessoas que a compõe terem seu direito reconhecido?

Por outro lado, o poliamor é um tipo de relacionamento que poucas pessoas têm conhecimento sobre, seja pela falta de acompanhar as mudanças no conceito de família, seja por serem leigos no assunto, o que dá margem a entendimentos errôneos, fazendo com que esse tipo de amor seja visto como “bagunça”. Antes era incomum, mas atualmente está cada vez mais normal de se ver, de forma a merecer toda atenção e reconhecimento como um tipo de núcleo familiar e também como um relacionamento. O poliamor consiste em uma união formada por mais de duas pessoas em um único relacionamento. A questão

que cerceia os dois tipos de família é o seguinte “e se essas pessoas decidirem constituir um núcleo familiar? Não poderiam por não seguirem um “padrão” de família, mesmo que cumpra todos os requisitos apontados pelo código civil?

São questões que serão discutidas no presente trabalho.

1. CONCEITO UNIÃO ESTÁVEL

A união estável é reconhecida pela Constituição Federal (art. 226, §3) e pelo Código Civil (art. 1723).

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

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

“Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

No conceito apresentado pelos dois dispositivos, entende-se que é a união estável é a convivência afetiva pública, contínua e duradoura entre homem e mulher, com intenção de construir família. Traz tanto direitos quanto deveres para os envolvidos na relação, e não se comprova só com uma simples assinatura, necessita ser pública, ou seja: a sociedade entende que aqueles sujeitos estão residindo juntos, e há algum tempo, o que configura a sua continuidade. Para o direito, família é um conjunto ou grupo de pessoas que possuem um parentesco.

Ainda sobre o mesmo conceito, segundo a Constituição Federal, a união estável deve preencher todos esses requisitos e ainda ser constituída apenas por homem e mulher, não podendo, então, ser entre duas mulheres ou entre dois homens; mesmo que estes tenham uma convivência afetiva pública, contínua, duradoura e com a intenção de constituir família.

2. UNIÃO HOMOAFETIVA

A união estável homoafetiva foi reconhecida pelo STF em sua ADI nº4277 e ADPF nº132, no dia 5 de maio de 2011. Atrasado em relação a sociedade global, mas uma conquista, uma vitória depois de tantas lutas e mortes.

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade

constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO "FAMÍLIA" NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão "família", não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por "intimidade e vida privada" (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELEECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE "ENTIDADE FAMILIAR" E "FAMÍLIA". A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito

de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do

Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

(STF - ADI: 4277 DF, Relator: AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 14/10/2011)

2.1 NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NO CÓDIGO CIVIL

A Constituição Federal reconhece a união estável, mas somente entre homens e mulheres. Só que deixa uma brecha, ao citar a parte “*entidade familiar*”. Então, o que seria uma entidade familiar? Como é sabido, a nossa amada Constituição Federal é de 1988, ou seja, é antiga, tanto que conta com mais de 60 anos, o que nos leva à necessidade de reconhecer que no decorrer de todas essas décadas, a forma de constituição de família, bem como o seu conceito, sofreram alterações, logo, o correto seria que as leis se adequassem às essas mudanças. Pois bem, de forma a acompanhar a referida evolução, a doutrina, com olhos modernos, reconheceu como entidade familiar aquelas que se pautam na afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

Para Paulo Lôbo (p.79) “A união homoafetiva é reconhecidamente uma entidade familiar, desde que preenchidos os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade e a finalidade de constituição de família.

O Código Civil, traz no mesmo sentido em seu artigo 1.723:

“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

Com toda a modernidade, inclusive em relação às famílias, uma vez que elas cumpram todos os requisitos, inclusive o principal, que é o intuito de constituir família, por que não os incluir todos no conceito de família, sem fazer qualquer distinção quanto às pessoas que estão formando uma?

É importante frisar que, antigamente, a constituição de família era visada para procriação, o que já é um conceito ultrapassado na atualidade, pois o termo de “objetivo de constituição de família” não se limita mais a apenas isso. Existem, hoje, vários tipos de entidades familiares não expressas na Carta Magna, mas que não podem ser deixadas de

lado, pois são muito comuns e frequentes na atualidade. Apesar da Constituição Federal e o Código Civil deixarem claro o que consideram como família, os próprios também não vedam outros tipos de núcleo familiar.

3.CASAMENTO HOMOAFETIVO

Com o reconhecimento da união estável homoafetiva, este, no ano de 2012, no julgamento, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Resp. 1.183.378, ficou decidido pela legalidade do direito ao casamento de casais homoafetivos e não apenas a união estável. O pensamento de Paulo Lôbo sobre, é que não há motivos de um porquê não, já que não está vedado em nenhum artigo:

Paulo Lôbo (p.81) "os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta aos princípios constitucionais, como da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo livre planejamento familiar."

A resolução nº175 de 2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), determinou que os oficiais de registro de casamento recebam as habilitações para o casamento homoafetivo.

4.POLIAMOR

O poliamor é uma das categorias de relacionamentos que se tem, e ainda é visto pela sociedade de forma esdrúxula, principalmente em países ocidentais em que ao longo da história com influências religiosas, diplomáticas e conceituais, tem como base a monogamia.

Essa categoria de relação ocorre quando se há três ou mais pessoas no mesmo relacionamento, seja de forma sexual ou romântica, e todas os sujeitos envolvidos estão cientes dos fatos e o aceitam. No Brasil, há pessoas nesse relacionamento, e um dos casos famosos, é o do falecido cantor de funk Mr. Catra, que contava com três mulheres e 32 filhos.

O poliamor não é reconhecido pelo sistema jurídico brasileiro como parte do direito de família, ficando então a cargo da doutrina e de poucas jurisprudências.

No caso de casamento, é sabido que não se pode haver dois casamentos ao mesmo tempo, pois esse fato constitui crime de bigamia de acordo com o artigo 235 do

Código Penal brasileiro, sob pena de reclusão de dois a seis anos, para a parte que já sendo casada, contrai novo casamento; e pena de reclusão ou detenção de um a três anos para a parte não casada, mas que se casa com outra parte que já é casada.

O direito, então, claramente tem posição contrária a este tipo de relacionamento, pois tem base no princípio da monogamia, e conforme mencionado não existe a possibilidade de dois casamentos mútuos.

O direito de família é visto como desafiador, pois há falta de legislação específica, deixando de acompanhar as novas formas de famílias que vem surgindo junto com a evolução constante da sociedade.

5.EXISTE UM CONCEITO MUITO MAIS AMPLO DE FAMÍLIA

A constituição Federal aduz em seu artigo 226 a proteção especial que o Estado disponibiliza à família. Nestes termos, entende-se que o próprio protege o núcleo familiar, proporcionando a resolução de todas as lides que surgirem em relação ao assunto. Então, assim, a união estável poliamorista e suas repercussões jurídicas, ainda que não seja reconhecida juridicamente, tem proteção da Constituição Federal, deixando claro a urgência que se tem para reger sobre o assunto no nosso Ordenamento Jurídico. Visa deixar claro que esse tipo de companheirismo não fere nenhum preceito legal, tendo a boa-fé e publicidade, tais relações merecem ser igualmente tratadas.

5.1 DA IGUALDADE

É imprescindível que a lei trate todos de forma igual, e é garantido na própria Constituição Federal em seu artigo 5º: "Todos são iguais perante a lei."

Maria Berenice Dias deixa claro em seu livro Manual de Direito das Famílias:

Maria Berenice Dias (p.47) "É necessária a igualdade na própria lei, ou seja, não basta que a lei seja aplicada igualmente."

Pautando-se no fato de que a lei tem que ser igual para todos em sua natureza, sem levar em consideração identidade de gênero e outros fatores afins, é que a opção por relacionamentos diferentes não constitui crime.

A afetividade é um preceito fundamental para que haja qualquer tipo de relação, e é um princípio fundamental para o Direito de Família. No caso do poliamor, há afetividade, só que, como já dito anteriormente, entre três ou mais pessoas.

Mas afinal, o que é afeto? Maria Berenice Dias nos deixa certos sobre esse conceito em seu livro Manual de Direito da Família:

Maria Berenice Dias (P.53) "Afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue."

Ou seja, o afeto não tem a ver com DNA, mas sim com a socialização, a relação que se cria entre as pessoas. A Constituição não fala diretamente sobre, mas o acolheu em sua proteção.

Um dos principais requisitos para haver constituição de família, é o afeto, que há dentro da relação poliamorosa, sendo totalmente igualitário ao afeto que há em outros tipos de relação.

6.DIVISÃO DE BENS

O direito não permite o casamento, mas não rege sobre a união estável desse tipo de consenso. Então, assim, há pessoas em união estável poliamorosas. Mas a maior incógnita é: e a divisão de bens, como fica?

Antes, vamos analisar esse tipo de união estável. Devemos levar em consideração

Princípio da dignidade da pessoa humana e o Princípio da afetividade, bem como o artigo 1.723 do Código Civil brasileiro de 2002, que rege sobre os requisitos da união estável, tendo em vista que tem que haver simultaneidade, de forma consentida e pública, contínua, duradoura e com intuito de constituir família, ao analisarmos essa linha de raciocínio, a união estável poliafetiva cumpre todos os requisitos, não havendo justificativa plausível para que não seja reconhecida pelo direito, e por isso, deixar de conhecer essa modalidade de afetividade, seria uma exclusão de todos os direitos no âmbito de direito de família em face das pessoas que a compõe. Não sendo reconhecido pelo Sistema Jurídico Brasileiro como entidade familiar, não se tem um trajeto para os meios de resolução de lide no caso de partilha de bens, configurando mais uma necessidade de reconhecimento do direito com urgência a esse relacionamento.

Apesar do não reconhecimento, é uma união estável, então há de se aplicar, na partilha de bens, todos os preceitos já existentes para que os sujeitos sejam amparados juridicamente, até que essa entidade seja reconhecida.

6.1 DA JURISPRUDÊNCIA

A jurisprudência deixa claro de que não há reconhecimento jurídico sobre o assunto. Em uma decisão monocrática do STJ (AC 2019*0294845-3), rege:

STJ (AC 2019*0294845-3) "(...) relacionamento extraconjugal, seja porque, como dito, não é uma conduta criminosa, seja porque, o próprio poder judiciário tem, em tais situações, considerado normal o chamado poliamor (...)".

Deixa claro, assim, que apesar do não reconhecimento jurídico sobre, há a consideração de normalidade jurídica nesse tipo de relacionamento.

O TJ/SP em seu registro 2018.0000129312 também comentou sobre o assunto:

TJ/SP "(...) O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PODER JUDICIÁRIO São Paulo que já reconhece inclusive relacionamentos trisais ou mesmo denominados de poliamor (...)".

Conclui-se, assim que a jurisprudência reconhece e trata com normalidade o poliamor.

7.DA DOUTRINA

Maria Berenice Dias argumenta sobre a monogamia, que, de modo geral, é contrária ao poliamor:

Maria Berenice Dias (p.42) "Ainda que a lei recrimine de diversas formas quem descumpra o dever de fidelidade, não há como considerar a monogamia um princípio constitucional, até porque a Constituição não a contempla."

Apesar da lei alegar com todas as suas forças a fidelidade e como consequência a monogamia, a própria Constituição Federal, nossa "lei maior", não a principia, abrindo brechas para o poliamor, que não é um instituto de infidelidade, pois este se configura quando uma das partes não estão cientes sobre um terceiro relacionamento, o que não ocorre no relacionamento discutido neste artigo em questão, afinal, como já descrito anteriormente, as partes tem total ciência e conhecimento de que há mais de duas pessoas na relação.

8.CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do atual trabalho, foi demonstrar e apurar com base em pesquisas que o poliamor e o amor homossexual não se trata de mais de um tipo de família, mas sim de várias modalidades dessa instituição, ou seja, podemos afirmar que existe mais de uma maneira de compor uma família.

Não necessariamente uma família precisa ser composta por um homem e uma mulher, por exemplo, pode ser um casal homossexual, o que não é errado, errado seria ditar regras sobre a quem se deve amar ou a quantas pessoas se deve amar, o que se consubstancia na afirmação de que não há limites em relação à quantas pessoas formam um casal, de forma a permitir a constituição de uma relação poliamorosa, onde mais de dois indivíduos complementam o relacionamento.

Ademais, muitas vezes os temas em pauta são tratados com preconceito, ou de forma ignorante pela falta de informação que se tem, nesses casos, é importante que haja sabedoria e informação sobre, pois não há nada anormal nessas formas de amar outras pessoas, pelo contrário, é totalmente típico e deve ser tratado de forma igual nos seus direitos e deveres, e ainda receber todo o respeito que é direcionado às famílias habituais e antigas.

Como já discorrido, apesar de os dispositivos legais não usarem palavras que deixam explícito que a união entre pessoas do mesmo sexo é válida, a exemplo da ADI nº 4277 que reconheceu a união homoafetiva, bem como a instituição do poliamor que foi objeto da decisão monocrática do STJ (AC 2019*0294845-3).

Conclui-se que o respeito é um caminho para se chegar à normalidade, para diminuir as diferenças criadas no próprio meio social, bem como o conhecimento sobre as mudanças que o mundo enfrentou e vem enfrentando, adicionando-se a isso a necessidade de estar aberto às mais variadas alterações na forma de amar, uma vez que não se pode criar regras para o amor, cada um ama de forma única e todas elas são merecedoras de respeito, a importância não se restringe apenas ao respeito que a sociedade deve ter para com o que é diferente de sua ideologia, mas também na possibilidade de as outras pessoas serem felizes sendo quem elas realmente são.

9.REFERÊNCIAS

BRASIL. Parte Especial, livro IV, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº175, de 14 de maio de 2013.

BRASIL. Título VIII, Capítulo VII, de 06 de outubro de 1988. Institui a Constituição Federal

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 15ª edição. Editora Juspodivm, 2005.

LÔBO, Paulo. **Direito civil - Famílias**. 11ª edição. Editora Saraiva, 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Resp. 1.183.378. Disponível em:
<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285514/recurso-especial-resp-1183378-rs-2010-0036663-8-stj>>. Acesso em: 05 de maio de 2022

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). ADI nº4277 e ADPF nº132. Disponível em:
<https://arpen--sp-jusbrasil-com-br.cdn.ampproject.org/v/s/arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2978105/artigo-o-julgamento-da-adpf-132-e-da-adi-4277-e-seus-reflexos-na-seara-do-casamento-civil/amp?amp_gsa=1&_js_v=a9&usqp=mq331AQKKAFQArABIACAw%3D%3D#amp_tf=De%20%251%24s&aoh=16540189020494&referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com&share=https%3A%2F%2Farpen-sp.jusbrasil.com.br%2Fnoticias%2F2978105%2Fartigo-o-julgamento-da-adpf-132-e-da-adi-4277-e-seus-reflexos-na-seara-do-casamento-civil>. Acesso em: 05 de maio de 2022

VOLTAIRE, François-Marie Arouet (1694- 1778)

A CRISE ECONÔMICA NO BRASIL E A CONCRETIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS CONSTITUCIONAIS

KARINE MALDONADO CASTREQUINI:

Bacharelanda em Direito pela
Universidade Brasil, campus
Fernandópolis.

Rodrigo Freschi Bertolo

(orientador)

RESUMO: A proposta do artigo científico consiste em apresentar ao leitor uma noção básica sobre a organização do Orçamento Público no Brasil, sua disposição legal, instrumentos, princípios, finalidade dos tributos pagos pelo povo, além de se buscar refletir porque está faltando dinheiro nos cofres públicos, as causas da atual crise econômica no país, que antecede o episódio de pandemia recente e, como tudo isso interfere na efetivação das políticas públicas constitucionais.

PALAVRAS CHAVES: Orçamento Público – Tributos - Crise Econômica – Políticas Públicas Constitucionais.

ABSTRACT: The purpose of the scientific article is to present the reader with a basic notion about the organization of the Public Budget in Brazil, its legal disposition, instruments, principles, purpose of the taxes paid by the people, in addition to seeking to reflect on why money is lacking in the public coffers, the causes of the current economic crisis in the country, which precedes the recent pandemic episode, and how all this interferes with the implementation of constitutional public policies.

KEYWORDS: Public Budget – Taxes – Economic Crisis – Constitutional Public Policies.

1.INTRODUÇÃO

Muito se discute sobre a importância da distribuição do orçamento público e a sua melhor forma de ser aplicado. Seja na esfera federal, estadual ou municipal, é sabido que o orçamento é uma peça de controle e planejamento instituído no Brasil, desde a Constituição de 1988.

É dever do Estado garantir a provisão e a eficiência dos serviços públicos. Por meio da gestão pública, através de diversos tributos, impostos e taxas, que são pagos pelo cidadão, promover a redistribuição de renda e serviços para a sociedade. Dessa forma, seja

produzindo, legislando ou controlando, a influência do Estado na atividade econômica, reflete diretamente na sobrevivência de cada indivíduo.

A economia do Brasil foi intensamente agravada por uma crise sanitária sem precedentes causada pelo cenário atípico da pandemia do novo coronavírus, iniciada no país em março de 2020. É nítido os reflexos negativos que ela causou, inclusive no desequilíbrio financeiro de muitas famílias, através da baixa produção das empresas, da alta de desempregos, a redução do consumo, a baixa da renda familiar e a perda do poder de compra, referindo-se na capacidade de adquirir bens e serviços, principalmente alimentícios, neste período.

Diante deste cenário, entende-se que os esforços do Estado devem estar concentrados em desenvolver suas políticas públicas constitucionais, pela garantia dos direitos, assegurando a dignidade da pessoa humana, oferecendo mecanismos ao cidadão para superar a precariedade financeira.

Dessa forma, este artigo apresenta a classificação dos orçamentos públicos e suas diretrizes, os pressupostos da atual crise econômica e a concretização das diversas políticas públicas existentes no Brasil, que, em regra, visam materializar os direitos e garantias fundamentais, tendo em vista as prioridades e recursos a serem usados pelo governo em consonância com as necessidades da sociedade.

2. CONCEITOS

2.1. CRISE ECONÔMICA

No momento atual, é muito comum o telespectador ouvir nos jornais as manchetes sobre a queda do PIB (Produto Interno Bruto) no Brasil, porém, o que ele talvez não saiba é que o PIB se trata de um indicador de medida de todos os novos bens e serviços produzidos no país em certo período e, o seu declínio é justamente o que caracteriza uma crise econômica, uma vez que o decréscimo **no nível de produção** está diretamente ligado a redução do consumo, e, conseqüentemente, a queda das taxas de lucro, aumento do desemprego, etc.

Tiago Reis (2019), formado em administração de empresas pela FGV, explica:

“O PIB pode ser entendido pelo lado da demanda da economia, e não só pelo lado da oferta (produção). Isso significa que ele também pode ser calculado pela soma do consumo das famílias, dos gastos do governo, dos investimentos das empresas e da balança comercial líquida (exportações – importações). Nessa ótica, fica simples entender como a economia é um sistema totalmente interligado. Isso porque, quando há uma redução da demanda (gastos) das famílias e

do governo, as empresas passam a lucrar menos. Esse menor lucro faz com que as companhias tenham que reduzir suas operações, o que inclui a demissão de funcionários. Essas demissões, por sua vez, fazem com que a renda média da população reduza. Por fim, a redução da renda faz com que a demanda reduza mais ainda, intensificando esse ciclo de escassez.”

2.2. POLÍTICAS PÚBLICAS CONSTITUCIONAIS

As políticas públicas constitucionais são um conjunto de atividades, programas e decisões praticadas, direta ou indiretamente, pelo chamado “Estado em Ação”, que, em regra, visam materializar os direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988.

Contudo, essas incumbências do Poder Público originam-se de uma conciliação de competências entre o Poder Legislativo e Executivo, sendo que, este é responsável por criar uma base legal, como o artigo 165, da nossa Carta Magna, para a efetiva atuação daquele que identifica as reais necessidades do povo, administra os recursos financeiros disponíveis, planeja a aplicação e fiscalização dos investimentos, etc.

Em 2020, o programa “Todos Pela Educação” registrou, em seu ambiente virtual, os quatro tipos de políticas públicas existentes no Brasil e alguns exemplos de cada uma delas, conforme segue:

2.2.1. Políticas Públicas Distributivas

Possuem a função de distribuir certos serviços, bens ou quantias a uma parcela específica da população, como para as áreas que sofrem com enchentes, por exemplo, e as cotas raciais, no setor da educação.

2.2.2. Políticas Públicas Redistributivas

Sua principal função é redistribuir bens, serviços ou recursos para uma parcela da população, retirando o dinheiro do orçamento de todos, como acontece no Sistema Previdenciário, por exemplo.

2.2.3. Políticas Públicas Regulatórias

Essas medidas estabelecem regras para padrões de comportamento e tomam a forma de leis, como as regulações do trânsito e a LDB (Lei de Diretrizes e Bases da Educação).

2.2.4. Políticas Públicas Constitutivas

Estabelecem as “regras do jogo”, isto é, são elas que dizem como, por quem e quando as políticas públicas podem ser criadas, como na distribuição de funções entre municípios, estados e Governo Federal. Na educação, por exemplo, os municípios são responsáveis pela Educação Infantil e Ensino Fundamental 1, os estados pela Ensino Fundamental 2 e Ensino Médio, já o Governo Federal se encarrega pela Educação Superior.

3. CONTEXTO HISTÓRICO

Historicamente, no dia 07 de setembro de 1822, quando Dom Pedro proclamava a Independência do Brasil as margens do Rio Ipiranga, o país já caminhava a passos largos em direção a primeira grande recessão econômica nacional, tendo em vista a grande queda das exportações de açúcar no período colonial e o brutal autoritarismo da nova Corte, que estagnou o erário e deixou o povo em situação de extrema pobreza. Contudo, mais tarde, na segunda metade do século XIX, depois de décadas de insatisfação e movimentos protestantes da população, a economia brasileira se fortaleceu através do monopólio e expansão da cultura cafeeira no comércio internacional.

Após percorrer os altos e baixos da economia até a virada do século XIX, também é válido mencionar a crise mais impactante do século XX, conhecida como a Grande Depressão ou apenas Crise de 1929 que, de acordo com Arthur Guimarães (2020), especialista em matéria de economia, foi o momento mais catastrófico da história financeira do Brasil até então, pressupondo que, com as sequelas deixadas pela Primeira Guerra Mundial, os Estados Unidos, um dos maiores compradores do café brasileiro, reduziram drasticamente as suas demandas, e, com isso, os preços caíram, a produção declinou e o desemprego disparou, provocando, além disso, a quebra da bolsa de valores de Nova York.

Por conseguinte, nas décadas de 1940 e 1950, o governo de Getúlio Vargas conseguiu restabelecer a economia através de investimentos no setor de infraestrutura e, conseqüentemente, começou um processo de industrialização do país. O plano foi tão certo que, mais tarde, ficou conhecido como o “Milagre Econômico” e impulsionou as próximas gestões a continua-lo, no entanto, depois de vários empréstimos do Brasil nos Estados Unidos, o governo norte-americano aumentou a sua taxa de juros e, como resultado, na década de 1980, o então presidente, general João Figueiredo, esteve diante da crise da dívida externa, com uma elevada inflação e a desvalorização da moeda.

Posteriormente, já em 1990, o Brasil foi alvo de mais uma crise: o Plano Collor, que se estabeleceu na presidência de Fernando Collor de Mello e foi criado na intenção de estabilizar a hiperinflação ainda vigente no país, através de medidas como a privatização de empresas, rompimento de ministérios e demissões de servidores públicos, retenção de

poupanças de depósitos superiores da 50 mil cruzeiros, etc. Sendo que, conforme entendimento de Arthur Guimarães (2020), “O pacote de medidas, contudo, não somente se tornou amplamente impopular, mas também fracassou em controlar a hiperinflação e recessão no Brasil.”

Logo, em 1994, depois de incontáveis estratégias e tentativas frustradas de conter a elevada inflação que vinha corroendo o salário dos brasileiros na época, o atual governo de Itamar Franco deu origem ao mais importante e bem sucedido plano de estabilização econômica da história do Brasil: o Plano Real, que ensejou uma reforma em todo o sistema financeiro nacional e também foi responsável pela criação do real, moeda em circulação no país até o presente momento.

Consoante o raciocínio de José Roberto Castro (2019), antes de congelar os preços na moeda nova, os economistas responsáveis pela implantação do Plano Real preocuparam-se em controlar as contas públicas, principalmente as internacionais, já que uma desvalorização da nova moeda frente ao dólar poderia trazer de volta a inflação, sendo assim, o Brasil renegociou a dívida externa de 1987 com os Estados Unidos e, conseqüentemente, facilitou os investimentos no país, valorizou o real e estabilizou a economia por alguns anos.

Mais tarde, agora no século XX, o Brasil enfrentou a denominada Crise Fiscal em 2015, instituída nos últimos anos do governo Dilma Rousseff e que também alcançou o topo da lista de maiores quedas do PIB brasileiro da história. Segundo Vinicius Müller (apud Thais Carrança, 2021), o acúmulo das dívidas públicas oriundas de crises passadas, a inflação voltando a crescer, os protestos em massa, ocorridos simultaneamente em mais de 500 cidades do Brasil no ano de 2013, além da deflagração da Operação Lava Jato e o processo de impeachment da presidente, geraram um desequilíbrio no sistema de preços e uma desconfiança muito grande dos investidores.

Por fim, é imprescindível reportar os impactos econômicos que assolam nosso país hoje, fruto da mais recente crise sanitária mundial: a pandemia do COVID-19, síndrome respiratória que levou a morte de mais de 665 mil pessoas no Brasil e, conseqüentemente, estagnou o Sistema Único de Saúde (SUS), aumentou a taxa de pobreza, de desemprego, da inflação, do número de falência das empresas, etc. Conforme entendimento de Carlos Henrique Horn, professor de Ciências Econômicas e Virgínia Rolla Donoso, especialista em economia:

“A crise econômica decorrente da pandemia abrange um duplo choque. Há um choque de oferta relacionado à redução dos níveis de produção em virtude das medidas de afastamento físico, combinado a um choque de demanda associado à perda de renda

causada pelas discontinuidades na produção e ao fechamento de postos de trabalho. A confluência de ambos os choques elevou a incerteza e comprimiu o consumo e o investimento.”

4. ORÇAMENTO PÚBLICO

É importante compreender que o papel do Estado na economia se materializa por meio do Orçamento Público, que se constitui através de um documento-lei de iniciativa do Poder Executivo e aprovado pelo Poder Legislativo, que estabelece as metas, prioridades e recursos a serem usados pelo governo em consonância com as necessidades da sociedade.

De acordo com o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, o orçamento público é um instrumento de planejamento governamental que estabelece os destinos dos recursos arrecadados, em equilíbrio com as despesas da administração pública para um ano.

4.1. CLASSIFICAÇÃO

4.1.1. Orçamento Tradicional

O Orçamento Tradicional preocupa-se com o controle político do Poder Legislativo sobre o Poder Executivo, consiste em uma peça meramente contábil de previsão de receita e de autorização de despesas. Não há preocupação com a realização dos programas de trabalho do governo, mas apenas com as necessidades dos órgãos públicos para realização das suas tarefas, sem questionamentos sobre objetivos e metas.

4.1.2. Orçamento de Desempenho

O Orçamento de Desempenho é a evolução do Orçamento Tradicional, uma vez que, mesmo que ainda não seja um planejamento central das ações do governo, consiste no gerenciamento da Administração Pública sobre o resultado das atividades que geraram gastos públicos. Tecnicamente, esse orçamento apresenta os propósitos e objetivos das despesas, dados quantitativos para mensurar o grau de realização e o trabalho empregado em cada programa.

4.1.3. Orçamento Base Zero

Com a técnica do Orçamento Base Zero, cada unidade orçamentária deve justificar, a cada ano, todas as atividades que desenvolve, como se estivessem saindo do zero, impossibilitando, dessa forma, direitos adquiridos sobre verbas anteriormente repassadas aos órgãos da Administração Pública.

4.1.4. Orçamento-Programa

Em uma linha cronológica, o Orçamento-Programa é a mais recente evolução, se trata do instrumento de planejamento das ações do governo mais completo e eficiente, que identifica os seus programas de trabalho, projetos e atividades, além dos estabelecimentos de objetivos e metas a serem implementados, bem como a previsão dos custos relacionados.

4.2. TRIBUTOS

Certamente, a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, assegurou um vasto rol de direitos fundamentais ao cidadão, os quais, todavia, estão submetidos e condicionados ao exercício de deveres constitucionais, afinal, conforme entendimento de Barcarollo (2013), doutor em direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, é impossível implementar somente direitos, sem os seus correspectivos deveres.

Nessa perspectiva, é importante dizer que, na prática, a população desempenha os seus deveres custeando os seus direitos, ou seja, através dos tributos devidos ao povo é feito um depósito em uma “conta bancária” do Governo Federal, chamada de Conta Única do Tesouro Nacional, e, em tese, os valores arrecadados serão utilizados pelo Estado para prestar os seus serviços e garantir os direitos constitucionais da sociedade, como saúde, educação, trabalho, segurança, etc.

José Casalta Nabais (1998, apud SEABRA et. al., 2017), especialista em Direito Fiscal, ressalta a relevância de se identificar que os Estados modernos são, majoritariamente, Estados Fiscais, cujas necessidades financeiras são essencialmente cobertas por impostos.

É oportuno destacar que recentemente o Supremo Tribunal Federal reconheceu que o artigo 145, §1, da Constituição Federal, estabelece, expressamente, o dever fundamental de pagar tributos, em seu texto de lei:

§1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Contudo, pode-se afirmar que os tributos pagos pela população e pelas empresas são a base do Orçamento Público, no entanto, os gastos do governo também podem ser financiados por diversos outros tipos de receitas, como empréstimos, emissão de títulos e rolagem de dívida, por exemplo, o que, em linhas gerais, sempre termina no bolso do cidadão.

Sendo assim, é possível evidenciar a tese de que a sociedade custeia os seus direitos fundamentais, exercendo um dever aquisitivo (pagamento de tributos), ele será revertido em um direito através de obras e serviços, como a construção de rodovias, hospitais, pagamento de servidores públicos, compra de medicamentos, construção de escolas, manutenção dos prédios e órgãos públicos, restauração das estradas, etc.

4.3. DISPOSIÇÃO LEGAL

Primordialmente, ressalta-se a importância do artigo 174, da Constituição Federal, o qual estabelece que o planejamento é um dever do Estado, conforme segue: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

Em 2017, o site do Governo do Brasil divulgou um repositório institucional contendo a base legal do Orçamento Público no país, sendo que, em caráter de norma geral, citou temas importantes contidos na própria Constituição Federal, como o seu Título VI (Da Tributação e do Orçamento), Capítulo II (Das Finanças Públicas), bem como o seu artigo 165, que foi o ponto de partida para a criação dos instrumentos legais, como o Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA), os quais serão abordados no próximo subtópico.

Algumas normas parecem ter caráter vitalício, uma vez que percorrem diversas gerações e não perdem a sua validade e eficácia. É o caso, por exemplo, do artigo 35, que atualmente consta no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mas, que, em 1969, pertencia ao regulamento constitucional da época, porém, ainda hoje regulamenta o Orçamento Público do Estado, estabelecendo regras de cumprimento ao artigo 165, da nossa atual Constituição Federal.

Outro marco importante para a economia da nação foi a criação da Lei de Responsabilidade Fiscal (nº 101/2000), pois também observa as normas orientadoras de finanças públicas tratadas no artigo 163, da Constituição Federal, controlando os gastos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, condicionando-os aos limites estritos de sua efetiva capacidade de arrecadações, de forma a prevenir déficits fiscais e o consequente descontrole das contas públicas.

Posteriormente, a Lei nº 4.320/1964, que estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, de acordo com o disposto no art. 5º, inciso XV, alínea “b”, da Constituição Federal. A lei foi criada a fim de estimular o planejamento, o controle, a transparência nas informações contábeis orçamentárias, financeiras e patrimoniais sobre as operações realizadas pelas entidades governamentais e sobre a responsabilidade dos seus agentes.

Enfim, o Decreto-Lei nº 200/1967, que também serve de parâmetro para as compras governamentais e a execução orçamentária. Em seu artigo 7º define o orçamento público como um dos quatro instrumentos básicos do planejamento, ao lado dos planos e programas nacionais, setoriais e regionais, do programa de governo e da programação financeira.

4.4. INSTRUMENTOS LEGAIS

Como já mencionado anteriormente, o artigo 165, incisos I, II e III, da Constituição Federal, criou uma “pirâmide orçamentária” dos instrumentos do Orçamento Público, colocando o Plano Plurianual (PPA) na base, logo abaixo da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) que se encontra no meio e da Lei Orçamentária Anual (LOA) que está no topo. Por sua vez, todos são estritamente relacionados entre si, formando um sistema integrado de planejamento que deve ser adotado pelos entes da federação (União, Estados e Municípios).

4.4.1. Plano Plurianual (PPA)

O Plano Plurianual (PPA) se trata de um planejamento estratégico a médio prazo, elaborado pelo Poder Executivo Federal a cada quatro anos, sendo que, começa a vigorar no segundo ano de mandato de um presidente e vai até o último dia do primeiro exercício da administração seguinte. Este instrumento define as metas, projetos e gastos previstos para cada área de atuação do governo (saúde, educação, saneamento, transporte, energia, etc.) e é discutido e aprovado como lei pelo Poder Legislativo Federal (Congresso Nacional).

Neste momento, é importante mencionar o §1º, do artigo 167, da Constituição Federal, que versa: “Nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade.”

4.4.2. Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO)

Segundo Vander Gontijo, consultor de orçamento na Câmara dos Deputados, uma das principais funções da Lei de Diretrizes Orçamentárias é enunciar, anualmente, as políticas públicas e respectivas prioridades para o exercício seguinte, considerando as metas previstas no Plano Plurianual e os recursos disponíveis do Tesouro Nacional. Para Vander, este instrumento “é útil em antecipar o debate de grandes problemas orçamentários (como por exemplo, salário mínimo, compensações a estados e municípios, alterações tributárias, política de pessoal)”.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias se trata de um planejamento tático, uma vez que ela revisa o Plano Plurianual e estabelece uma série de regras para elaborar, organizar e executar a Lei Orçamentária Anual (LOA), que será estudada no próximo subtópico.

A título de curiosidade, é válido registrar que é a Lei de Diretrizes Orçamentárias que autoriza a concessão de vantagem ou aumento de remuneração aos servidores dos Poderes da União e do Ministério Público.

4.4.3. Lei Orçamentária Anual (LOA)

A Lei Orçamentária Anual (LOA) é a prática, o Orçamento Público propriamente dito, um planejamento operacional com toda a programação governamental em cada área e a previsão das verbas públicas para custear todos os gastos. No entanto, deve-se haver uma flexibilidade maior na execução deste instrumento, uma vez que determinadas receitas podem não se realizar, outras podem chegar a valores menores do que o esperado e algumas despesas imprevistas podem surgir, sendo necessário alterar o orçamento previsto.

Contudo, a Lei Orçamentária Anual é redigida em um único documento, porém, ele é estruturado em três partes, sendo a primeira constituída pelo Orçamento Fiscal, que se refere aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, de gerenciar as receitas tributárias, as operações de crédito, o pagamento de juros, amortização de dívidas, etc.

Em seguida, deve-se haver o Orçamento de Investimento, que registra as ações das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto, mas apenas daquelas consideradas estatais independentes, isto é, empresas que não necessitam de recursos fiscais do governo para manter ou ampliar suas atividades, por exemplo, a Petrobrás, a Eletrobrás, o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal.

Adiante, o Orçamento da Seguridade Social, que abrange todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público, nas despesas relacionadas à saúde, previdência e assistência social.

Por fim, pode-se concluir que os instrumentos legais supracitados trabalham em conjunto, uma vez que, em cumprimento ao artigo 5º, da Lei de Responsabilidade Fiscal, o Projeto de Lei Orçamentária Anual deverá ser elaborado de forma compatível com o Plano Plurianual e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias.

4.5. PRINCÍPIOS ORÇAMENTÁRIOS

Sérgio Ricardo de Brito Gadelha (2017), doutor em economia pela Universidade Católica de Brasília, elencou os princípios orçamentários da Administração Pública, os quais, através de normas e regras, norteiam toda a fase de elaboração do Orçamento Público, conforme seguem:

4.5.1. Princípio da Legalidade

O Princípio da Legalidade surgiu para combater o inciso II, do artigo 5º, da Constituição Federal, onde estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Isto posto, o planejamento e o Orçamento Público sempre serão realizados através do Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentária e Lei Orçamentária Anual, instrumentos que, uma vez aprovados e positivados pelo Poder Legislativo, exercerão força de lei, se tornando obrigatórios e legítimos para reger todos os atos relativos a despesas emanados pelos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário).

4.5.2. Princípio da Unidade ou Totalidade

O Princípio da Unidade ou Totalidade, previsto no artigo 2º, da Lei nº 4.320/1964, determina que todas as receitas e despesas devem estar contidas em uma só lei orçamentária, sendo que, cada ente da Federação (União, Estados e Municípios) deve elaborar e aprovar a sua, haja vista possuir competência para planejar e executar seu próprio orçamento.

4.5.3. Princípio da Universalidade

Previsto nos artigos 2º e 6º da Lei nº 4.320/1964, o Princípio da Universalidade está claramente incorporado à legislação orçamentária brasileira e possibilita ao Poder Legislativo conhecer, a priori, todas as receitas e despesas do governo,

dar prévia autorização para a respectiva arrecadação e realização, bem como impedir o Poder Executivo de realizar qualquer operação.

4.5.4. Princípio da Especialização, Especificação ou Discriminação

Impõe a classificação e a designação dos itens que devem constar na Lei Orçamentária Anual (LOA), como o detalhamento das despesas, por exemplo.

4.5.5. Princípio da Clareza

De acordo com o Princípio da Clareza, o orçamento deve ser expresso de maneira clara, ordenada e completa, de modo que seu entendimento deverá ser acessível à toda população e não apenas a técnicos e especialistas que o elaboram.

4.5.6. Princípio do Planejamento ou Programação

Com o advento do Plano Plurianual (PPA) na Constituição Federal de 1988, assim como a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), o Princípio do Planejamento ou da Programação estabelece que todos os projetos de gastos devam estar programados na Lei Orçamentária Anual (LOA).

4.5.7. Princípio da Anualidade ou Periodicidade

Previsto no artigo 34, da Lei nº 4.320/1964, esse princípio estabelece que o orçamento deve ter vigência limitada no tempo, estabelecendo que o exercício financeiro coincida com o ano civil, ou seja, as receitas e despesas serão estabelecidas para o período de um ano, com exceção do Plano Plurianual (PPA), que se trata de um planejamento a médio prazo e tem duração de 4 (quatro) anos.

4.5.8. Princípio da Exclusividade

O Princípio da Exclusividade diz que a Lei Orçamentária Anual (LOA) não poderá tratar de matéria estranha ao orçamento, ou seja, em regra, não poderá conter qualquer norma que não verse, única e exclusivamente, sobre a previsão de receitas e à fixação de despesas. Em resumo, esse princípio surgiu com o objetivo de impedir que a lei de orçamento, em função da natural celeridade de sua tramitação no Poder Legislativo, seja utilizada como meio de aprovação de matérias que nada tenham a ver com questões financeiras.

4.5.9. Princípio da Publicidade

Trata-se da aplicação do Princípio da Publicidade da Administração Pública, o qual está previsto no artigo 37, da Constituição Federal, e que se estendeu para matérias

orçamentárias. Especificamente, o artigo 165, parágrafo 3º, determina que o Poder Executivo deva publicar, até trinta dias após o encerramento de cada bimestre, o relatório resumido da execução orçamentária. Logo após, o parágrafo 6º do mesmo artigo, prevê que o projeto da lei orçamentária venha acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrentes de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia.

A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), em seu artigo 48, também ampliou bastante esse princípio orçamentário ao estabelecer que são instrumentos de transparência dos órgãos públicos, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e Leis de Diretrizes Orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o relatório resumido da execução orçamentária e o de gestão fiscal; além das versões simplificadas desses documentos.

4.5.10. Princípio do Orçamento Bruto

Previsto no artigo 6º, da Lei nº 4.320/1964, o Princípio do Orçamento Bruto estabelece que as receitas e despesas devem ser demonstradas na Lei Orçamentária Anual pelos seus valores totais, ou seja, sem deduções ou compensações. Essa regra tem por objetivo impedir a inclusão, no orçamento, de importâncias líquidas, ou seja, demonstradas apenas por saldos positivos ou negativos.

4.5.11. Princípio do Equilíbrio Orçamentário

De acordo com o Princípio do Equilíbrio Orçamentário e as regras da Lei de Responsabilidade Fiscal, o Estado Democrático de Direito deve manter o equilíbrio entre as receitas estimadas e as despesas fixadas, uma vez que, é imprescindível estar no controle das finanças públicas.

5. PRINCIPAIS CAUSAS DA CRISE ECONÔMICA

Dentre as principais causas da atual crise econômica, segundo o Portal da Indústria, estão a corrupção pública elevada, a excessiva burocracia para criação e manutenção de empresas no país, as altas taxas de juros, as disfunções no sistema burocrático para importação e exportação de produtos e os altos custos trabalhistas e do sistema previdenciário.

Gabriel Lucas Alves Ferreira, graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, destaca que com inúmeros escândalos de roubo no jornal todos os dias, além da situação de impunidade baseada em falácias

e as declarações infundadas ao povo brasileiro de não se saber absolutamente nada referente aos esquemas de corrupção, o governo nunca terá credibilidade suficiente para contar com apoio dos diversos setores da economia nacional e internacional, situação que agrava ainda mais um momento de crise, gerando mais insegurança em relação ao futuro da economia do país e tornando o processo de recuperação mais lento.

6. INFLUÊNCIA DA CRISE ECONÔMICA NA EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS CONSTITUCIONAIS

Como já exposto, é dever do Estado criar uma atmosfera favorável a efetivação dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, através de políticas públicas voltadas ao interesse, bem-estar e qualidade de vida do povo, nas áreas de saúde, educação, meio ambiente, habitação, assistência social, lazer, transporte, segurança, etc. Mas, por outro lado, as consequências de uma crise econômica dificultam essa função, faltam recursos e o governo fica em déficit com a população.

No presente, a falta de emprego ainda atinge mais de 11,949 milhões de brasileiros, gerando o crescimento da pobreza, a redução do consumo, do número de pessoas com renda fixa e, conseqüentemente, as arrecadações do país, afetando o giro da economia, além de prejudicar negociações de investimentos estrangeiros, uma vez que, um alto número de desempregados pode significar má administração pública e aumento das desigualdades sociais.

Outro aspecto negativo do período de recessão econômica é a Dívida Pública Federal que só aumenta e, inclusive, segundo informações da Secretaria do Tesouro Nacional, do Ministério da Economia, fechou 2021 em R\$5,613 trilhões, incluindo o endividamento interno e externo do Brasil. Uma Dívida Pública descontrolada também afeta a credibilidade do país e pode ser mal vista pelos credores, de modo que eles exijam uma maior taxa de juros para continuar emprestando dinheiro frente a uma maior possibilidade de “calote”.

Finalmente, é possível citar a aterrorizante inflação e a desvalorização do real como fatores que também prejudicam e até paralisam as ações do governo na efetivação das políticas públicas constitucionais, uma vez que consiste em um aumento geral nos valores de bens e serviços, como é comum ver atualmente no preço da carne bovina, dos remédios em geral, combustível, energia elétrica e muito mais, correspondendo a uma redução do poder de compra do dinheiro e afetando toda a população diretamente, além de também desestimular os investimentos e a industrialização.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em 2020, o Governo Federal lançou um plano para estimular o crescimento econômico brasileiro após a crise do coronavírus: o Programa Pró-Brasil, que está dividido em dois eixos: ordem (medidas estruturantes) e progresso (investimentos), com ações de recuperação previstas nas áreas de saúde, infraestrutura, produção, tecnologia, entre outras.

No entanto, conforme entendimento de Mauro Silva e Virgilio Fordelone Neto (2021), ambos auditores fiscais da Receita Federal do Brasil, o país enfrenta há alguns anos uma crise fiscal sem precedentes, que somente foi agravada pela pandemia. Sendo assim, segundo os autores mencionados, muito se fala no fortalecimento do fisco como medida de recuperação da economia, mas, além de não haver espaço para elevar a carga tributária, que já é muito alta, com o teto de gastos exorbitante desde 2016, é indiferente aumentar a produtividade de arrecadação, por isso, no momento, é importante diminuir ao máximo as despesas da União e estabelecer políticas públicas bem definidas.

Por outro lado, no Brasil há um privilegiômetro tributário gigantesco para as classes mais altas, onde não se tributa sobre jatos e iates, por exemplo, e, com isso, só na esfera federal, foram mais de R\$315 bilhões de privilégios em 2021. Sendo assim, outro caminho para combater a atual crise econômica seria a criação do Imposto sobre Grandes Fortunas, que teria alíquotas de 1%, 2% e 3% incidindo sobre o patrimônio que for maior do que R\$20 milhões, R\$50 milhões ou R\$100 milhões, respectivamente, sendo que, o potencial de arrecadação de um imposto assim seria de R\$ 40 bilhões por ano, além de se alcançar um sistema tributário mais justo e que funcione com maior equidade, cobrando mais de quem tem mais e menos de quem tem menos.

Michel Abdo Alaby (2020), especialista em economia e administração de empresas, acrescenta outra medida importante para reestabelecer a economia no Brasil:

“A solução dessa questão estaria em um ambicioso pacote de privatizações, que se, para muitos era uma questão ideológica, se coloca cada vez mais como imposição da realidade. Se antes as privatizações eram vistas somente como uma maneira de diminuir o tamanho do Estado, aumentar a sua eficiência e diminuir possibilidades de corrupção, hoje se colocam também como uma maneira de gerar recursos. Talvez a única, no montante que precisamos.”

Giulia Fontes (2020), mestre em Ciência Política, também apresentou algumas soluções ousadas propostas por economistas, como por exemplo, a defendida publicamente pelo ex-ministro da Fazenda e atual secretário de Fazenda e Planejamento de São Paulo, Henrique Meirelles, de se permitir a expansão da base monetária do país –

o popular "imprimir dinheiro" –, medida que, na prática, se realizaria pelo Banco Central, através da compra de títulos públicos e privados no mercado secundário, que colocaria mais moeda em circulação e promoveria mais liquidez para empresas e pessoas que estão em dificuldade.

Por fim, outra alternativa para capitalizar o governo neste momento de crise seria usar as reservas internacionais para abater a dívida pública que, por sua vez, tende a crescer cada vez mais, já que o governo deve precisar de recursos extras para bancar políticas de socorro à economia e para compensar a perda de arrecadação advinda da desaceleração da atividade na pandemia. A medida foi defendida pelo próprio ministro Paulo Guedes, que afirmou ser "incongruente" um país ter reservas de quase R\$2 trilhões, mas esteja com uma dívida de R\$4 trilhões.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALABY, Michael. **Cenários da economia e estratégias para a retomada das atividades.** Disponível em: <https://alabyconsultores.com.br/cenarios-da-economia-e-estrategias-para-a-retomada-de-atividades/>. Acesso em: 07/05/2022.

ALVARENGA, Darlan. **Desemprego fica estável em 11,1% no 1º trimestre e atinge quase 12 milhões, diz IBGE.** Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2022/04/29/desemprego-fica-em-111percent-no-1o-trimestre-diz-ibge.ghtml>. Acesso em: 14/05/2022.

BARCAROLLO, Felipe. **O dever fundamental de pagar impostos como condição de possibilidade para a implementação de políticas públicas.** Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento (RFPTD), Rio de Janeiro, v.1, n.1, p.18.

CARRANÇA, Thais. **PIB: Pandemia agrava o que já seria pior década de crescimento no Brasil em mais de um século.** Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56257245>. Acesso: 09/05/2022.

CARVALHO, Talita. **O que é uma crise econômica.** Disponível em: <https://www.significados.com.br/crise-economica/>. Acesso em: 09/04/2022.

CASTRO, José Roberto. **O que foi o plano real e como ele controlou a hiperinflação.** Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/explicado/2019/06/30/O-que-foi-o-Plano-Real-e-como-ele-controlou-a-hiperinfla%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 29/04/2022.

CLAUDIA, Maria. **Dívida pública fecha 2021 acima de R\$ 5,6 trilhões.** Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2022-01/divida-publica-fecha-2021-acima-de-r-56-trilhoes>. Acesso em: 15/04/2022.

CONTIJO, Vander. **Instrumentos de planejamento e orçamento**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/cidadao/entenda/cursopo/planejamento#:~:text=O%20modelo%20or%C3%A7ament%C3%A1rio%20brasileiro%20%C3%A9,a%20Lei%20Or%C3%A7ament%C3%A1ria%20Anual%20%2D%20LOA>. Acesso em: 06/0/2022.

DÓRIA, Davi Barretto. **Do dever fundamental de pagar o tributo**. Conteúdo Jurídico, 2019. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/52808/do-dever-fundamental-de-pagar-o-tributo#:~:text=Recentemente%20o%20Supremo%20Tribunal%20Federal,fundamental%20de%20pagar%20os%20tributos>. Acesso em: 10/04/2022.

Entenda a economia do Brasil, seu contexto, atualidades e perspectivas. Portal da Indústria. Disponível em: <https://www.portaldaindustria.com.br/industria-de-a-z/economia/#:~:text=Temos%20como%20exemplo%20disso%20o,trabalhistas%20e%20do%20sistema%20previdenci%C3%A1rio>. Acesso em: 20/05/2022.

FERRARI, Hamilton. 2011 a 2020: **A pior década da história da economia brasileira em 120 anos**. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2019/06/23/internas_economia,764945/2011-a-2020-a-pior-decada-da-historia-da-economia-brasileira-em-120-a.shtml. Acesso em: 14/04/2022.

FERREIRA, Gabriel Lucas Alves. **As reais causas da Crise Econômica no Brasil**. Disponível em: <https://gab Lucas89.jusbrasil.com.br/artigos/335836327/as-reais-causas-da-crise-economica-no-brasil>. Acesso em: 18/05/2022.

FONTES, Giulia. **O que fazer para sair da crise? Veja três soluções ousadas propostas por economistas**. Disponível em: www.gazetadopovo.com.br/republica/solucoes-crise-economia-coronavirus/. Acesso em: 17/04/2022.

GADELHA, Sérgio Ricardo de Brito. **Entendendo o Orçamento Público (ENAP)**. Governo do Brasil, 2017. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/3167>. Acesso em: 10/04/2022.

GODOI, M. S; ROCHA, S. A (orgs.). **O dever fundamental de pagar impostos: o que realmente significa e como vem influenciando nossa jurisprudência?** 1. ed. Belo Horizonte. Editora D'Plácido, 2017, p. 25.

GUERRA, Bruno. **As principais crises econômicas do Brasil e o controle financeiro.** Disponível em: <https://blog.in1.com.br/as-principais-criSES-economicas-do-brasil-e-o-controle-finaceiro>. Acesso em: 15/05/2022.

GUIMARÃES, Arthur. **Recessão: as piores crises econômicas no Brasil nos últimos 100 anos.** Disponível em: <https://www.suno.com.br/noticias/recessao-piores-criSES-economicas-brasil/>. Acesso em: 20/05/2022.

HORN, Carlos Henrique. **Consequências imediatas da pandemia no mercado de trabalho brasileiro.** Disponível em: <https://www.ufrgs.br/fce/consequencias-imediatas-da-pandemia-no-mercado-de-trabalho-brasileiro/>. Acesso em: 19/05/2022.

MACEDO, Stephanie. **Políticas Públicas: o que são e para que existem.** Disponível em: <https://al.se.leg.br/politicas-publicas-o-que-sao-e-para-que-existem/>. Acesso em: 01/05/2022.

MARINGONI, Gilberto. **A grande crise da independência.** Disponível em: https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&id=2864:catid=28#:~:text=A%20grande%20crise%20da%20Independ%C3%Aancia&text=Brasil%20se%20torno%20independente%20sob,%20dominante%20na%20vida%20nacional. Acesso em: 13/04/2022.

MARINGONI, Gilberto. **História – Império de crises.** Disponível em: https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&id=2572:catid=28. Acesso em: 13/04/2022.

MATIAS, Átila. **Desemprego.** Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/geografia/o-desemprego-mundial.htm#:~:text=O%20desemprego%20gera%20consequ%C3%Aancias%20em,afeta%20o%20giro%20da%20economia>. Acesso em: 15/04/2022.

MORGADO, Laerte Ferreira. **O orçamento público e a automação do processo orçamentário.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-85-o-orcamento-publico-e-a-automacao-do-processo-orcamentario>. Acesso em: 01/05/2022.

NOTÍCIAS ODS. **Conheça alguns dos planos nacionais de recuperação econômica em resposta à covid-19.** Disponível em: <https://estrategiaods.org.br/conheca-alguns-dos-planos-nacionais-de-recuperacao-economica-em-resposta-a-covid-19/>. Acesso em: 08/05/2022.

O que é uma política pública e como ela afeta sua vida. Todos Pela Educação. Disponível em: <https://todospelaeducacao.org.br/noticias/o-que-e-uma-politica-publica-e-como-ela-afeta-sua-vida/>. Acesso em: 15/04/2022.

PIRES, Luma Cecilia Ribeiro. **Dúvida Pública: dois lados de uma mesma moeda.** Disponível em: <https://www.revive.com.br/blog/politica-cidadania-nexos/divida-publica-dois-lados-de-uma-mesma-moeda/>. Acesso em: 02/05/2022.

QUEIROZ, Glauber. **Direito Constitucional: Políticas Públicas e a Promoção dos Direitos Fundamentais.** Disponível em: <https://glalberqueiroz.jusbrasil.com.br/artigos/361228902/direito-constitucional-politicas-publicas-e-a-promocao-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 04/05/2022.

QUEIROZ, Tulio. **Plano Real.** Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/historiadobrasil/plano-real.htm#:~:text=O%20Plano%20Real%20foi%20um,crise%20que%20levou%20%C3%A0%20hiperinfla%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 11/05/2022.

REIS, Tiago. **Crise econômica: o que é e como se proteger de seus efeitos?** Disponível em: <https://www.sun0.com.br/artigos/crise-economica-oportunidade-ou-ameaca/>. Acesso em: 10/04/2022.

ROQUE, Leandro. **Três consequências da desvalorização da moeda - que muitos economistas se recusam a aceitar.** Disponível em: <https://www.mises.org.br/article/2175/tres-consequencias-da-desvalorizacao-da-moeda-que-muitos-economistas-se-recusam-a-aceitar#:~:text=Moeda%20com%20menos%20poder%20de,como%20explicado%20no%20exemplo%20acima>. Acesso em: 02/05/2022.

ROUBICEK, Marcelo. **Recessão: do conceito amplo aos efeitos sobre a população.** Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/explicado/2020/07/18/Recess%C3%A3o-do-conceito-amplo-aos-efeitos-sobre-a-popula%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 13/04/2022.

POR UMA EPISTEMOLOGIA FEMINISTA DECOLONIAL

JENNIFER ALINE ERNESTO DE OLIVEIRA:

Advogada. Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2019), mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2022);

RESUMO: Este artigo tem a finalidade de apresentar o pensamento feminista decolonial como uma epistemologia. A epistemologia feminista decolonial no contexto da Filosofia do Direito tem a finalidade de refletir sobre a sociedade, a política e a cultura sob a ótica de análise do Feminismo Decolonial. O ordenamento jurídico, bem como os conflitos jurídicos são submetidos ao método de análise formal do materialismo histórico marxista, e com o método de análise material dos estudos decoloniais ou pós-coloniais, os quais visam a (des)construção do pensamento ocidental sob o questionamento da influência da colonização europeia e, conseqüentemente, as heranças do colonialismo nas relações institucionalizadas na contemporaneidade.

Palavras-chave: Decolonialismo. Feminismo. Racismo. Luta de Classes.

ABSTRACT: The purpose of this article is to present decolonial feminist thought as an epistemology. Decolonial feminist epistemology in the context of Philosophy of Law aims to reflect on society, politics, and culture from the perspective of analysis of Decolonial Feminism. The legal world, as well as legal conflicts, are submitted to the formal analysis method of Marxist historical materialism, and to the material analysis method of decolonial or post-colonial studies, which aim at the (de)construction of western thought under the questioning of the influence of European colonization and, consequently, the legacies of colonialism in institutionalized contemporary relations.

Keywords: Decolonialism. Feminism. Racism. Class Struggle.

Introdução

Difícil é a tarefa de construir propostas científico sociais para que se adie o fim do mundo¹²¹. No entanto, enquanto há vida, faz-se necessária a reflexão acerca das construções político, sociais, econômicas e suas nuances, com a finalidade de questionamento das engrenagens sociais.

O pensamento feminista levanta questionamentos importantes na construção social no caminho para a diminuição das desigualdades. Isto porque, os feminismos ao

121 Paráfrase do termo cunhado por Ailton Krenak em sua obra: **Ideias para adiar o fim do mundo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

questionar os papéis de gênero e sexualidade, incitam a denúncia de outras desigualdades incipientes na estrutura social, como as discussões de raça, gênero e classe.

Assim como as diversas correntes filosóficas existentes, o feminismo não é um campo unificado. Há diversas vertentes, bem como a construção do próprio movimento feminista é controversa. Historicamente, a discussão feminista dominante evidencia a figura da mulher branca, no entanto, os feminismos de oposição reivindicam as pautas de mulheres negras, mulheres indígenas, mulheres trans e mulheres estrangeiras.

E, para além do feminismo, os estudos decoloniais assumiram um compromisso epistemológico de confrontar as ideias filosóficas dominantes, de forma a retirar da normalidade o evento da colonização, e com isso desenhar imaginários epistemológicos os quais enfatizem a diferença colonial como uma estratégia fundamenta, antes e agora, para rebaixar populações e regiões do mundo (MIGNOLO, 2022).

Isto significa que, para além dos embates culturais no feminismo, seria necessário a compreensão do conceito de raça, classe e gênero. E, de forma mais profunda, o entendimento da classificação e a hierarquização, como um assunto epistêmico na construção da colonialidade do poder (MIGNOLO, 2022).

Ou seja, a narrativa feminista decolonial começa a ser compreendida para além da própria discussão de gênero, uma vez que o colonialismo enfatizou a diferença entre os corpos, a diferença entre a recepção social, cultural, política e econômica da cultura de cada um dos povos, como um resultado vivo da colonização.

A controvérsia é tão profunda há diversos outros movimentos que disputam a narrativa feminista com a finalidade de extingui-lo. Além disso, a construção de uma filosofia sobre as masculinidades também está ganhando espaço nos debates acadêmico-culturais.

Nesse contexto, e sem prejuízo de posteriores reflexões e transformações necessárias ao pensamento feminista contemporâneo, este artigo propõe uma inicial análise do Feminismo Decolonial.

1.A popularização do Feminismo: uma breve história

O Feminismo é compreendido como um conjunto de movimentos, sendo eles: político, sociais, ideológicos e filosóficos, os quais têm a finalidade de atingir a igualdade de direitos do gênero feminino e masculino. O Feminismo tem como escopo de trabalho a discussão dos direitos das mulheres, da libertação de padrões patriarcais, com base em normas estabelecidas historicamente.

Como método de análise histórica, Maggie Humm e Rebecca Walker popularizaram a divisão da história do feminismo em três ondas: **(i) século XIX e início do século XX; (ii) 1960 e 1970; e (iii) 1990 até a atualidade.**

A *primeira onda* do feminismo teria ocorrido no Reino Unido e nos Estados Unidos, em que a luta pela igualdade dos direitos contratuais e de propriedade para homens e mulheres foi debatida por meio da oposição de casamentos arranjados e da propriedade de mulheres casadas por seus maridos. Nesse contexto, o feminismo foi destacado pela conquista de poder político de mulheres brancas, o sufrágio. Ressalta-se que no século XIX a escravidão ainda não havia sido abolida. Assim, muitas teorias feministas foram elaboradas por mulheres privilegiadas que vivem no centro, cujas perspectivas sobre a realidade incluem o conhecimento e a experiência vivida, por aquelas mulheres e homens que vivem na margem (HOOKS, 2019).

A *segunda onda* do feminismo teve início nos anos 1960, e coexiste com a terceira onda. Esta onda questionou, para além do sufrágio, o fim da discriminação. Nesse contexto houve a reivindicação das desigualdades culturais e políticas das mulheres como imbricadas nos aspectos de suas vidas privada e pública. Essa fase ficou conhecida o *slogan* proposto pela feminista Carol Hanisch **“O pessoal é político”**. O que imprimiu que a vida privada não deveria ser afastada da vida pública no contexto da luta por direitos.

Já o feminismo da *terceira onda* teve início na década de 1990 com a finalidade de desafiar ou evitar as definições essencialistas da feminilidade, havendo um questionamento frente as experiências das mulheres brancas de classe média alta. As líderes feministas da terceira onda são a Gloria Andaluz, bell hooks¹²², Cherrie Moraga, Audre Lorde, Maxine Hong Kingston, Angela Davis e diversas outras feministas negras as quais reivindicaram o enfoque da luta feminista, denunciando a micropolítica centrada na vida privada das mulheres brancas. Sendo que o pensamento e a prática feministas foram profundamente alterados quando mulheres negras e brancas de postura radical começaram, juntas, a desafiar a ideia de que o ‘gênero’ era o fator que, acima de todos, determinava o destino de uma mulher (HOOKS, 2019).

Na contemporaneidade, o feminismo ganhou popularidade e diversos *slogans* têm ocupado a mídia, seja em comerciais, camisetas e outros produtos comercializáveis. “Lute como uma Garota” e “Clube da luta feminista” fazem a propaganda da importância da consciência dos direitos das mulheres, bem como a igualdade de gênero. Se por um lado a popularização da luta feminista é benéfica a causa, por outro, há o esvaziamento da discussão. Isto porque a popularização dos conceitos dá confiança ao conhecimento

¹²² Destaca-se aos leitores iniciantes na leitura feminista que autora escreve seu nome apenas com letras minúsculas, uma vez que sustenta que o mais importante é a substância das suas ideias e não propriamente o sujeito que as apresenta.

superficial. Houve um afastamento e, até esquecimento, dos tópicos como violência obstétrica, direito ao corpo e violência sexual em comparação a disseminação das discussões sobre a ocupação de cargos de liderança de mulheres nas empresas.

bell hooks entende que a luta feminista em qualquer época acontece quando um grupo de pessoas se organiza para combater a opressão do patriarcado. Ou seja, a luta feminista ocorre a qualquer época onde quer que uma mulher ou um homem se erga contra o sexismo, contra a exploração sexista e a opressão. O movimento feminista acontece quando grupos de pessoas se reúnem em torno de uma estratégia organizada no intuito de combater o patriarcado (HOOKS, 2019).

Não obstante, bell hooks, Ângela Davis, María Lugones, Yurdeks Espinosa, Patrícia Hill Collins, Françoise Vèrges e tantas outras feministas constroem uma teoria feminista combativa à teoria feminista dominante, as quais começam a ser compreendidas como feminismo negro, para depois ser compreendido de forma concomitante, mas nem sempre, como um feminismo interseccional, e até que o conceito de feminismo decolonial fosse forjada. O que demonstra que as ideias inclusivas ao movimento feminista não são suficientes no combate das estruturas de opressão. Isto porque o discurso de inclusão esvaziado de profundidade obscurece as críticas importantes para o crescimento da luta por reivindicação por direitos.

O feminismo inclusivo desejado de **Sejamos todos feministas** se revela inatingível, já que as mulheres como um todo não são iguais e os homens como um todo não são iguais; assim, as mulheres deveriam aspirar à conquista da igualdade em relação a quais homens? O racismo e a divisão em classes sociais, na medida em que se combinam, também se opõem. Em outras palavras, o argumento de **Sejamos todos feministas** é falacioso por dois motivos. Por um lado, ele propõe uma ideia de feminismo inclusivo que obscurece toda a crítica feita pelos feminismos negro e decolonial. Estes propõem justamente libertar toda a sociedade, e não uma separação dos homens. Por outro lado, tal argumento reduz o feminismo a uma mera mudança de mentalidade válida para todas as mulheres e todos os homens em todos os momentos e em qualquer lugar (VÈRGES, 2019).

E é nesse contexto que este artigo é inserido.

O método de análise do presente artigo transita entre o materialismo histórico marxista, a filosofia decolonial e a teoria construtivista social, as quais oferecem sustentação as reflexões de classe, de raça e gênero, enquanto conceito construído social e culturalmente por meio do discurso.

2. Feminismo Decolonial e a crítica ao Feminismo Liberal

Os *slogans* de diversidade e inclusão corporativizam a ampla discussão do Feminismo, o qual originalmente buscava a promoção de mudanças estruturais. Atualmente, as discussões estão resumidas às políticas corporativas, índices de desenvolvimento e premiações nos contextos empresariais. No entanto, na prática, há a violência contra a mulher, o encarceramento em massa, os genocídios de mulheres, povos negros e indígenas, e grupos LGBTQIA+. A discrepância entre as discussões demonstra que a mercantilização da discussão não reduz as desigualdades na base da pirâmide social.

O capitalismo, enquanto sistema social vigente, absorve as lutas sociais em sua estrutura, tornando aquilo que deveria ser revolucionário em reformas.

O Feminismo enquanto movimento social e instrumento de luta de reivindicação dos direitos das mulheres foi absorvido pelo capitalismo e se tornou um produto social, o qual, conseqüentemente comporta opressão. Este é o feminismo liberal.

Ângela Davis denunciou o caráter de exclusão do feminismo dominante, demonstrando o quanto as discussões estariam centradas na dialética das mulheres brancas de classe média e classe média alta. E, que de forma prática, a luta pelos direitos das mulheres foi ideologicamente definida como uma luta pelos direitos das mulheres brancas de classe média, expulsando mulheres pobres e da classe trabalhadora, expulsando mulheres negras, latinas e de outras minorias étnicas do campo do discurso coberto pela categoria "mulher". As muitas contestações dessa categoria ajudaram a produzir o que viemos a chamar de 'teorias e práticas feministas radicais das mulheres de minorias étnicas' (DAVIS, 2013).¹²³

O feminismo branco, ou feminismo liberal ou ainda, feminismo dominante, são nomenclaturas que foram forjadas com a finalidade de denunciar a restrição do movimento de mulheres que exclui da categoria mulher tantas outras, as racializadas. Isto porque o feminismo branco, aceito como universal, impõe a existência da categoria única de mulher, esta absorvida e aceita pelo sistema capitalista e colonial.

A proposta de um Feminismo Decolonial pela filósofa francesa Françoise Vêrges reivindica lugares à mesa da discussão feminista ao anunciar a pluralidade de história das mulheres e a necessidade de que se faça justiça a essas narrativas. Françoise entende que a escrita do passado e da história das mulheres racializadas não teve a mesma trajetória da escrita feminista europeia porque cada uma passou por um processo diferente. Para as racializadas, não foi necessário preencher uma ausência, mas encontrar as palavras que

¹²³ DAVIS, Angela. ***A Liberdade é uma luta constante, em Feminismo e abolicionismo***: teorias e práticas para o século XXI. Organização de Frank Barat, tradução: Heci Regina Candiani. 1. Ed. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 92.

trouxessem de volta à vida, aquilo que tinha sido condenado à não existência, mundos que tinham sido expulsos da humanidade (VÈRGES, 2020).

E, para além da escrita, necessária é a ênfase do problema concreto das mulheres racializadas frente ao feminismo dominante, isto porque é na violência de raça, classe e gênero que as estruturas de opressão estão escancaradas. O feminismo dominante se ocupa de mascarar um *feminismo para todos*, para que não se evidencie que há mulheres que sustentam a economia do cuidado, ou ainda, a da reprodução social.

Ou seja, há diferentes teorias feministas para as diferentes realidades sociais que se apresentam. E, não há que se falar apenas da vida confortável das mulheres da burguesia em que só é possível em um mundo onde milhões de mulheres racializadas e exploradas proporcionam esse conforto, fabricando suas roupas, limpando suas casas e os escritórios onde trabalham, tomando conta de seus filhos, cuidando das necessidades sexuais de seus maridos, irmãos e companheiros (VÈRGES, 2020).

O feminismo confortável não é suficiente para a ênfase da reivindicação dos direitos. Há que se falar num feminismo que seja evidentemente contra o pacifismo do feminismo liberal. E, para resistir a essa cooptação, é preciso antes de tudo construir uma perspectiva feminista diferente – uma nova teoria –, cujo pressuposto não seja a ideologia do individualismo liberal. (HOOKS, 2019)

No entanto, é fato que os diversos feminismos conquistaram importantes direitos civis e políticos, como o sufrágio universal, regramentos os quais possibilitassem o divórcio da mulher, e ainda, a proteção da mulher contra as diversas formas de violência doméstica. No entanto, as conquistas de direitos absorvidas pelo sistema jurídico não são suficientes para refrear o movimento feminista e suas respectivas reivindicações, que atualmente estão centradas na luta por equidade de gênero, equiparação salarial, fim da cultura do estupro, entre tantas outras pautas.

Os direitos das mulheres conquistados pelo Feminismo e popularizados pelo Feminismo Liberal são o enfoque dessa discussão. O Feminismo enquanto filosofia profundamente alinhada com uma reflexão das estruturas de opressão política, econômica e social foi o responsável pelo ganho de direitos. Direitos esses os quais são constantemente ameaçados pelo avanço do pensamento conservador e das políticas restritivas. Ou seja, o direito é uma luta constante.

Tanto bell hooks quanto Françoise Vèrges compreendem que as ferramentas de opressão construídas pelo colonialismo perpetuam nas dinâmicas sociais contemporâneas e por isso há uma política de vidas descartáveis. É necessário que seja resgatado o anseio revolucionário do Feminismo.

E na necessidade do resgate revolucionário do movimento feminista, é necessário reescrever a história do feminismo desde a colônia é primordial para o feminismo decolonial” (HOOKS, 2019)

Nesse contexto, o Feminismo Decolonial é forjado por Françoise Vèrges, ainda que esta não tenha sido a primeira filósofa a incitar os estudos coloniais¹²⁴. A filosofia colonial não é um conceito homogêneo, restrito apenas a um campo do conhecimento. Inclusive, o filósofo da Martinica Aimé Césaire em seu *“Discurso sobre o Colonialismo”* – com a ilustre frase: “a colonização trabalha para descivilizar o colonizado”, bem como Franz Fanon em *“Peles Negras, Máscaras Brancas”* foram um dos principais pensadores do século XX os quais se dedicaram aos estudos decoloniais. O capital é colonizador, a colônia lhe é consubstanciada, e para entender como ela perdura, é preciso se libertar de uma abordagem que enxerga na colônia apenas a forma que lhe foi dada pela Europa no século XIX e não confundir colonização com colonialismo”. (VERGÈS, 2020)

Ainda, o termo filosofia decolonial (*estudos decoloniais, filosofias do sul*), forjado por Aníbal Quijano¹²⁵ no contexto das Ciências Sociais para denominar os estudos do sul-americanos que têm a finalidade de repensar a constituição da Américas quando da colonização. E, bell hooks situa o pensamento do seu feminismo nesse contexto, de forma reivindicar a igualdade entre os saberes e contestar a ordem do saber imposto pelo Ocidente (HOOKS, 2019).

María Lugones usa o termo colonialidade seguindo a análise de Aníbal Quijano do sistema de poder capitalista do mundo em termos da “colonialidade do poder” e da modernidade – dois eixos inseparáveis no funcionamento desse sistema de poder. De forma a compreender que a análise de Quijano fornece-nos uma compreensão histórica da inseparabilidade da racialização e da exploração capitalista como constitutiva do sistema de poder capitalista que se ancorou na colonização das Américas (LUGONES, 2021)

Isto porque, a ampliação da narrativa de uma filosofia não significa o apagamento da história registrada, mas, a evidência da multiplicidade de discursos; a necessidade de que os campos de conhecimento reconheçam a existência de outros saberes que não estão sendo ouvidos, e que, há esforços para que sejam apagadas da história.

A formação de relações sociais fundadas nessa ideia, produziu na América identidades sociais historicamente novas: índios, negros e mestiços, e redefiniu outras. Assim, termos com espanhol e português, e mais tarde europeu, que até então indicavam

¹²⁴ Se o debate sobre o racismo estrutural na França é tão difícil, isso se deve também a uma paixão por princípios abstratos e não ao estudo das realidades. (VÈRGES, 2020)

¹²⁵ Aníbal Quijano, sociólogo peruano conhecido por ter desenvolvido o conceito de “colonialidade do poder”.

apenas procedência geográfica ou país de origem, desde então adquiriram também, em relação às novas identidades, uma conotação racial. E na medida em que as relações sociais que se estavam configurando eram relações de dominação, tais identidades foram associadas às hierarquias, lugares e papéis sociais correspondentes, com constitutivas delas, e, conseqüentemente, ao padrão de dominação que se impunha. Em outras palavras, raça e identidade racial foram estabelecidas como instrumentos de classificação social básica da população. (QUIJANO, 2005)

3. Feminismo Decolonial e o recorte racial na teoria feminista

Quando da colonização, os marcadores fenotípicos e geográficos foram construídos como instrumentos de dominação entre o colonizador e colonizados. Sendo que, a correspondência da cor da pele e outros estereótipos se tornaram marcadores diferenciadores não apenas de cultura, mas de humanização, no sentido de que a característica cor de pele definiria de antemão o espaço social ocupado.

As novas identidades históricas produzidas sobre a ideia de raça foram associadas à natureza dos papéis e lugares na nova estrutura global de controle do trabalho. Assim, ambos os elementos, raça e divisão do trabalho, foram estruturalmente associados e reforçando-se mutuamente, apesar de que nenhum dos dois era necessariamente dependente do outro para existir ou para transformar-se (QUIJANO, 2005).

E, o que significa o colonialismo? María Lugones expõe que:

a “missão civilizatória” colonial era a máscara eufemística do acesso brutal aos corpos das pessoas através de uma exploração inimaginável, violação sexual, controle da reprodução e terror sistemático (por exemplo, alimentando cachorros com pessoas vivas e fazendo algibeiras e chapéus das vaginas de mulheres indígenas brutalmente assassinadas). A missão civilizatória usou a dicotomia hierárquica de gênero como avaliação, mesmo que o objetivo do juízo normativo não fosse alcançar a generização dicotomizada dos/as colonizados/as. Tornar os/as colonizados/as em seres humanos não era uma meta colonial. A dificuldade de imaginar isso como meta pode ser vista nitidamente quando percebemos que a transformação dos/as colonizados/as em homens e mulheres teria sido uma transformação não em identidade, mas em natureza. E colocar os/as colonizados/as contra si próprios/as estava incluído nesse repertório de justificações dos abusos da missão civilizatória. A confissão cristã, o pecado e a divisão maniqueísta entre o bem e o mal serviam para marcar a sexualidade feminina como maligna, uma vez que as mulheres colonizadas eram figuradas em relação a Satanás, às vezes como possuídas por Satanás (LUGONES, 2021).

Além disso, o estudo decolonial tem a finalidade de superar as formas colonialistas modernas de opressão. Françoise Vèrges em *Feminismo Decolonial* incita o seu pensamento afirmando que a colonização é um acontecimento / período, e o colonialismo é um processo / movimento, um movimento social total cuja perpetuação se explica pela persistência das formações sociais resultantes dessas sequências”. E ainda, que a atemporalidade escravidão/abolição coloca a escravidão colonial em um passado histórico, e assim ignora o fato de que as estratégias de racialização e sexualização continuam projetando suas sombras em nosso tempo.

E, é nessa busca pela descrição das características sociais, políticas e econômicas das mulheres racializadas, que a Filosofia Decolonial emerge. E, conforme preceitua Ângela Davis: *“O feminismo envolve muito mais do que igualdade de gênero. E envolve muito mais do que o gênero”* (VÈRGES, 2020).

Qual seria a diferença prática entre os feminismos? A divisão racial do trabalho. Isto porque a herança histórica das mulheres negras, das mulheres racializadas é a mão de obra escrava. Sendo que os lugares e representações sociais que as mulheres negras e racializadas detêm dentro da sociedade são diferentes. Não é a mesma feminilidade, nem a mesma expectativa de performance do que significa ser mulher.

A exploração dos corpos marginalizados é escondida socialmente. Sendo que o feminismo popular, o dos *slogans*, deve ser perfumado. Não há que se falar da luta das empregadas domésticas, ou industriais. Seria demasiado real levantar uma bandeira feminista a qual de fato alterasse as estruturas sociais.

E, o corpo racializado, é o corpo colonizado, aquele imaginado e construído pelo colonizador e a colonialidade, de acordo com a imaginação colonial e as restrições da empreitada capitalista colonial, mas sim, como um ser que começa a habitar um lócus fraturado, construído suplamente, que percebe duplamente, relaciona-se duplamente, onde os “lados do lócus estão em tensão, e o próprio conflito informa ativamente a subjetividade do ente colonizado em relação múltipla (LUGONES, 2021).

No contexto do regime escravocrata, as mulheres escravizadas tinham seus filhos arrancados a qualquer momento. Não havia possibilidade de defesa a não ser a desobediência, a qual era fatalmente punida pelos senhores de escravos. Para além de amas de leite, as meninas e mulheres negras eram exploradas sexualmente e todos esses papéis estavam submetidos aos caprichos do senhor de escravos e aqueles os quais compunham a elite escravocrata. Nesse contexto, a origem da luta feminista das mulheres negras é diametralmente oposta à das mulheres brancas. O que seria a reivindicação de trabalho em comparação ao trabalho forçado? Para as mulheres racializadas, afirmar o que é, para elas, ser mulher, foi um campo de luta. As mulheres, como eu disse não constituem em si uma classe política (VÈRGES, 2020).

Assim, o mundo contemporâneo e suas ferramentas coloniais perpetuam tais papéis, de forma que a divisão entre limpeza e sujeira baseada está fundamentada na divisão racial do espaço urbano e da moradia. E, para além do espaço urbano, essa divisão se encontra na divisão das dinâmicas de trabalho moderno nas diversas sociedades contemporâneas.

Este trabalho não tem a finalidade de contemplar todas as possibilidades de exploração de mão de obra na divisão racial do trabalho. Isto porque as consequências dessas divisões de trabalho a partir do aspecto racial compreende diferentes consequências. A missão feminista civilizatória é clara: as mulheres europeias estão fazendo uma cruzada contra a discriminação sexista e os símbolos de submissão que persistem em sociedade de fora da Europa Ocidental; elas se apresentam como o Exército que protege o continente da invasão de ideias, de práticas, de mulheres e homens que ameaçam suas conquistas. A narrativa é obviamente falsa (VÈRGES, 2020).

Conclusão

Para que serve esta discussão ao Direito, especificamente ao campo da Filosofia do Direito? O Feminismo Decolonial, bem como a Filosofia Decolonial propõe que as discussões políticas, sociais, econômicas e jurídicas sejam discutidas simultaneamente as questões de raça, gênero, classe, localização geográfica e o quaisquer outros tópicos relevantes na discussão para a análise dos conflitos e realidade.

Isto porque, "As organizações de esquerda têm argumentado dentro de uma visão marxista ortodoxa que a classe é a coisa mais importante. Claro que classe é importante. É preciso compreender que classe informa a raça. Mas raça, também, informa classe. E gênero informa a classe. Raça é a maneira como a classe é vivida. Da mesma forma que gênero é a maneira como a raça é vivida. A gente precisa refletir bastante para perceber as intersecções entre raça, classe e gênero, de forma a perceber que entre essas categorias existem relações que são mútuas e outras que são cruzadas. Ninguém pode assumir a primazia de uma categoria sobre as outras.¹²⁶"

Françoise Vèrges ressalta que a violência "*não é exclusividade do dispositivo colonial, mas lembremos que a escravidão colonial estava fundada na ameaça constante da tortura e da morte de um ser humano legalmente transformado em objeto, assim como no espetáculo público de sua morte.* Ao escancarar a violência do estado moderno, a autora sinaliza que é necessário não se iludir com a popularização do Feminismo. Este

¹²⁶ DAVIS, ANGELA. Artigo publicado no portal Geleés – Instituto da Mulher Negra. Disponível em: <http://www.geledes.org.br/as-mulheres-negras-na-construcao-de-uma-nova-utopia-angela-davis/>. Acesso em: 28 de dezembro de 2021.

precisa ser lembrado e reconstruído, para que suas raízes de radicalidade transforme as estruturas sociais.

Ainda que haja vitórias histórico-sociais em relação aos direitos dos grupos marginalizados. Basta uma guinada conservadora para que haja o desmonte dos direitos conquistados pelos movimentos sociais e filosofias alinhadas com a luta por direitos. A exemplo das mudanças governamentais em todo o mundo, o que constrói uma realidade de difícil transformação através da luta política. E, Françoise entende que há uma lição a ser tirada da eleição para presidente do Brasil, em outubro de 2018, de um homem branco apoiado por grandes proprietários de terra, pelo mundo dos negócios e por Igrejas evangélicas, um homem que declarou abertamente sua misoginia, sua homofobia, sua negrofobia, seu desprezo pelos povos indígenas sua vontade de vender o Brasil ao melhor pagador, de violar as leis sociais voltadas às classes mais pobres e as leis de proteção à natureza, de voltar atrás nos acordos assinados com povos indígenas, e tudo isso alguns meses após o assassinato da vereadora *queer* e negra Marielle Franco (VÈRGES, 2020).

E, é por isso que o feminismo de *slogans* não é suficiente para o combate de violência e aprofundamento da luta por direitos. Há uma ausência de discussão dos direitos reprodutivos, estes os quais não estão evidenciados suficientemente para se tornarem políticas públicas no estado democrático de direito brasileiro. Isto fica evidente quando há o veto pelo presidente Jair Messias Bolsonaro sobre a lei 127 que buscava disponibilizar absorventes em escolas públicas.

Entre os eixos de luta de um feminismo decolonial é necessário, primeiramente, sublinhar o combate à Violência policial e à militarização acelerada da sociedade, que se apoiam na ideia de que a proteção deve ser garantida pelo Exército, pela justiça de classe / racial e pela política. Isso implica recusar o feminismo carcerário e punitivo que se satisfaz com uma abordagem judicial das violências, sem questionar a morte de mulheres e homens racializados/as, uma vez que elas são apresentadas como 'naturais', consideradas um fato de cultura, um acidente, uma triste contingência em nossas democracias. É necessário denunciar a violência sistêmica contra as mulheres e os transgêneros, mas sem opor as vítimas umas às outras (VÈRGES, 2020).

O Feminismo Decolonial é contrário aos feminismos que estão a serviço do capital. É necessária a restituição da raiz do movimento o qual carrega objetivos de justiça social,

127 BRASIL. Lei nº 14.214, de 6 de outubro de 2021. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/Lei/L14214.htm / Projeto de Lei nº 4.968/2019, da deputada Marília Arraes (PT-PE)

dignidade, respeito, políticas de vida contra *necropolítica* de que fala Achille Mbembe¹²⁸. Esses movimentos existem, no entanto, as suas narrativas não estão sendo escutadas.

REFERÊNCIAS

ARRUZA, Cinzia; BHATTACHARYA, Tithi; FRASER, Nancy. **Feminismo para os 99%**: um manifesto. São Paulo: Boitempo, 2019.

CÉSAIRE, AIME. **Discurso sobre o colonialismo**. Trad. Anísio Garcez Homem. **Florianópolis**: Letras Contemporâneas, 2020.

DAVIS, Angela. **Mulheres, Raça e Classe**. Trad. Hecci Regina Candiani. 1 ed. – São Paulo: Boitempo, 2016.

DAVIS, Angela. **Mulheres, Cultura e Política**. Trad. Hecci Regina Candiani. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

DAVIS, Angela. **A Liberdade é uma luta constante**. Org. Frank Barat. Trad. Heci Regina Candiani. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

DAVIS, ANGELA. Artigo publicado no portal Geleés – **Instituto da Mulher Negra**. Disponível em: <http://www.geledes.org.br/as-mulheres-negras-na-construcao-de-uma-nova-utopia-angela-davis/> Último acesso em 01 dez. 2021.

HOOKS, bell. **Teoria Feminista: da margem ao centro**; tradução Rainer Patriota – São Paulo: Perspectiva, 2019 – (palavras negras)

MBEMBE, Achille. **Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte**. Trad. Renata Santini. São Paulo: N-1 edições, 2018.

MORRISON, Toni. **Sula**. Tradução Débora Landsberg – 1 ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

PIZA, Suze. O pensamento decolonial para superar a Colonialidade e o Racismo Epistêmico. **Casa do Saber**. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=8qs9uXf0IOY> Último acesso em 01 dez. 2021.

QUIJANO, Aníbal. **Colonialidade do poder, eurocentrismo e América latina**. Capítulo do livro A colonialidade do saber > eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires, 2005. Disponível em

¹²⁸ MBEMBE, Achille. **Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte**. Trad. Renata Santini. São Paulo: N-1 edições, 2018.

http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf
Último acesso em 02 dez. 2021.

VERGÈS, Françoise. *Um Feminismo decolonial*. Trad. Jamille Pinheiro Dias e Raquel camargo. São Paulo: Ubu Editora, 2020.

VERGÈS, Françoise. *Uma teoria feminista da violência*. Trad. Raquel Camargo. São Paulo: Ubu Editora, 2021.

O ESTUPRO BILATERAL ENTRE ADOLESCENTES MENORES DE 14 ANOS E MAIORES DE 12, CONSIDERA-SE FATO TÍPICO?

RAIANI VITÓRIA DA SILVA:
Acadêmica do curso de Direito da
Universidade Brasil, campus
Fernandópolis.

ELOÍSA DA SILVA COSTA
(orientadora)

RESUMO: Ante a possibilidade de duas pessoas menores entre 12 e 14 anos praticarem ato sexual ou outro ato libidinoso entre si, surgiu o questionamento sobre a viabilidade de se relativizar tal conduta ou se a prática caracteriza fato típico. Assim, este artigo tem por tema o estupro bilateral entre vulneráveis objetivos analisar a possibilidade de relativizar o estupro de vulnerável quando no polo passivo e ativo há menores, ocorrendo relativização do tipo penal em favor da liberdade sexual. O problema envolve um conflito de normas entre o que está previsto na mencionada lei e o texto do ECA, de modo que na atualidade os menores que infringem a norma penal são ao mesmo tempo autores e vítimas, como aduz o Art. 217-A da lei em destaque. O objetivo da pesquisa é enfatizar não apenas a vítima, mas também o autor do ato infracional, enquanto menor de 14 anos.

Palavras-chave: Adolescentes, Estupro bilateral, Inimputabilidade, Tipicidade.

ABSTRACT: Faced with the possibility of two minors between 12 and 14 years old having a sexual act or other lewd act between themselves, the question arose about the feasibility of relativizing such conduct or whether the practice characterizes a typical fact. Thus, this article has as its theme the bilateral rape between vulnerable objectives to analyze the possibility of relativizing the rape of vulnerable when in the passive and active pole there are minors, with the relativization of the criminal type in favor of sexual freedom. The problem involves a conflict of norms between what is provided for in the aforementioned law and the text of the ECA, so that currently minors who infringe the penal norm are both perpetrators and victims, as Art. 217-A of the highlighted law. The objective of the research is to emphasize not only the victim, but also the author of the infraction, while under 14 years old.

Keywords: Adolescents, Bilateral rape, Non-imputability, Typicality.

Sumário: 1. Introdução. 2. Do estupro bilateral. 3. Da inimputabilidade. 4. Tipicidade. 5. Do ato infracional. 6. Conclusões ou Considerações Finais. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo busca expender sobre o estupro bilateral entre adolescentes menores de 14 anos e maiores de 12. Questiona-se a tipicidade, ou não, para tanto, faremos aqui comparativos entre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e o atual Código Penal brasileiro, a fim de entender melhor a proteção do bem jurídico tutelado.

Ao analisarmos o artigo 217-A do Código Penal, por exemplo, logo temos que a resposta é sim, do ponto de vista jurídico o ato de ter relações sexuais, conjunção carnal ou ato libidinoso com um menor de 14 anos, é algo típico e descrito no Código Penal:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos.

Ressalta-se que tal artigo não menciona se há ou não a exceção de consensualidade, uma vez que de acordo com a doutrina tem-se entendido que, ao tratarmos de menores de 14 anos, o estupro é presumido por ser estes tutelados considerados vulneráveis e que não teriam então maturidade suficiente para determinar a consensualidade ou não do ato libidinoso ou sexual.

Apesar disso, precisamos ir além para compreendermos melhor. Sabemos que o estupro então existe e que está devidamente tipificado tornando então crime, e por isso todo e aquele que fazer exatamente o que diz a posituação do artigo 217 -A contra a um vulnerável especificamente estará sujeito ao cumprimento de uma pena em virtude de seus atos.

Visto isso, temos que brevemente abordar que para que alguém possa vir a sofrer algum tipo de sanção ou penalidade descritas na lei do código penal, deve então atender a requisitos como a imputabilidade penal, isto é, capacidade de entender as determinações legais e lhe ser atribuído uma punição quando desrespeitado alguma dessas determinações.

Por outro lado, no Brasil, no entanto, adota-se atualmente a inimputabilidade aplicada aos menores de 18, fazendo com que estes não respondam legalmente por seus atos através do código penal como outros maiores. Mas isso não significa que qualquer adolescente menor de 18 anos será isento de todos os seus atos, uma vez que temos o chamado ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) que cuida de regular tanto os deveres como obrigações desses menores e seus responsáveis legais.

Enquanto no código penal falamos em crime, que se subtende quando existentes os elementos da teoria tripartida composta pela tipicidade, antijuricidade e culpabilidade de um ato para formar então a conduta criminosa.

Por outro, temos o ECA que não cuidará de crimes e sim dos chamados “atos infracionais” já que os menores de 18 anos não completam os elementos do crime por não possuírem ainda a culpabilidade delituosa necessária de modo a serem referidamente chamados de inimputáveis penal.

Visto isso, retomamos ao tema central, que diz respeito ao estupro consensual entre menores de 14 e maiores de 12. Ressaltando a palavra “entre”, chegamos à conclusão do chamado estupro bilateral, isso é, quando praticado por um agente contra o outro de maneira simultânea, já que não discutiremos mais a análise da tipicidade do crime contra um menor praticada por um maior, pois a lei no seu artigo 217 – A, não esclarece isso, apenas diz que é crime ter conjunção carnal ou outro ato libidinoso com um menor de 14 anos, e nada mais.

E quando praticado esses verbos por ambos os adolescentes em mesma faixa etária de idade? Onde se encaixa a tipicidade tendo em vista a inimputabilidade discutida pela ausência do elemento de culpabilidade? É o que veremos a seguir a fundo explicando primeiramente o que seria a bilateralidade da situação.

2. DO ESTUPRO BILATERAL

Desde o implemento da lei 12.015/09, que passou a tratar a respeito do estupro de vulnerável, surgiu o que chamamos de conflito de normas já que estas também são regidas em outro ordenamento como no Estatuto da Criança e do Adolescente. Ambas, comunicam-se entre si sobre o mesmo tema, e desde então repercutem no âmbito jurídico.

Os entendimentos acerca da vulnerabilidade dos menores de 14 anos, são diversificados. Enquanto muitos doutrinadores entendem pela vulnerabilidade relativa e absoluta, outros meios acreditam que tal vulnerabilidade já não se faz mais tão presente nos dias atuais se tratando de jovens que vivem em um meio globalizado onde a questão sexual já vem sendo discutida e apresentada desde cedo, há uma relação de cultura, aprendizado e curiosidades dos próprios adolescentes que os influenciam a chegarem a isso. Há uma distinção entre presunção da vulnerabilidade absoluta e relativa... “vulnerabilidade pode ser absoluta, chamada em latim de *iuris et de iure*, não admitem prova em contrário e a vulnerabilidade relativa, conhecida *juris tantum*, é aquela que admite produção” (GONÇALVES. 2011).

O que ocorreria, porém, se dois menores de catorze anos realizassem entre si atos libidinosos, sendo que tal ato fosse fruto da vontade livre e consciente deles mesmos? Ambos praticariam o crime de estupro bilateral? Se ambos forem maiores de doze anos e menores de catorze anos cometeriam ato infracional? Para aqueles que entendem que não cabe exceção ao art. 217-A, a resposta é positiva! Sim, os dois teriam cometido estupro de

vulnerável e ambos responderiam por ato infracional e seriam ao mesmo tempo vítimas (FILÓ. 2012).

Com essa difusão de leis, onde uma diz o crime e outra protege e define o que são esses adolescentes, e os atos infracionais por eles cometidos, uma grande incógnita na cabeça dos juristas surgiu. Ao analisar o que diz o tanto o código penal como o Estatuto mencionado acerca do estupro de vulnerável ou menor de 14 anos, conclui-se que tanto um como outro são autores e vítimas ao mesmo tempo do artigo 217-A, quando mantém uns com os outros um relacionamento sexual consentido como por exemplo o namoro desses jovens.

O fundamento para tal entendimento, encontra-se na análise do tipo penal em questão, juridicamente temos que tal artigo não exige características específicas de quem o comete, sendo assim atende ao que chamamos de tipo comum, ou forma livre, onde qualquer sujeito pode preencher o polo ativo, no entanto, não é o que ocorre por sua vez no polo passivo onde diz claramente que a vítima necessariamente deve ser menor de 14 anos.

Com base nas explicações mencionadas exemplifico: “Jovem de 13 anos que mantém relações sexuais com o namorado também de 13 anos de forma consentida”. Notamos que então tanto um como outro estão preenchendo os requisitos descritos na tipificação penal, tendo deste modo, um cometido contra o outro fato descrito como crime, ou, ato infracional de acordo com o ECA.

O estupro bilateral como é chamado pelas doutrinas, é algo cada vez mais comum em nossa sociedade. Com base em estudos levantados pelo IBGE, no ano de 2013 cerca de 28% da população adolescente entre 13 e 15 anos no Brasil já praticavam relações sexuais em matéria publicada no portal de notícias do r7 (<https://noticias.r7.com/saude>). E esse número desde então cresce cada vez mais. Sem saberem, jovens cometem o tempo todo mesmo que de forma consentida, o estupro bilateral quando se relacionam com pessoas de suas faixas etárias também menores.

3. DA INIMPUTABILIDADE

Desde os tempos mais remotos se reconhece a necessidade de impor um castigo a todo aquele que infrinja normas de conduta cumpridas pela maioria imanente à própria existência humana. Todavia, a atividade punitiva foi atribuída ao Estado. Reconheceu-se que as paixões são admissíveis para as individualidades, porém é necessário que ocorra um julgamento justo. Ao Estado, a partir da verificação do contexto histórico-social, coube a elaboração do sistema punitivo.

O artigo 228, da Constituição Federal, preceitua que:

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

Imputabilidade significa qualidade do imputável, no sentido etimológico, imputar vem do latim *imputare*, que significa atribuir a alguém uma ação, culpa ou delito. No sentido técnico-jurídico, a imputabilidade não tem uma definição determinada e aceita universalmente.

O inimputável, que pode ser o doente mental ou imaturo (menor, como exposto no presente artigo), não comete crime, mas pode ser sancionado penalmente, aplicando-lhe medida de segurança, que se baseia no juízo de periculosidade, diverso, portanto, da culpabilidade.

A imputabilidade dos menores de 18 anos está prevista nos artigos 228 da Constituição Federal e 104 da Lei nº. 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente. Vez ou outra, observa-se a discussão sobre o tema auferir contornos apaixonados e um determinado grau de irracionalidade em decorrência do imediatismo impingido no discurso dos defensores da diminuição do limite da idade penal a 16 anos ou, como já querem alguns, até mesmo a 14 anos, buscando "dar efetiva satisfação às reivindicações sociais".

4. DA TIPICIDADE

De acordo com a doutrina majoritária, o artigo 217- A, possui o intuito de proteger a inocência, incapacidade, desenvolvimento saudável sexual do menor, com isso o legislador atribuiu o mencionado artigo no tipo penal onde presume-se violência absoluta com relação à idade, ou seja, conjunção carnal ou o ato libidinoso, independentemente de a vítima possuir experiências sexuais anteriores ao fato, e mesmo que consentindo a esse, pois para muitos juristas o que se preza é pela capacidade de discernir determinados atos enquanto menores de 14 anos que não a possuem.

De acordo com a súmula 593 do STJ, o menor de 14 anos não tem discernimento, nem capacidade de consentir a realização da prática sexual, e, portanto, aquele que realizar essa prática estará cometendo crime de estupro de vulnerável, mesmo que tenha um relacionamento amoroso com a vítima, responde o autor pelo delito de estupro de vulnerável.

Súmula 593: O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do

ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

Quando os dois são menores, como no caso do estupro bilateral ambos respondem pelo ato infracional, pois nesta hipótese os dois se consideram autor e vítima simultaneamente. No entanto neste caso não se é punido com pena restritiva de liberdade imposta pelo código penal, e sim será penalizado pelas disposições do ECA.

Ainda que grande parte considere a vulnerabilidade absoluta do menor de 14 anos, pois o texto legal do artigo 217 – a não menciona que o ato de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso deve ser acompanhado de violência ou grave ameaça, por isso nesse caso se tem entendido que somente a consumação do verbo do tipo devem entender-se por crime praticado independente de consento por se levar em conta a não capacidade do menor de discernir seus atos.

Por outro lado, outros entendem pela vulnerabilidade relativa, por entender que se deve ser analisado de acordo com o caso concreto como por exemplo na hipótese de ter o menor consentido e ainda ter relacionamento amoroso etc. com o autor, o que não desclassificaria o crime, mas seria levado em conta pelo julgador.

De acordo com o entendimento do Des. Carlos Contar (2014) do Tribunal de Justiça – MS (2ª Vara Criminal) ao se referir à norma alienígena, mantém a absolvição em sede de recurso, quando recepciona o instituto de Romeu e Julieta (EUA), por entender que não há presunção de violência quando a diferença de idade entre os menores seja igual ou superior a cinco anos levando em conta que ambos estão em fase de descobertas da sexualidade e que neste aspecto não há crime. Aduz ainda o magistrado que os acórdãos discutidos naquela câmara em face da atribuição de autoria nos delitos sexuais voltados para a criança e adolescentes frente ao que dispõe o Art. 217 do CP, em geral os recursos não são providos, mostrando assim uma saída para a resolução desse tipo de demanda.

O julgado acima se utiliza da norma alienígena para atender uma demanda envolvendo menores com idade maior que doze anos e menor que quatorze anos ou que haja uma diferença de cinco anos entre os mesmos e neste aspecto o relator manteve a decisão pela absolvição, por entender que os menores envolvidos estariam no mesmo momento de descobertas da sexualidade e na prática sexual não houve emprego de violência e foi consentida por ambos.

Em suma, verifica-se que o estupro bilateral, ou seja, a prática do ato sexual entre menores maiores de doze anos e menores de quatorze anos, de acordo com os moldes legais apresentados pelo Art. 217-A do CPB, os mesmos cometem ao mesmo tempo ato infracional análogo ao delito de estupro de vulnerável e ambos são vítimas do referido delito.

5. DO ATO INFRACIONAL

Segundo o art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente 140 “considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”. Portanto, ato infracional é toda ação violadora dos tipos penais quando praticada por menores de dezoito anos.

Quando a criança ou o adolescente cometem ato infracional, estes recebem uma sanção proporcional às suas condições de formação, sendo responsabilizados através do disposto em legislação especial, entenda-se o ECA, já que são inimputáveis penalmente. Logo, não há que se falar em impunidade, mas proporcionalidade entre o cometimento do ato e a sanção imposta às crianças e adolescentes.

Saraiva (2006, p. 69), por sua vez, aduz que apesar da inimputabilidade penal da criança e do adolescente, eles são imputáveis diante da norma especial, qual seja: o Estatuto.

A inimputabilidade [...] não significa, absolutamente, irresponsabilidade pessoal ou social. O Estatuto prevê e sanciona medidas Socioeducativas e Medidas de Proteção eficazes. Reconhece a possibilidade de privação provisória de liberdade do infrator [...] e oferece uma gama larga de alternativa as de responsabilização (SARAIVA, 2006)

Adotou-se no Brasil a tipificação delegada, a qual consiste na aplicação dos mesmos tipos penais de adultos para definir as infrações do sistema de justiça juvenil. Desta forma, para configuração do ato infracional são necessários os mesmos requisitos do crime, ou seja, o ato deve ser típico, antijurídico e culpável.

Todavia, considerando o estado peculiar das crianças e dos adolescentes como pessoas em desenvolvimento, o legislador optou pela impossibilidade de eles praticarem crimes, definindo-os como penalmente inimputáveis. Assim, quando a criança ou o adolescente comete ato infracional, estes recebem uma sanção proporcional às suas condições de formação.

6. CONCLUSÕES OU CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estupro bilateral de vulnerável praticado entre adolescentes menores de 14 anos e maiores de 12, e então chamado de ESTUPRO BILATERAL, pelo fato de ambos serem autores e vítimas do crime tipificado no art. 217-a do código penal.

Porém mesmo ambos cometendo ato ilícito, não podem sofrer pena por serem inimputáveis, mas sim medida socioeducativa prevista no art. 101 do ECA (onde se

encontram medidas protetivas e socioeducativas). Melhor dizendo os dois cometem ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável.

Em conformidade com a lei, jurisprudência e doutrina, antes havia a hipótese de um menor de 14 anos ser vulnerável relativamente, ou seja, ele poderia ter a certeza do que estava fazendo e entender plenamente o que é o ato sexual, mas atualmente com a lei 12.015 de 2009, o menor de 14 passou a ter vulnerabilidade absoluta, como está descrito no art. 217-a do CP, com o entendimento anterior os dois menores de 14 anos praticantes do ato sexual poderiam estar conscientes e em sua capacidade plena de compreensão, por conseguinte não praticariam nem ato infracional.

Diante das observações e entendimentos apresentados, tanto como os estudos dos juristas acerca do tema como também a realidade que se observa dia após dia mundo a fora, entendemos que a interpretação de que existe a tipificação penal para o estupro consensual entre menores de 14 e maiores de 12 anos é válida e de fato existe, no entanto, o problema está quando da sua aplicação pois, se formos levar em conta os dias atuais e não seguir ao pé da letra o que diz a lei.

chegamos à conclusão de que não existe penalidade eficaz para tais circunstâncias visto que se trata de atividades cada vez mais comum na sociedade e pouco causa alvoroço a prática sexual entre esses adolescentes como se causava antigamente, o que antes era o foco da sociedade em coibir esses atos, hoje busca-se a orientação e preservação dos mesmos a fim de se evitar outros problemas como a gravidez na adolescência ou transmissão de doenças sexuais. Ressalta-se que obviamente neste caso falamos sempre quando consensual toda e qualquer prática entre os menores.

Apesar de o enfoque ser neste caso a tipificação penal, o que muito se discute em um meio social está mais ligado a questões de cultura e moralidade do que de criminalização dessas condutas. Hoje, grande parte da população encara normal o fato de menores adolescentes se casarem e já constituírem família, isso varia com base em regiões metropolitanas para regiões de interior por exemplo, onde aquela possui maior fluxo de pessoas e por isso mais veem sobre o assunto e essa por adotar condutas mais tradicionais veem pouco menos, mas ainda assim pouco questionam quanto ser crime ou não o fato de um jovem adolescente menor de 14 e maior de 12 possuir relacionamentos amorosos consentidos com a prática ou não sexual. Assim, entende-se: tipificado sim, mas penalizado nem sempre.

7 REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. (Súmula 593, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/10/2017, DJe 06/11/2017)

BRASIL. Decreto-Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. **Código Penal**. Planalto.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

BRASIL. 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.

CAPEZ, Fernando, **Curso de Direito Penal**, volume 3, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H), 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FILÓ, M. da C. S. **O desafio da hermenêutica jurídica diante do crime de “estupro de vulnerável”**. Orientador: Prof. Dr. Marcelo Maciel Ramos, Coorientador: Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho. 2012.106f. Dissertação (Mestrado). Programa de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos, Juiz de Fora, 2012. Disponível em: <https://ri.unipac.br/repositorio/trabalhos-academicos/o-desafio-da-hermeneutica-juridica-diante-do-crime-de-estupro-de-menor-vulneravel/#&gid=tainacan-item-document_id-86736&pid=1>. Acesso em 02 de jun. 2022

GONÇALVES, V. E. R. **Direito Penal Esquematizado**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2011.

Gonçalves, Vitor Eduardo Rios. **Código penal esquematizado**. 9 ed. São Paulo: SaraivaJur.

Lima, Jairo. **A vulnerabilidade da vítima no crime do art. 217-A é relativa ou absoluta?** Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/vulnerabilidade-vitima-relativa-absoluta/>>. Acesso em 02 de jun. de 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SARAIVA, J. B. C. **Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional**. 3 ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.

Ventura, Denis Caramigo. **O estupro (consensual) de vulnerável entre menores de 14 e maiores de 12 anos – Fato típico ou não?**. Disponível em: <<https://deniscaramigo.jusbrasil.com.br/artigos/374354382/o-estupro-consensual-de-vulneravel-entre-adolescentes-menores-de-14-e-maiores-de-12-anos-fato-tipico-ou-nao>>. Acesso em 02 de jun. de 2022

A RETROATIVIDADE DA INTERPRETAÇÃO MAIS GRAVOSA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL

MARCOS ANTONIO MACIEL SARAIVA:

Juiz Federal e mestrando em direito penal pela FADIC-Recife/PE.

RESUMO: O tema do presente trabalho é a eficácia das decisões do STF que, alterando entendimento anteriormente firmado, tragam situação mais gravosa em matéria criminal. O objetivo é analisar se a mudança de orientação jurisprudencial pode ser aplicada retroativamente em desfavor do indivíduo. A pesquisa envolveu análise doutrinária sobre interpretação da lei penal e o princípio da legalidade penal. Também foram analisados três julgados do STF sobre o tema. Ao final, se concluiu que, aos fatos cometidos anteriormente à mudança jurisprudencial, não é válida a aplicação de nova interpretação mais gravosa, por ser contrária aos princípios constitucionais da legalidade penal e da segurança jurídica.

Palavras-chave: princípio da legalidade. lei penal. interpretação. irretroatividade.

INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho é a eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) que, alterando entendimento anteriormente firmado, tragam situação mais gravosa em matéria criminal. O objetivo é pesquisar sobre interpretação da lei penal, o princípio da legalidade penal – em particular, o corolário da *lex praevia* – e os efeitos da mudança jurisprudencial, para se responder à pergunta de pesquisa: A mudança de orientação jurisprudencial pelo STF pode ser aplicada retroativamente em desfavor do indivíduo? A hipótese é a de que o princípio constitucional da legalidade penal impede que se dê eficácia retroativa à nova interpretação se trouxer qualquer espécie de repercussão criminal gravosa. A pesquisa foi executada sob o enfoque da dogmática jurídica, portanto, com utilização preponderante do método dedutivo.

Foi utilizado o método indutivo na parte do trabalho em que foi necessária a análise de casos concretos julgados pelo STF. A análise dos julgados selecionados, entretanto, não tem o condão de concluir que a solução dada ao Tribunal seja tendência jurisprudencial.

Para responder a pergunta, será examinado o conteúdo do princípio da legalidade penal e a existência de garantia à irretroatividade de interpretação da lei que prejudique o indivíduo.

Antes de mais nada, é necessária a observação feita por Castanheira Neves (1995, p. 365) de que o problema só poderá considerar-se relativamente às “correntes jurisprudenciais” e, sobretudo, perante a jurisprudência estabilizadas dos supremos

tribunais¹²⁹, porque não é viável verificar decisões isoladas de inúmeros tribunais ou de juízos singulares.

Sobre o princípio em questão, considerando que a submissão dos três Poderes a um ordenamento jurídico é o que legitima a atuação estatal, tem-se que o princípio da legalidade é indissociável do próprio Estado de direito.

O sentido moderno do princípio ocorre com as revoluções liberais burguesas do século XVIII, que representaram a ascensão da burguesia contra os Estados absolutistas.

Dotado de conseqüências diferentes conforme a relação jurídica a que se refere¹³⁰, não se afasta da ideia geral de “império da lei” (*force de loi*), prevista no art. 4º da Declaração de Direitos de 1789¹³¹. No Brasil, o art. 5º, II, da Constituição resume o conteúdo do princípio ao prever que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Em relação ao direito penal, está entre os mais relevantes previstos na Constituição. Isso porque o reconhecimento de todas as garantias constitucionais do acusado passa pela exigência de que não há crime nem pena sem que haja prévia cominação legal.

A sistematização dogmática do princípio se deu com Anselm von Feuerbach, em 1801, segundo o qual a finalidade do direito penal é tutelar interesses a partir da ameaça de uma pena caso o direito subjetivo decorrente daqueles fosse violado. Tais ideias baseiam a teoria da coação psicológica (BRANDÃO, 2014, p. 65).

129 No Brasil, considerando o papel de uniformização da interpretação da legislação federal desempenhado pelo Superior Tribunal de Justiça, também a jurisprudência desse órgão deve ser considerada para os fins ora tratad. Herbert Hart admite que a interpretação no direito, pela própria natureza da linguagem, nem sempre é unívoca. Isso porque as normas possuem uma “zona de foco de certeza positiva” e uma “zona de foco de certeza negativa”, entre as quais se identifica uma zona cinzenta de possibilidades interpretativas na qual o intérprete ou o aplicador exerce discricionariedade na escolha do sentido. Essas zonas de foco podem mudar ao longo do tempo, correspondendo ao que o autor denomina de textura aberta da norma (HART, 2001, p. 142).

130 No âmbito do direito administrativo, ao particular é permitido fazer tudo o que a lei não proíba; já à Administração Pública só é lícito fazer o que a lei autoriza, segundo o princípio da legalidade administrativa previsto no art. 37, *caput*, da Constituição. A legalidade também é um dos princípios constitucionais norteadores do direito tributário (art. 150), que se sobressai nos princípios da “reserva de lei”, da “anterioridade da lei” e da “irretroatividade da lei”.

131 Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites só podem ser determinados pela lei.

Feuerbach foi o responsável por articular as três fórmulas latinas de *nulla poena sine lege*; *nulla poena (legalis) sine crimen* e *nullum crimen sine poena legali*¹³², posteriormente reunidas na conhecida expressão *nullum crimen, nulla poena sine lege* que, ao contrário do que se difunde, não consta da obra do professor alemão (BATISTA, 2007, p. 66).

Característica dos regimes democráticos nascidos das ideias liberais, apenas deixou de figurar: a) em ordenamentos jurídicos marcados por hipertrofia estatal, “em que a defesa de um sistema político, de um partido, de uma classe social, exige uma ordem penal que se tem chamado autoritária”; ou b) como forma de transição para um ordenamento jurídico sem normas incriminadoras tipificadas, sem parte especial e sem dosimetria de penas, a exemplo da União Soviética, cujo conceito elástico de crime abrangia “ação socialmente perigosa”; e da Alemanha nazista, em relação ao “são sentimento do povo” (BRUNO, 1967, p. 194).

Sem muita divergência na doutrina, o princípio depende da existência de lei escrita, prévia, certa e estrita.

1. Interpretação e direito penal

A *interpretação extensiva* pretende corrigir uma formulação literal estreita demais, ampliando o alcance que a interpretação gramatical atribuiria à norma jurídica. Há conflito entre a literalidade e a teleologia da norma.

Se diferencia da analogia, porque esta é permitida quando um caso não é contemplado por dispositivo legal, enquanto aquela pressupõe que o caso está compreendido na regulamentação jurídica (FERRARA, 1987, p. 162).

Na interpretação extensiva, o aplicador se utiliza do sentido comum do texto da norma jurídica, avaliando os significados literais aptos a englobar todos os supostos de fato admitidos, ou seja, se a situação a ser juridicamente regulada é suscetível de

132 “De la precedente deducción se derivan los siguientes principios primeros del derecho punitivo: toda pena jurídica dentro del Estado es la consecuencia jurídica, fundada em la necesidad de preservar los derechos externos, de una lesión jurídica y de una ley que conmine um mal sensible.

De aquí surgen, sin excepción alguna, los siguientes principios derivados: I) Toda inposición de pena presupone uma ley penal (*nulla poena sine lege*). Por ende, sólo la conminación del mal por la ley es lo que fundamenta lo concepto y la posibilidad jurídica de uma pena; II) La inposición de uma pena está condicionada a la existencia de la acción conminada (*nulla poena sine crimine*). Por ende, es mediante la ley, como se vincula la pena al hecho, como presupuesto jurídicamente necesario; III) El hecho legalmente conminado (el presupuesto legal) está condicionado por la pena legal (*nullum crimen sine poena legali*). Consecuentemente, el mal, como consecuencia jurídica necesaria, se vinculará mediante la ley a uma lesión jurídica determinada (FEUERBACH, 2007, p. 55-56)

abrangência pela interpretação da norma com abrangência, ainda que mínima, ao enunciado ou fórmula verbal (PELUSO, 2016, p. 165).

É possível utilizar a interpretação extensiva em direito penal, mesmo em desfavor do acusado. Tal ocorre porque a conduta vai ser abarcada pela norma gravosa a partir do estabelecimento do sentido desta, mais amplo que o textual. Nesse caso, a interpretação leva à conclusão de que a conduta está proibida porque afeta negativamente o interesse que a norma penal tutela.

Fausto Giunta (2001, p. 449) se refere a uma crise na legalidade não só na realidade legislativa¹³³, mas também na legalidade como princípio. Segundo ele, os primeiros sinais dessa crise recrudescem e referem-se à dimensão formal da legalidade, considerada, além de necessário instrumento de certeza e igualdade, um limite à necessidade de tutela estabelecido tanto em relação ao surgimento de novos bens jurídicos quanto em relação a novas agressões de bens já anteriormente tutelados.

Sobre isso, cita o caso da tutela penal do ambiente no final dos anos de 1960, cuja falta de amparo adequado gerou interpretação jurisprudencial de mérito, reconhecida mais como violação patológica de limite de tutela do que como tutela da liberdade individual. Isso decorreu de uma interpretação das *fattispecie* com o objetivo de torná-las aplicáveis aos fatos para os quais não tinham sido previstas¹³⁴ (GIUNTA, 2001, p. 449).

Afirma que esse desvio da legalidade contou com o apoio de autorizada doutrina. Com isso, o uso alternativo do direito, foi teorizado como instrumento de afirmação de uma nova ideologia contra a ideologia burguesa cristalizada na legalidade "formal". Legalidade e interpretação (ou poder político e Poder Judiciário), representavam, já naquele contexto, realidades antinômicas. Assim, apesar de a doutrina penalista insistir no seu valor de imprescindível garantia, aos olhos do jurista-intérprete, a legalidade passou a representar um obstáculo a ser superado e, de fato, muitas vezes o foi por meio de interpretações denominadas evolutivas, em nome da necessidade de integrar lacunas de tutela, às vezes não desejadas, mas em todos os casos oriundas do legislador (GIUNTA, 2001, p. 449).

133 O professor da Faculdade de Direito de Florença destaca a hipertrofia do Direito Penal, a decadência da técnica de formulação da norma incriminadora e a heterointegração da norma penal, por meio de outras fontes como exemplos (2001, p. 448).

134 Cita o tipo penal de *danneggiamento di opere destinate all'irrigazione* (art. 635, 2, n. 4) e a *contravvenzione di getto pericoloso di cose* (art. 674 do Código Penal italiano), utilizada para abranger a emissão de poluentes (2001, p. 449).

Ressalta o aspecto de a jurisprudência ter conseguido eficazmente chamar a atenção sobre a defasagem da legislação sobre esse ponto, dando impulso, ainda que tardio, a uma nova sensibilidade social. Mas adverte que uma nova legalidade surgiria a partir das cinzas de uma outra legalidade negada, vale dizer, emergindo sobretudo de uma visão crítica da legalidade de que não há valor em si mesma, mas cujo valor depende de seus conteúdos. E isso responde, no âmbito de um debate que não é inédito, às contínuas flutuações ora a favor e ora contra a legalidade. Com efeito, para muitos, a legalidade foi desdobrada: a legalidade que tem dignidade de valor é sobretudo aquela que consagra escolhas de tutela coletiva. A outra legalidade, na melhor das hipóteses, é entendida como uma degeneração do estado de direito (GIUNTA, 2001, p. 449).

Ao avanço do Poder Judiciário na atividade legislativa, Giunta atribui responsabilidade ao legislador, que delegou a solução dos conflitos sociais ao poder discricionário do juiz¹³⁵.

Os direitos fundamentais, reconhecidos pela experiência histórica do constitucionalismo, configuram “leis do mais fraco” (*la ley del más débil*) como uma alternativa à lei do mais forte que governaria na sua ausência.

Assim, tem-se que o direito à vida e à integridade pessoal são por excelência a “lei dos mais fracos” contra a lei dos que são fisicamente mais fortes. Assim também os direitos de liberdade, contra a arbitrariedade e a opressão quem é politicamente mais forte. Assim como os direitos sociais, que são direitos de sobrevivência que compensam a lei de quem é mais forte social e economicamente.

A atividade interpretativa do magistrado contém inegável potencial criativo, mas se limita pelo texto da norma, tendo em vista que é a partir deste que se dá a atuação, sendo certo que não lhe cabe de forma exclusiva a tipificação de condutas.

Há, portanto, dois extremos: a atividade restrita à tradução da “vontade da lei” e a atividade absolutamente livre do intérprete.

Ambos não são válidos, porque a atividade interpretativa deve se postar em situação harmônica com o restante do ordenamento jurídico, respeitando os limites legalmente impostos. Para que haja essa harmonia, a taxatividade inserida no princípio da legalidade não pode ser tornada inócua a partir do abuso de conceitos jurídicos indeterminados e a ampla margem valorativa agregada ao intérprete (FÖPPEL, 2009, p. 210)

135 “Pode soar irreverente dizer que a legalidade foi traída pelo legislador; é necessário, no mínimo, admitir que ela não foi adequadamente salvaguardada pelo legislador, no momento em que consentiu que a garantia da jurisdição não se acrescentasse, mas se substituísse, àquela da legalidade” (2001, p. 451).

Sobre isso, a imprecisão inerente à linguagem não pode ser evitada pelo legislador. Tal imprecisão, principalmente, na área criminal deve ser reduzida pela teoria dos precedentes jurisprudenciais obrigatórios, que decorrem da solução de problemas concretos, verificados no mundo real (MENDONÇA, 2020b, p. 236).

Hart atribui à textura aberta dos enunciados normativos a existência de casos difíceis (*hard cases*). Para ele, em todas as regras há uma “zona de foco”, ou seja, casos que certamente são ou não regulamentados por determinada norma jurídica. Há, todavia, uma “zona de penumbra”, ou seja, casos nos quais há incerteza ou ambiguidade na aplicação da norma.

As formas de interpretação não podem eliminar estas incertezas, pois elas próprias se utilizam de termos que exigem interpretação, e assim, não possuem objetividade. Em tais casos, a margem de discricionariedade do juiz se amplia no procedimento de aplicar o direito.

Uma das críticas do não-positivista Ronald Dworkin a Hart, aliás, é a ênfase dada por este ao poder discricionário do juiz de decidir de uma maneira ou de outra quando uma ação judicial específica não puder ser submetida a uma regra clara de direito. Dworkin (2002, p. 127) rejeita essa tese e considera que, conquanto nenhuma norma regule um dado caso, o magistrado tem o dever de descobrir qual é o direito das partes ao invés de inventar novos direitos e aplicá-los retroativamente.

A principal preocupação de Dworkin é afastar a possibilidade da edição, por parte do juiz, de leis novas, *ex post facto*, desconsiderando, desse modo, direitos individuais pré-existentes.

Enrique Bacigalupo, que exerceu o cargo de magistrado no Tribunal Supremo da Espanha, conclui que, naquele país e em outros da Europa, o princípio da legalidade constitui uma garantia fundamental, mas de difícil aplicação em razão das cobranças da sociedade para que a justiça material prevaleça sobre a segurança jurídica em casos extremos. Segundo ele, a convicção social de que certas ações devem ser sancionadas mesmo que houvesse insuficiente previsão legislativa, frequentemente, serviria para que opinião pública se voltasse contra os tribunais quando adotavam pontos de vista estritos em relação às exigências do princípio da legalidade (BACIGALUPO, 1999, p. 72).

Acrescenta que os próprios tribunais devem exercer um estrito autocontrole que impeça o transbordamento da interpretação das leis penais, principalmente relacionadas às proibições da analogia e da aplicação retroativa da lei. Conclui que, nessa tarefa, o trabalho da teoria do direito penal terá, sem dúvida, um valor inestimável, marcando os limites dos textos legais (BACIGALUPO, 1999, p. 73).

De uma forma ou de outra, o conjunto de vertentes do princípio da legalidade penal constitui critério delimitador e responsável por garantir o respeito à liberdade do indivíduo, porque só autoriza a imposição de penalidades a partir da prática de comportamentos expressamente proibidos e não apenas por agir de maneira reprovável.

2. Lei prévia

Embora aplicação do princípio da legalidade penal tenha se alterado bastante desde as suas primeiras formulações, permanece sendo importante garantia do indivíduo ao arbítrio estatal.

A garantia à liberdade trazida pelo princípio da legalidade depende do prévio conhecimento, mesmo que presumido¹³⁶, das condutas prescritas. Possibilitar a edição de lei que criminalizasse ato praticado em momento anterior esvaziaria a proteção dada pelo instituto em questão.

Assim, tem-se como corolário o princípio da anterioridade da lei penal ou da proibição de retroatividade da lei penal incriminadora ou mais gravosa (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*), com previsão nos incisos XXXIX e XL do art. 5º da Constituição¹³⁷.

A proibição de retroatividade é de fundamental importância para a segurança jurídica na defesa contra eventuais arroubos incriminatórios. Não é incomum se verificar forte pressão política sobre o legislador para introduzir ou agravar as previsões de pena, visando responder a atos que causem comoção diferenciada.

Dessa maneira, impedir que se legisle *ad hoc* em matéria penal sobre caso pretérito, muitas vezes com o intuito de vingança, é uma exigência irrenunciável do Estado de Direito.

Da vedação à irretroatividade da lei penal incriminadora ou mais severa, se deduz a ultratividade da lei anterior mais benéfica, cuja vigência é estendida para regular todos os atos que ocorreram antes da sua revogação.

136 Segundo o Código Penal:

Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

137 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; (...) XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

Quanto à lei penal no tempo, além das situações já tratadas, outras hipóteses merecem destaque.

A primeira é a do *abolitio criminis*, quando lei posterior deixa de criminalizar conduta anteriormente tipificada.

Por motivos de política criminal, o legislador pode excluir uma conduta do rol dos crimes. Quando o faz, declara inexistir lesividade social daquele comportamento, deixando de existir razão que justificasse a manutenção da sanção penal.

Assim, se alguém foi condenado por uma conduta, mas, após algum tempo, o legislador muda o texto legal, deixando de considerar a conduta como ilícito penal, por óbvio que se trata de uma nova lei penal mais benéfica, e estando dentro deste mandamento constitucional, deverá retroagir.

Com o mesmo fundamento, tem-se que a lei a agravadora (*lex gravior*) da situação do acusado só tem aplicação possível aos fatos ocorridos posteriormente a sua vigência, enquanto a norma de mitigação (*lex mitior*) tem efeito retroativo.

A sucessão de leis no tempo em matéria penal, portanto, não envolve propriamente um conflito entre lei nova e lei velha, mas entre lei mais benigna e lei mais gravosa, conflito que se resolve, ao contrário do que ocorre em matéria civil, que possui critérios próprios de solução de antinomias, pela identificação da *lex mitior*¹³⁸.

Em resumo, a lei penal é extrativa, ou seja, podendo ultrapassar o seu limite de vigência ou retroagir para um período em que não era válida, desde que, em ambas as situações, ela seja mais benéfica (PEREIRA, 2012, p. 165).

Destaque-se que nem mesmo as leis destinadas a esclarecer ou corrigir dubiedades de outras podem retroagir em desfavor do réu. Se o próprio legislador concluiu que lei anterior (interpretada ou emendada) era de difícil entendimento ou continha erro no seu texto, não se pode exigir do indivíduo que a tivesse compreendido segundo o pensamento que deixou de ser expresso com clareza e exatidão.

Se uma mesma conduta, todavia, for tratada por duas normas penais sucessivas que tragam, cada uma, dispositivos mais benignos e mais gravosos em relação à outra, é

¹³⁸ A regra geral da retroatividade da lei benéfica possui exceção expressa no art. 3º do Código Penal, quanto às leis excepcionais e temporárias. Essa exceção se justifica porque as circunstâncias de prazo (lei temporária) e de emergência (lei excepcional) são elementos temporais do próprio fato típico. Nessas hipóteses, caso aplicada a regra geral da não ultratividade da lei mais severa, seria inócua a tipificação.

possível fazer a combinação entre elas de modo a aplicar a disciplina mais favorável ao indivíduo?

A resposta negativa, ou seja, a de que é necessário escolher entre a lei antiga e a nova qual é a mais branda e aplicá-la no todo, sem combinação de qualquer natureza é dada por parcela da doutrina, dentre os quais é possível mencionar Hungria, Fragozo, Aníbal Bruno, Bento de Faria, Guilherme Nucci, Paulo José da Costa Júnior, Luiz Vicente Cernicchiaro, Manzini, Jiménez de Asúa, Fontán Balestra e Muñoz Conde (MALHEIROS FILHO, 2007, p. 377).

Essa orientação está baseada no argumento da *lex tertia*, segundo o qual, ao combinar preceitos de ambas as leis, o juiz estaria criando uma terceira lei, que não existe, e assim se arvorando em legislador.

De maneira contrária, se posicionam Basileu Garcia, Magalhães Noronha, Frederico Marques, René Dotti e Nilo Batista, ao afirmarem que a aplicação em conjunto das normas seria exercício de interpretação, plenamente possível de ser realizado pelo Judiciário, e não implicaria usurpação de função do legislador (MALHEIROS FILHO, 2007, p. 378).

No âmbito das duas Turmas do Supremo Tribunal Federal, a associação de normas sucessivas não foi declarada válida¹³⁹.

139 Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ART. 12 DA LEI N. 6.368/76). PRETENSÃO DE INCIDÊNCIA RETROATIVA DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06 SOBRE A PENA COMINADA NO ART. 12 DA LEI 6.368/76 (ART. 5º, INC. XL, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). IMPOSSIBILIDADE DE MESCLAR PARTES FAVORÁVEIS DE LEIS CONTRAPOSTAS NO TEMPO, SOB PENA DE SE CRIAR, PELA VIA DA INTERPRETAÇÃO, UM TERCEIRO SISTEMA (LEX TERTIA). USURPAÇÃO DE FUNÇÃO LEGISLATIVA. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI EM SUA INTEGRALIDADE, COM O QUE RESTA ATENDIDO O PRINCÍPIO DA RETROAÇÃO DA LEI BENÉFICA. CONCESSÃO DA ORDEM, EM PARTE, PELO STJ PARA QUE O TJ/RS EXAMINASSE O CASO CONCRETO E APLICASSE, EM SUA INTEGRALIDADE, A LEI MAIS FAVORÁVEL. MINORANTE DA LEI N. 11.343/2006 NEGADA PELA CORTE ESTADUAL EM RAZÃO DE O PACIENTE OSTENTAR MAUS ANTECEDENTES, EMERGINDO FAVORÁVEL A FIXAÇÃO DA PENA COMINADA NA LEI N. 6.368/76. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. A minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 não incide sobre a pena cominada no art. 12 da Lei n. 6.368, posto não ser possível mesclar partes favoráveis de normas contrapostas no tempo para criar-se um terceiro sistema (lex tertia) pela via da interpretação, sob pena de usurpação da função do Poder Legislativo e, em consequência, de violação do princípio da separação dos poderes. 2. A aplicação da lei mais favorável, vale dizer a Lei n. 6.368/76, sem a minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, ou a novel Lei de Entorpecentes, com a minorante do § 4º de seu art. 33, atende ao princípio da retroatividade da lei benéfica, prevista no art. 5º, inc. XL, da Constituição Federal, desde que aplicada em sua integralidade. 3. In casu, o acórdão impugnado, perfilando o entendimento acima, concedeu parcialmente a ordem para determinar ao TJ/RS que verificasse qual a lei mais favorável, a Lei n. 6.368/76, vigente à época dos fatos, ou a Lei n. 11.343/06, com a minorante prevista no § 4º de seu art. 33, sendo certo que a Corte estadual entendeu inaplicável a minorante da novel Lei de Entorpecentes sob o fundamento de que o paciente não preenche os requisitos exigidos, porquanto ostenta maus antecedentes, emergindo mais

3. (Ir)retroatividade da interpretação mais gravosa

No presente capítulo será tratado se a proibição de retroatividade da lei mais gravosa também deve atingir as possíveis mudanças de orientação na jurisprudência incriminadora e punitiva que signifiquem imposição de solução jurídica que, no passado, não estava definida ou em que houve mudança.

Já se tratou da superação do ideário iluminista que equiparava o direito à lei, o que pressupõe o reconhecimento, pelo menos, da mediação normativa concretizadora da realização jurisdicional do direito e, desse modo, a relativa autonomia constitutiva dessa realização e da sua jurisprudência. Sendo assim, questiona-se se há a mesma exigência que se tem em relação à lei penal.

benéfica a Lei n. 6.368/76, cuja pena mínima cominada é de 3 (três) anos, contrastando com a pena de 5 (cinco) anos cominada no art. 33 da Lei da Lei n. 11.343/06. 4. Deveras, o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 estabelece que "Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa", a evidenciar o acerto da decisão do Tribunal de Justiça ao negar a aplicação da referida minorante, face à circunstância de que o paciente ostenta maus antecedentes. Por isso a pertinente anotação do Ministério Público Federal de que "diante dos registros de maus antecedentes do paciente, que cumpre pena de 30 (trinta) anos de reclusão, pela prática dos delitos de furto, estupro e tráfico de drogas, a aplicação do art. 33 da Lei 11343/06 na integralidade lhe seria desfavorável, uma vez que incabível a minorante do § 4º do art. 33 da referida lei". 5. Ausência de constrangimento ilegal. 6. Ordem denegada (HC 107583, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 17/04/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-107 DIVULG 31-05-2012 PUBLIC 01-06-2012).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTE. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 6.368/76. RETROATIVIDADE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. COMBINAÇÃO DE LEIS. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTE DO STF. PACIENTE QUE OSTENTA MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. ORDEM DENEGADA. 1. A paciente foi condenada à pena de 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, pela prática da conduta tipificada no art. 12, caput, c/c o art. 18, I, ambos da Lei 6.368/76. 2. Requer o impetrante a concessão da ordem de habeas corpus para a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06. 3. O Supremo Tribunal Federal tem entendimento fixado no sentido de que não é possível a combinação de leis no tempo. Entende a Suprema Corte que agindo assim, estaria criando uma terceira lei (lex tertia). 4. Com efeito, extrair alguns dispositivos, de forma isolada, de um diploma legal, e outro dispositivo de outro diploma legal, implica alterar por completo o seu espírito normativo, criando um conteúdo diverso do previamente estabelecido pelo legislador. 5. No caso concreto, ainda que se entendesse pela aplicação da Lei nº 11.343/06, não se encontram presentes os requisitos do § 4º do art. 33 do referido diploma legal, visto que, de acordo com as informações de fls. 34/36, a paciente ostenta maus antecedentes, por ter cumprido pena de 1 (um) ano por fraude bancária na África do Sul. 6. Diante do exposto, denego a ordem. (HC 96430, Relator(a): ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 09/12/2008, DJe-025 DIVULG 05-02-2009 PUBLIC 06-02-2009 EMENT VOL-02347-05 PP-00891).

A retroatividade da mudança jurisprudencial em desfavor do processado poderia se justificar pelo fato de o valor de justiça poder ser arguido em face do valor segurança jurídica. Além disso, há doutrina segundo a qual não há conflito entre jurisprudências sucessivas, ou seja, um novo entendimento se aplica sempre a todos os processos novos, sem que se tome em consideração a data na qual os fatos do processo foram produzidos, mesmo que tais esses fatos sejam anteriores à modificação da jurisprudência¹⁴⁰ (SANGUINÉ, 2000, p. 145).

Segundo Sanguiné (2000, p. 145), os intérpretes que negam a irretroatividade aplicável à sucessão de leis penais às variações jurisprudenciais agravadoras posteriores à realização do fato punível, resumidamente, apresentam os seguintes argumentos:

- a) que a nova jurisprudência tem efeito similar ao de uma nova lei, mas possuem funções diferentes;
- b) que a jurisprudência não vincula da mesma maneira que a legislação, pois os tribunais não têm o poder de legislar e as alterações de entendimento apenas implicam correção da interpretação de uma vontade legislativa já existente no momento do fato;
- c) que se diminuiria o poder de decisão dos tribunais sobre todo o âmbito delimitado pelo tipo.

Não obstante, em direito penal, a segurança e a confiança jurídicas fundamentam o princípio da legalidade penal e esses mesmos fundamentos justificam que a confirmação de um entendimento ou mudança de orientação jurisprudencial em desfavor do acusado apenas tenha efeitos prospectivos.

A doutrina, majoritariamente, entende que somente a lei escrita é fonte do direito penal incriminador¹⁴¹. Todavia, conquanto não seja considerada fonte formal do direito penal não há dúvidas quanto à influência exercida pela jurisprudência do STF para muito além dos limites do caso julgado (DOTTI, 2016, p. 252).

Para que a lei penal possibilite a criminalização ou agravamento da reprimenda, exige-se que seja:

- a) escrita – porque o costume ou outra fonte do direito não permite o conhecimento assertivo da proibição;

¹⁴⁰ "A nova interpretação não é uma punição ou agravamento retroativo, mas a realização de uma vontade da lei, que sempre existiu, mas que só agora tem sido corretamente reconhecida" (ROXIN, p.165-166)

¹⁴¹ Segundo Nelson Hungria (1977, p. 21), "não há direito penal vagando fora da lei escrita".

- b) prévia – porque a criminalização posterior de um fato serve como instrumento do “direito penal do indivíduo” ao invés do “direito penal do fato”, ambiente em que inexistente qualquer garantia contra o poder punitivo do Estado;
- c) certa – porque a vagueza do texto da lei pode permitir que haja arbítrio no processo de interpretação;
- d) estrita – porque o uso de recursos de integração de lacunas – em particular a analogia – faz com que uma situação concreta não prevista pela lei gravosa seja por esta abarcada.

É regra de hermenêutica que, onde há a mesma razão, se aplica o mesmo direito. No caso, todos os corolários do princípio da legalidade se relacionam à garantia do indivíduo de poder precisar, com certa segurança, que seu agir não é ilegal. Não seria, portanto, diferente quando se tratasse de mudança de interpretação que envolvesse risco à liberdade do indivíduo.

A garantia da irretroatividade fundamenta o "princípio da confiança", segundo o qual o indivíduo deve saber quais são as consequências de seus atos e o Estado se compromete a assegurar a confiança do cidadão em face de imprevisíveis alterações legislativas suscetíveis de aplicação retroativa. A base da proibição da retroatividade da norma mais gravosa se encontra na ideia de segurança jurídica, isto é, na proteção da confiança de todos em que os limites da liberdade estejam marcados de antemão de um modo vinculante e possam ser lidos em qualquer momento nas leis (SANGUINÉ, 2000, p. 147).

Pelos mesmos motivos, a jurisdição está sujeita ao princípio da irretroatividade, que vige para as leis penais, para que o indivíduo não se veja surpreendido por uma nova interpretação jurisprudencial que ele não podia prever (SANGUINÉ, 2000, p. 147).

Em síntese, a proibição de retroatividade encontra seu fundamento último na "garantia de liberdade" e "igualdade" dos indivíduos frente ao poder punitivo, com que se "protege a confiança" de que o Estado não dispensará tratamento arbitrário ao indivíduo (SANGUINÉ, 2000, p. 158).

Desse modo, a proibição da retroatividade da lei penal em prejuízo do réu deve ser entendida em sentido amplo, abarcando também a jurisprudência¹⁴² (DOTTI, 2016, p. 253).

¹⁴² De maneira diversa, Fragoso (2006, p. 114)

No STF, entretanto, não há uniformidade sobre a questão, conforme se observa da análise de três casos em que a retroatividade da interpretação mais gravosa foi objeto de discussão.

4. Análise de casos

4.1 Caso Ellwanger

Siegfried Ellwanger, então editor e autor de livros em que se defendiam ideias antissemitas, teve *habeas corpus* denegado pelo STJ, após condenação pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em decorrência da prática do crime de racismo¹⁴³.

Segundo o impetrante, o paciente não havia cometido o crime de racismo e, portanto, não se aplicava a norma de imprescritibilidade prevista no art. 5º, XLII, da CF.

Em seguida, foi impetrado o HC n. 82.424 junto ao Supremo Tribunal Federal.

O debate envolvia duas questões centrais que precisavam ser resolvidas pelos ministros (DISSENHA; MARTINS, 2020, p. 388). A primeira delas tratava dos limites do direito à liberdade de expressão e se as manifestações antissemitas seriam protegidas constitucionalmente como exercício regular daquele direito. Será analisada a segunda, referente ao racismo em manifestações antissemitas, por estar contemplada pelo objeto deste estudo.

Segundo a parte impetrante, os judeus não poderiam ser caracterizados como raça para fins de criminalização de racismo e que a discriminação, no caso, não seria abrangida pela imprescritibilidade¹⁴⁴, própria do preconceito baseado em raça ou cor.

O remédio constitucional foi denegado por maioria pelo STF, devendo-se destacar que os votos vencidos não negavam a prática de discriminação, mas indicavam que não existia preconceito de raça e, por consequência, crime de racismo.

O ministro Moreira Alves, relator inicialmente designado, votou para conferir interpretação restritiva ao conceito de racismo. Em seu voto, foi acompanhado pelo ministro Marco Aurélio Mello que destacou o risco de se admitir um tipo penal exageradamente aberto e imprescritível.

143 A conduta foi praticada quando vigente a redação original da Lei de Racismo (lei n. 7.716/89), relacionada a preconceito apenas de raça e cor.

144 O paciente fora condenado, em segunda instância, a dois anos de reclusão, o que importava a prescrição da pretensão punitiva em quatro anos, interstício esse superado entre data de recebimento da denúncia, em 14/11/1991, e o acórdão proferido em 31/10/1996.

O fundamento principal do voto do ministro Moreira Alves é a necessidade de não expandir a ideia de raça em razão do princípio da legalidade penal. Foi essa forma de pensar que orientou o voto - e não questões de raça - e segue a lógica de um direito penal mínimo (DISSENHA; MARTINS, 2020, p. 391).

O Tribunal, entretanto, por maioria, rejeitou o remédio impetrado, porque a expressão “raça” não se esgotaria em um perfil meramente biotípico ou relacionado à cor e poderia abranger qualquer grupo social composto de seres humanos.

Ao firmar um novo paradigma para a Lei de Racismo¹⁴⁵, um conceito social de racismo, o STF entendeu que tal interpretação já se aplicaria ao caso e, portanto, retroagiria para manter a condenação do paciente.

O julgamento não tratou de mudança jurisprudencial, tendo sido o primeiro caso em que se tratou do conceito social de racismo.

4.2 Criminalização da homofobia

O segundo caso é o do julgamento conjunto da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (ADO) n. 26 e do mandado de injunção (MI) n. 4.733 pelo STF.

Na ocasião, o Plenário do Tribunal concluiu que havia omissão por parte do Congresso Nacional em cumprir o mandado de criminalização constante do art. 5º, XLI, da Constituição e, fundado no conceito social de racismo do Caso Ellwanger, equiparou práticas homofóbicas a atos de racismo para enquadrá-los nos tipos penais da lei n. 7.716/89.

Ocorre que, cinco anos antes, em 2014, a Primeira Turma do STF rejeitou a denúncia oferecida pela Procuradoria-Geral da República em desfavor de deputado federal no âmbito do inquérito n. 3.590146. Na ocasião, a peça acusatória tipificou como racismo a publicação de mensagem reputada homofóbica em rede social.

O Tribunal, entretanto, concluiu que o artigo 20 da Lei n. 7.716/89 versa sobre discriminação e preconceito relacionados a raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, não contemplando a discriminação decorrente de orientação sexual.

¹⁴⁵ Que posteriormente ao crime foi alterada para - além de raça e cor - englobar discriminação baseada em etnia, religião ou procedência nacional

¹⁴⁶ STF. Primeira Turma. Rel. Min. Marco Aurélio Mello. Julgamento: 12/08/2014. Publicação: Acórdão eletrônico - DJe-177, 12/09/2014.

Assim, em razão do princípio da legalidade em matéria criminal, não haveria crime na conduta imputada ao deputado federal por proferir declarações discriminatórias.

No julgamento conjunto da ADO 26 e do MI 4733 de 2019, o STF, ao alterar o entendimento, determinou que os efeitos da decisão teriam efeitos prospectivos.

Tem-se, desse modo, que a interpretação do Tribunal - que equiparou atos de homofobia a racismo - apenas teria aplicação às condutas ocorridas após a conclusão do julgamento.

Nesses termos é o voto do ministro Luís Roberto Barroso¹⁴⁷:

O âmbito de incidência da norma, a definição do crime e a fixação da pena são pré-existentes.

Apesar disso, como a interpretação que ora se fixa não é a prevalecente até o momento, penso que, como decorrência do princípio da segurança jurídica, não deve retroagir em prejuízo de possíveis réus. Por isso, essa decisão deve ser aplicada apenas a condutas praticadas após a conclusão deste julgamento.

Percebe-se que o princípio da segurança jurídica, o mesmo que ampara o corolário da *lex praevia*, serviu de fundamento para a solução da questão da retroatividade posta a julgamento.

4.3 Injúria racial e racismo

Por fim, destaca-se o julgamento do HC 154.248148 pelo STF.

No caso, a paciente foi condenada em primeiro grau pela prática do crime de injúria qualificada pelo preconceito (art. 140, § 3º, do Código Penal). A condenação foi confirmada em segunda instância.

Alegando prescrição da pretensão punitiva intercorrente, a discussão foi levada ao Superior Tribunal de Justiça, o qual concluiu que o crime de injúria racial é "imprescritível" e "inafiançável". Assim, impetrou *habeas corpus* perante o STF, pleiteando a concessão de ordem para declarar a extinção da punibilidade.

147 P. 79 do inteiro teor do acórdão do MI 4.733.

148 STF. Plenário. Rel. Min. Edson Fachin. Julgado em 28/10/2021. Publicação: Acórdão eletrônico - DJe-036, 23/02/2022.

O Plenário da Corte, todavia, concluiu que o crime de injúria racial reuniria todos os elementos necessários à sua caracterização como uma das espécies de racismo, seja diante da definição constante do voto condutor do julgamento do HC 82.424 (Caso Ellwanger), seja diante do conceito de discriminação racial previsto na Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

Ainda segundo o julgado, a distinção topológica entre os crimes previstos na Lei 7.716/1989 (racismo) e o art. 140, § 3º, do Código Penal (injúria racial) não teria o condão de fazer deste uma conduta delituosa diversa do racismo, até porque o rol previsto na legislação extravagante não é exaustivo. Em face disso, concluiu que o crime de injúria racial é imprescritível.

O único voto vencido foi o do ministro Nunes Marques¹⁴⁹, segundo o qual:

A gravidade do delito não pode servir para que o Poder Judiciário amplie as hipóteses de imprescritibilidade previstas pelo legislador nem altere o prazo previsto na lei penal. A regulação legal dos fatos definidos como crime e das hipóteses de extinção de sua punibilidade é matéria de reserva legal nos Estados Democráticos de Direito e garantia dos indivíduos em face do poder de império estatal. Tanto é assim, que a lei penal não pode retroagir, a não ser em benefício do réu (CF, art. 5º, XL). Com efeito, a interpretação extensiva de uma hipótese de imprescritibilidade pelo Poder Judiciário, de forma transversa, retroage em malefício do cidadão acusado de algum delito, violando-se, outrossim, essa garantia.

Por fim, concluiu o ministro que a interpretação extensiva de uma hipótese de imprescritibilidade pelo Poder Judiciário, de forma transversa, retroage em malefício do cidadão acusado de algum delito, violando-se, outrossim, a garantia da reserva legal.

Em pesquisa realizada no programa de busca de julgados do *site* do STF¹⁵⁰, com os parâmetros “injúria” e “prescrição” e “racismo”, houve apenas dois resultados, o do processo ora abordado e o HC 86.542/151, em que se decidiu que o crime de injúria racial não estava prescrito em razão da pena em abstrato, não havendo debate sobre a imprescritibilidade em qualquer caso.

¹⁴⁹ Inteiro teor do acórdão do HC 154.248, p. 29.

¹⁵⁰ <https://bit.ly/3PZbBNG>. Acesso em 02/08/2022.

¹⁵¹ STF. Segunda Turma. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Julgado em 07/02/2006. Publicação: DJ 03/03/2006.

Não se pode falar, portanto, em mudança de jurisprudência.

CONCLUSÃO

Não há dúvidas de que a forma de difusão dos julgados do STF vem crescendo nos últimos anos. A multiplicidade de canais de divulgação permite que mais pessoas tenham acesso aos entendimentos do Tribunal.

A jurisprudência possui importante papel na delimitação das normas incriminadoras e a mudança de entendimento pela Suprema Corte a respeito de uma matéria possui semelhança com uma alteração legislativa.

Em matéria criminal, em que o princípio da estrita legalidade proíbe a retroatividade da lei mais gravosa, o inciso XL do art. 5º da Constituição encontra fundamento no princípio da confiança ou pelo princípio da segurança jurídica.

Admitir a proibição de retroatividade com base nesses princípios e acolher que a concretização da lei se dá de um modo preciso pela jurisprudência impõe, dessa maneira, a proibição de retroatividade à jurisprudência gravosa, tal qual à *lex gravior*.

Ao final, por mais que haja divergência na jurisprudência, a hipótese de pesquisa foi confirmada e se concluiu que, aos fatos cometidos anteriormente à mudança jurisprudencial, não é válida a aplicação de nova interpretação mais gravosa, por ser contrária ao princípio constitucional da legalidade penal e à segurança jurídica.

Embora não se possa generalizar a conclusão dos três julgados analisados, apenas naquele em que houve uma mudança de entendimento sobre tema anteriormente decidido, se deu eficácia *ex nunc*.

REFERÊNCIAS

BACIGALUPO, Enrique. **Principios constitucionales de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BRANDÃO, Cláudio. Tipicidade e interpretação no direito penal. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 68., p. 59-89, jun. 2014.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal – Parte Geral**. T. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CASTANHEIRA NEVES, António. O Princípio da Legalidade Criminal. O seu problema jurídico e seu critério dogmático. **Digesta**, Coimbra, v. 1, p. 349-473, 1995.

DISSENHA, Rui Carlo; MARTINS, Camila Saldanha. Do Caso Ellwanger `criminalização da homofobia: uma comparação da jurisprudência ampliativa do Supremo Tribunal Federal no Plano Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 172, p. 383-419, out. 2020.

DOTTI, René Ariel. A jurisprudência penal no tempo: a ultratividade e a irretroatividade do julgado (HC 126.292/SP). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 121, p. 251 – 289, jul./ago. 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado – Editor Sucessor, 1987.

FÖPPEL, Gamil. O princípio da legalidade como ideal radicalmente garantista. *In*: DA SILVA, Ivan Luiz; CARDOZO, Teodomiro Noronha; FÖPPEL, Gamil (org.). **Ciências Criminais no Brasil: Estudos em Homenagem aos 180 anos da Faculdade de Direito do Recife**. Recife: Editora Universitária - UFPE, 2007, p. 197-247.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 17. ed. atual. Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GIUNTA, Fausto. A justiça penal na Itália: Crise da legalidade e suplência judiciária. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mroz. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 791, p. 447 – 455, set. 2001.

MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Direito intertemporal penal. Possibilidade de "combinação" de leis: o equívoco da *lex tertia*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 66, p. 373-389, maio/jun. 2007.

MENDONÇA, Jorge A. C. O princípio da legalidade penal: uma releitura inevitável quanto à sua vertente da lei certa. **Ciências Criminais em Perspectiva**, v. 1, n. 1 jul./dez. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3Q06g8J>. Acesso em 10/08/2021.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Analogia e Direito Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 118, p. 159-184, jan./fev. 2016.

PEREIRA, Ricardo Souza. O princípio da retroatividade da lei penal benéfica. **Revista de Ciências Penais**, São Paulo, v. 17, p. 155-179, jul./dez. 2012.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. T. 1, 1. ed. Trad. Peña, Diego-Manuel Luzón; CONLLEDO, Miguel Díaz y García; REMESAL, Javier de Vicente. Madri: Civitas, 1997.

SANGUINÉ, Odone. Irretroatividade e retroatividade das alterações da jurisprudência penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 31, p. 144-169, jul./set. 2000.

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS ÀS PESSOAS COM IDADE SUPERIOR A SETENTA ANOS

TAUANE BRONZELLI TEIXEIRA:

Discente do curso de graduação em Direito, da Universidade Brasil, campus Fernandópolis.

RESUMO: O presente artigo tem por intuito analisar, através da autonomia do sujeito, e diante de princípios basilares da Constituição Federal de 1988, as relações patrimoniais advindas do regime de separação obrigatória para as pessoas com mais de 70 anos. Tal causa de obrigatoriedade do regime de separação de bens é objeto de diversas críticas por parte da doutrina, entre as quais a ofensa aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade; a restrição à capacidade civil de pessoas absolutamente capazes e a discriminação por idade. Nessa perspectiva, também parte do Poder Judiciário e do Poder Legislativo tem se manifestado no sentido da inconstitucionalidade e da necessidade de revogação da referida causa de obrigatoriedade do regime de separação de bens, tanto que o STJ já decidiu favoravelmente quanto a outro regime de bens em caso de união estável anterior ao casamento aos maiores de 70 anos. Assim, através de pesquisa bibliográfica em doutrinas, artigos científicos, legislação e jurisprudência, foi realizado este estudo.

Palavras-chave: Separação obrigatória. Regime de bens. Maiores de 70 anos. Súmula 377 do STF.

ABSTRACT: This article aims to analyze, through the autonomy of the subject, and in view of the basic principles of the Federal Constitution of 1988, the patrimonial relations arising from the mandatory separation regime for people over 70 years of age. This cause of mandatory separation of property is the object of several criticisms by the doctrine, among which the offense to the constitutional principles of human dignity, equality and freedom: restriction of the civil capacity of absolutely capable persons and age discrimination. From this perspective, part of the Judiciary and the Legislative Powers has also manifested itself in the sense of the unconstitutionality and the need to revoke the cause of mandatory separation of property regime, so much so that the STJ has already ruled in favor of another property regime in case of stable union prior to marriage at the age of 70. Thus, through bibliographic research in doctrines, scientific articles, legislation and jurisprudence, this study was carried out.

Keywords: Mandatory separation. Asset regime. Over 70 years old. Precedent 377 of the STF.

Sumário: 1. Introdução. 2. A capacidade jurídica e seus princípios. 3. A ofensa aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade. 4. Regime de bens – a diferença entre regimes. 5. A separação obrigatória de bens. 5.1. A Súmula 377 do STF. 5.2. A união estável entre pessoas com mais de 70 anos. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. Introdução

O casamento estabelece uma comunhão plena de vida entre os cônjuges, tornando-os consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. Na visão atual do Direito de Família, visualiza-se o casamento, assim como as demais entidades familiares. Ademais, o casamento, por sua natureza e objetivo, desencadeia diversos efeitos econômicos, tais como a necessidade de contribuírem os cônjuges para o sustento do lar, para as despesas comuns, para atender aos encargos da família, educação dos filhos etc. Por isso, se faz necessário o regime de bens.

O ordenamento jurídico brasileiro, consagrou, como regra geral, a liberdade de escolha do regime de bens pelos cônjuges, conforme preceitua o art. 1.639 do atual Código Civil. Assim, através de um pacto antenupcial, os nubentes podem escolher entre os diversos regimes de bens previstos no *Codex* civil, ou, caso seja de preferência dos noivos, poderão fundir ou criar seu próprio regime de bens. Na ausência de pacto antenupcial, presume-se que os nubentes optaram pelo regime da comunhão parcial.

Em algumas hipóteses, no entanto, a lei impõe o regime de separação, excepcionando a regra da autonomia de escolha. Por se tratar de norma cogente, afasta-se a livre deliberação dos nubentes quanto ao regime de bens, prevalecendo a imposição legal.

Tais hipóteses se encontram elencadas no art. 1.641 do Código Civil de 2002, tornando obrigatório o regime de separação de bens ao casamento das pessoas que o contraíram sem observar as causas suspensivas da celebração do casamento, dos maiores de 70 (setenta) anos e dos que dependerem para se casar, de suprimento judicial.

O presente trabalho, tem por escopo uma análise, ainda que sucinta, do regime da separação obrigatória de bens para os maiores de 70 (setenta) anos, conforme prevê o inciso II do art. 1.641 do Código Civil.

O tema em análise se revela de especial importância, vez que envolve os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, bem como a capacidade para os atos da vida civil e a discriminação contra os idosos, devido à autonomia da vontade e da capacidade civil.

O artigo 1641, II do CC, neste sentido, ao instituir como obrigatório este regime para os maiores de 70 anos, tendo em vista o aumento da expectativa de vida da população, o desenvolvimento social, a terceira idade mais ativa, e por ser esta uma limitação do Estado à autonomia da vontade, o tema central deste artigo é: a imposição da separação obrigatória de bens para os nubentes maiores de 70 anos viola os princípios basilares da dignidade, liberdade e igualdade?

Ademais, com a longevidade e o conseqüente crescimento do número de idosos no Brasil, essa causa de obrigatoriedade do regime de separação de bens tende a afetar a cada dia uma maior parcela da população. Dessa forma, tendo em vista o atual cenário – que tende a se intensificar nos próximos anos – de uma terceira idade cada vez mais significativa e participativa, há que se questionar uma previsão normativa que cerceia o seu direito de escolha.

2.A capacidade jurídica e os seus princípios

A concepção de personalidade está diretamente ligada ao de pessoa, consoante lição de Caio Mário (2004, p. 213) a ideia de personalidade está intimamente ligada à de pessoa, pois exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações. Esta aptidão é hoje reconhecida a todo ser humano.

Nesse sentido, conforme Gonçalves (2010), é certo dizer que todo aquele que nasce com vida torna-se uma pessoa, adquirindo personalidade. Enquanto a característica de pessoa expressa a condição para ser parte do ambiente social e jurídico, para fins de direitos e deveres, a personalidade vem intimamente ligada para afirmar sua natureza em exercer esta finalidade jurídica.

Ao afirmar em seu art. 1º que toda “pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil, nosso Código Civil relaciona o conceito de capacidade ao de personalidade, em que aquele é a medida deste, ou seja, a capacidade pode ser plena para uns ou restrita para outros, ela, de certa forma, limita o exercer da personalidade.

Esta competência, de adquirir direitos e deveres de ordem civil, que advém da personalidade, trata-se da capacidade de direito. A ela podemos dar sentido como sendo a aptidão da pessoa em ser titular de direitos, deveres ou obrigações, tendo o seu início no nascimento e mantendo-se até a morte.

Nesse sentido, como afirma Venosa (2011) podemos dizer que todos nós possuímos a capacidade de direito, visto que, mesmo o recém-nascido ou doente mental possuem esse potencial, derivado da aquisição de personalidade, entretanto, ser potencial não significa exercer de fato este poder. Para a correta compreensão disto, existe a concepção da capacidade de fato, chamada também de capacidade de ação ou de exercício, em que há a efetiva capacidade plena dos indivíduos para a prática de atos da vida civil.

Assim, o artigo 1º do Código Civil dispõe que: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres”. Esta capacidade pode ocorrer de várias formas.

Atingindo a maioria (18 anos) prevista em nossa legislação, no art. 5º, parágrafo único, do Código Civil, como a aquisição da capacidade de fato pelo indivíduo, que até então, apenas possuía a capacidade de direito, reputa-se atingida a plenitude da capacidade, desde que não se encaixe em nenhuma das possibilidades do rol de incapacidade, tanto absoluta quanto relativa, elencadas nos artigos 3º e 4º do Código Civil vigente.

Percebe-se que, do ponto eminentemente jurídico, conforme Gonçalves (2010):

[...] A plena capacidade leva em conta o critério unicamente etário, em que o indivíduo atingirá sua plenitude apenas ao completar os dezoito anos de vida, independentemente, se há maturidade precoce, anterior à idade estipulada. O que gera dúvida e insegurança quanto a determinação da plena capacidade é que não se pode confundir a incapacidade e capacidade civis com maioria e minoridade. A maioria não implica em automaticamente conceder a plena capacidade, pois, podemos ter um indivíduo com mais de dezoito anos de idade, porém deficiente mental, resultando em incapacidade. Enquanto pode ocorrer também de um indivíduo ter menos de dezoito anos e já possuir a capacidade plena através do instituto da emancipação. [...] (GONÇALVES, 2010, p. 67).

Venosa (2011) explica que:

Tratando-se da incapacidade são destacados inicialmente pela nossa legislação, aqueles sujeitos dotados de atividades civis, que adquiriram direitos, porém, não podem exercê-los de forma autônoma, direta ou pessoalmente. A estes, o Código Civil refere-se como absolutamente incapazes e indica quais serão os seus representantes para o exercício dos atos jurídicos que lhes couberem. Cabe salientar, que essa representação pode se dar de forma automática, devido a força da relação de parentesco ou, através de uma nomeação judicial, advinda da autoridade judiciária que legitima a qualidade do representante em assim o ser. Destarte, os efeitos advindos de atos praticados por um indivíduo inserido como absolutamente incapaz serão respaldados de nulidade. (VENOSA, 2011, p. 102).

Com relação aos princípios, cabe destacar que estes são as bases fundamentais de qualquer ciência. São as diretrizes básicas que irão guiar o caminho a ser trilhado por aquela ciência.

É importante destacar também, conforme explica Dias (2011, p. 55) que “os princípios são normas jurídicas diferentes das regras, porque eles consagram valores generalizantes e servem para balizar todas as regras, as quais não podem afrontar as diretrizes contidas nos princípios”.

Com relação ao tema em questão, os princípios que predominam são: princípio da autonomia e da liberdade.

Para Lenza (2012):

[...] a autonomia é a expressão em que, refere-se à capacidade das pessoas em realizar as suas tomadas de decisões frente à prática dos seus atos. Considera-se autônomo o indivíduo que consegue expressar a sua vontade, que age conforme suas crenças e valores morais, que possui a faculdade de analisar e se responsabilizar sobre seus atos e as consequências que deles resultarem. [...] (LENZA, 2012, p. 243).

Dias (2011) explica que:

[...] a liberdade e a igualdade foram os primeiros princípios reconhecidos como direitos humanos fundamentais, integrando a primeira geração de direitos a garantir o respeito à dignidade da pessoa humana. O papel do direito, que tem como finalidade assegurar a liberdade, é coordenar, organizar e limitar as liberdades, justamente para garantir a liberdade individual. [...] (DIAS, 2011, p. 60).

Neste sentido, cabe demonstrar a ofensa aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade, diante da imposição do regime de bens simplesmente em razão do critério etário.

3.A ofensa aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade

A Constituição Federal de 1988, logo em seu preâmbulo, elege a liberdade e a igualdade entre os valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, conforme mencionado acima.

No artigo 1º, inciso III, a Carta Magna prevê como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, e, no artigo 3º, estabelece como um dos objetivos fundamentais da República “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Ao tratar dos direitos e das garantias fundamentais, a Constituição determina, no caput do seu art. 5º, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, e assegura a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Diante disso, Dias (2011) observa que a Constituição Brasileira de 1988 é considerada uma das mais avançadas do mundo, pois “impõe como valor maior o respeito à dignidade humana baseada nos princípios fundamentais da liberdade e da igualdade. Considera a família a base da sociedade e veda qualquer espécie de discriminação”.

De acordo com Maria Berenice Dias (2011, p. 61), o princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio maior, base do Estado Democrático de Direito. Nas palavras da autora, “a preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional”.

Segundo Luís Roberto Barroso (2010), a dignidade da pessoa humana é o pilar fundamental dos direitos humanos, e apresenta três aspectos essenciais: valor intrínseco, autonomia da vontade e valor social da pessoa humana. Neste sentido, tem-se a autonomia, como elemento da dignidade que envolve a capacidade de autodeterminação, o direito de escolha dos rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade.

No caso da imposição do regime de separação de bens em razão da idade, visualiza-se clara ofensa aos planos da dignidade da pessoa humana, na medida em que retira da pessoa maior de 70 (setenta) anos a autonomia de escolher o regime de bens que reputar mais adequado para reger seu casamento, tratando-a como se incapaz fosse, ainda que não esteja abarcada por nenhuma das hipóteses de incapacidade civil, apenas em virtude de uma circunstância pessoal sua – a idade. Nesse sentido, Paulo Lôbo (2011) defende que essa hipótese atenta contra o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, uma vez que reduz a autonomia do indivíduo maior de 70 (setenta) anos como pessoa e o constringe a uma tutela reducionista, além de estabelecer a ele uma restrição à liberdade de contrair matrimônio, o que a nossa Constituição não faz.

Nesse sentido, interessante observar o que leciona Carvalho Filho (2021, p.1800) acerca da ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana e igualdade dos indivíduos em idade senil para a deliberação do regime de bens no casamento:

[...] O inciso II realça o caráter protetor do legislador, que pretende resguardar o nubente maior de 70 anos de uma união fugaz e exclusivamente interesseira. A doutrina observa que esse dispositivo fere os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, previstos em norma constitucional. O contraente com 70 anos ou mais é plenamente capaz para os atos da vida civil e para a disposição de seus bens. [...] (Carvalho Filho, 2021, p.1800)

Nesse passo e diante da nova realidade social, toda pessoa deve ter o direito de escolher a forma como irá constituir sua família, haja vista que a atual Constituição consagra diversas espécies de entidades familiares, tendo como elemento fundante o afeto, de modo a promover a dignidade humana no grupo familiar. Optando-se pelo casamento, deve ele refletir a vontade das partes, com o fim de cumprir sua função social: a comunhão plena de vidas.

A restrição à vontade do nubente maior de 70 (setenta) anos, no tocante a um dos aspectos da constituição de família através do casamento, longe de ser uma medida protetiva, como querem fazer parecer, reflete a persistência de traços de uma postura patrimonialista no Código Civil, fugindo à atual concepção personalista do Direito Civil, e violando o princípio da dignidade da pessoa humana. Maria Berenice Dias (2011) destaca que:

[...] A Constituição, ao instaurar o regime democrático, preocupou-se em banir discriminações de qualquer ordem, conferindo especial atenção à liberdade e à igualdade, e neste particular cita a imposição do regime de separação de bens como um dos mais flagrantes exemplos de afronta ao princípio da liberdade [...] (Dias, 2011, p. 63)

Ainda na esteira da inconstitucionalidade do art. 1641, do Código Civil, é importante salientar que, tanto a doutrina quanto a jurisprudência entendem que a inserção de tal condição para o casamento de pessoas maiores de 70 anos é inconstitucional, como se vê na Apelação Civil nº 0399286-78.2009.8.26.0577, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹⁵²:

[...] Em primeiro lugar é importante deixar consignado que o art. 1.641, II, do Código Civil é inconstitucional visto que tal dispositivo legal, evidentemente, discrimina o idoso ao impedir-lo de dispor livremente de seu patrimônio. [...] (Apelação Cível nº 0399286-78.2009.8.26.00577, 4ª Câmara de Direito Privado, Relator: Desembargador: Fábio Quadros, j. 19/09/2013)

Além de ofender a Constituição da República, o instituto da separação obrigatória de bens se contradiz também com o próprio Código Civil, no que tange à regulação da capacidade civil.

O Código Civil prevê que a capacidade de fato é adquirida, em regra, com a maioridade, habilitando-se a pessoa à prática de todos os atos da vida civil a partir dos

152 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Civil n. 0399286-78.2009.8.26.0577. Apelante: Maria Aparecida. Apelados: José Vicente da Fonseca e outros, Relator: Des. Fábio Quadros, São Paulo, 19 de set. de 2013. Disponível em: < <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117700066/apelacao-apl-3992867820098260577-sp-0399286-7820098260577/inteiro-teor-117700076>>. Acesso em 27 de maio de 2022.

dezoito anos. A capacidade de exercício pode surgir, também, para os menores, nas situações especificadas pela lei civil.

Por outro lado, a lei estabelece as hipóteses de incapacidade, listando-as em rol taxativo. Conforme leciona Pereira (2007, p. 279), a regra é a capacidade, e a incapacidade é exceção. “Em outras palavras, a capacidade de fato é presumida, e apenas por exceção, expressamente decorrente de lei, é possível conceber a incapacidade para o exercício pessoal e direto dos atos da vida civil”.

Uma vez adquirida a capacidade civil plena, ela só pode ser afastada nas situações previstas em lei, e através do processo judicial de interdição, observadas as regras especiais a ele pertinentes. Aliás, tão delicada é a questão da capacidade civil que o processo de interdição é revestido de diversos requisitos formais.

Pronunciado o decreto judicial de interdição, ao interdito recusa-se a capacidade de exercício, sendo nomeado um curador que o represente nos atos da vida civil.

Entre as hipóteses de incapacidade civil absoluta e relativa, previstas nos artigos 3º e 4º do Código Civil, não se verifica nenhuma relativa aos maiores de 70 (setenta) anos de idade, do que se infere que não se perde a capacidade de fato com o implemento da idade. A esse respeito leciona Caio Mário da Silva Pereira:

“[...] A senilidade, por si só, não é causa de restrição da capacidade de fato, porque não se deve considerar equivalente a um estado psicopatológico, por maior que seja a longevidade. Dar-se-á a interdição se a senectude vier a gerar um estado patológico, como a arteriosclerose ou a doença de Alzheimer, de que resulte o prejuízo das faculdades mentais. Em tal caso, a incapacidade será o resultado do estado psíquico, e não da velhice[...]” (PEREIRA, 2007, p. 279).

No mesmo sentido são os ensinamentos de Lôbo (2010, p. 124):

A idade avançada não é por si deficiência ou enfermidade mental. A pessoa pode viver muito tempo como idosa, sem qualquer comprometimento de sua higidez mental. Todos os órgãos da pessoa, inclusive o cérebro, sofrem mutações com o passar dos anos, reduzindo-se as habilidades antes desenvolvidas. Mas essa circunstância natural não é suficiente para suprimir ou reduzir a

capacidade de exercício da pessoa, se permanece nela a faculdade de discernir. (LÔBO, 2010, p. 124).

O autor destaca, que o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) tem por objetivo proteger a pessoa idosa, e não reduzir a sua capacidade de exercício, pois, como prevê o art. 8º do mencionado diploma, “o envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social”.

Como se percebe, os idosos detêm capacidade civil plena, haja vista que a idade avançada não se enquadra em nenhuma das hipóteses de incapacidade civil. A capacidade de exercício apenas lhes é recusada em caso de superveniência de alguma enfermidade que prejudique seu discernimento, ou por enquadramento em alguma das demais hipóteses de incapacidade civil previstas na lei.

Ainda assim, subsiste no Código Civil Brasileiro a regra que impõe o regime de separação de bens aos maiores de 70 anos, usurpando-lhes a liberdade de escolha do regime de bens que julguem mais apropriado para reger as relações patrimoniais decorrentes de seu casamento, e, dessa forma, tratando-os como se incapazes fossem.

Mesmo que não esteja configurada nenhuma das causas de incapacidade civil legalmente previstas, a capacidade civil do maior de 70 (setenta) anos é diminuída relativamente ao casamento, apenas em virtude de sua idade, caracterizando uma verdadeira afronta à Carta Magna de 1988, que em sua essência permite a livre escolha dos nubentes quanto ao regime de bens adotados. Descumprindo a exigência do processo de interdição, e até mesmo na ausência de qualquer das situações estabelecidas pelos artigos 3º e 4º do Código Civil, o próprio Estado, através do inciso II do art. 1.641, limita a capacidade civil do indivíduo, tomando por justificativa tão-somente o implemento da idade.

Nesse dispositivo, segundo Venosa (2011, p. 104):

[...] equipara-se os maiores de 70 anos às pessoas dotadas de capacidade diminuída, sujeitas à proteção do Estado, porém, dispensando-se a exigência legal do processo de interdição. Frise-se, inclusive, que, não sendo necessária a interdição, a diminuição da capacidade civil instituída pelo art. 1.641, inciso II, do código aparenta ser ainda mais gravosa que as hipóteses estabelecidas pelos artigos 3º e 4º, o que não há como não se questionar. [...] (VENOSA, 2011, p. 104).

A pretexto de uma suposta proteção, o legislador acabou por instituir uma presunção *jure et de jure* de incapacidade mental, de forma aleatória e sem buscar sequer algum subsídio probatório, como observa Maria Berenice Dias (2011, p.65).

Isso porque a imposição do regime de separação de bens, nesse caso, é absoluta, não comportando nenhuma possibilidade de ser afastada essa cominação legal, diferentemente do que ocorre nas demais hipóteses de regime de separação de bens obrigatório. (DIAS, 2011, p. 65).

Outro ponto que merece ser destacado é que a obrigatoriedade do regime de separação de bens, para os maiores de 70 (setenta) anos, subsiste ainda que não tenham família a qual deixar seus bens. Essa observação desconstitui os argumentos de alguns dos defensores da imposição, segundo os quais ela constituiria uma proteção ao idoso e à sua família.

Isso significa presumir uma diminuição do discernimento da pessoa em razão do implemento da idade, sem sequer admitir prova em contrário. Embora seja esta a corrente majoritária, na atualidade, os tribunais superiores vêm adotando entendimento diverso acerca da Constitucionalidade do art. 1641, inciso II no que tange à regra de separação de bem aos maiores de 70 anos. Suposição que, inclusive, não condiz com a realidade atual, em que a elevação da qualidade e da expectativa de vida permitem ao idoso uma vida ativa, conforme já foi destacado no capítulo inicial do presente trabalho.

Nesse passo Pereira (2010, p.281), salienta ainda que:

[...]Se é certo que podem ocorrer esses matrimônios por interesse nestas faixas etárias, certo também que em todas as idades o mesmo pode existir, de modo que a regra da obrigatoriedade do regime de separação de bens em razão da idade não encontra justificativa econômica ou moral, pois a desconfiança contra o casamento dessas pessoas não tem razão para subsistir. [...] (PEREIRA, 2010, p. 281).

Por fim, que, se um dos objetivos é proteger a família do idoso, a imposição não deveria persistir, no caso de não haver família a ser protegida. Ademais, ainda que o idoso tenha família, deve-se lembrar que no ordenamento jurídico brasileiro não se cogita de herança de pessoa viva. Logo, não deveria ser admitido como fim de uma regra legal a proteção de uma eventual futura herança, quando viva a pessoa.

Acrescente-se que é assegurada à pessoa a livre disposição de seus próprios bens, à vista de seu direito de propriedade, previsto no art. 5º, XXII da Carta Magna como garantia fundamental. Da mesma forma, prevê o art. 1.228, *caput*, do Código Civil que “o proprietário tem o direito de usar, gozar e dispor da coisa”.

É no mínimo injusto que a pessoa não possa dispor como bem entender do patrimônio que construiu durante toda sua vida, a pretexto de uma proteção aos interesses de seus eventuais futuros herdeiros. Por essa razão, inadmissível é a limitação estatal à liberdade de escolha com tais objetivos.

4.Regime de bens – diferença entre os regimes

A distinção entre os diversos regimes se percebe identificando o número de conjuntos ou massas que cada um deles compreende. Pela comunhão universal de bens forma-se um único conjunto. Todo o acervo patrimonial, tanto o preexistente ao casamento e pertencente a qualquer dos cônjuges, como tudo o que for adquirido durante a sua vigência, compõe uma só universalidade patrimonial, a ser dividida igualmente entre os cônjuges, no final do casamento.

No regime de separação total, há dois conjuntos patrimoniais: a) os bens do marido; b) os bens da mulher. Cada um é titular do seu próprio patrimônio, quer tenha sido adquirido antes ou na constância do casamento. Quando da separação, o que se não há o que se dividir, e cada um fica com os bens que lhe pertence. Já no regime da comunhão parcial de bens, conforme Dias (2011), são três os blocos: os particulares de cada um, ou seja, a) os bens do marido, b) os da mulher, adquiridos por cada um antes do casamento; e c) os aquestos, bens comuns adquiridos após o enlace matrimonial por ambos ou qualquer dos cônjuges. Solvido o casamento, cada um ficará com seus bens particulares e mais a metade do patrimônio comum.

No regime da participação final nos aquestos, segundo Dias (2011,p.69):

Existem cinco universalidade de bens: os particulares que cada um possuía antes de casar, ou seja, a) os bens do homem e b) os da mulher. Depois do casamento, surgem mais três conjuntos: c) o patrimônio próprio do marido; d) o adquirido pela mulher em seu nome; e e) os bens comuns adquiridos pelo casal durante o casamento. No caso de dissolução do vínculo, cada cônjuge ficará com seus bens particulares e com a metade dos comuns. Com relação aos bens próprios de cada um, adquiridos durante o

casamento, serão compensados os respectivos valores. No caso de desequilíbrio, fica um com crédito junto ao outro. (DIAS, 2011, p. 69).

Demonstrada a questão da diferença entre regime de bens, cabe, no próximo tópico, adentrar no tema referente à separação obrigatória de bens, objeto deste artigo.

5.A separação obrigatória de bens

A escolha do regime de bens, feita por ocasião do casamento, rege a situação patrimonial do casal durante sua vigência, mas tem maior significado quando de sua dissolução. Podem os noivos adotar qualquer dos regimes de bens previstos na lei ou gerar um regime próprio. Mantendo-se silenciosos, ou seja, não firmando pacto antenupcial, vigora o regime da comunhão parcial. Hipóteses há, no entanto, em que a vontade dos nubentes não é respeitada. Impõe a lei o regime da separação obrigatória:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I.- das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II.- da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)

III.- de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial. (BRASIL, CC, 2002).

Segundo Dias (2011), trata-se de mera tentativa de limitar o desejo dos nubentes mediante verdadeira ameaça.

A forma encontrada pelo legislador para evidenciar sua insatisfação frente à teimosia de quem desobedece ao conselho legal e insiste em realizar o sonho de casar é impor sanções patrimoniais. Os cônjuges casados sob o regime de separação obrigatória não podem contratar sociedade entre si ou com terceiros. Parece que a intenção do legislador é evitar qualquer possibilidade de entrelaçamento de patrimônios. (DIAS, 2011, p. 89).

Nas hipóteses em que a lei impõe esse regime de bens, pode o juiz excluir esta “sanção” (CC, artigo 1523, parágrafo único). Mas, no caso dos idosos, isso não ocorre.

5.1 A súmula 377 do STF

A tentativa estatal em interferir na esfera afetiva da vida das pessoas se verifica na estipulação de uma mínima e máxima para que o indivíduo venha a contrair um matrimônio. No caso da súmula 377 do STF, o legislador, segundo Dias (2011), limitou-se a reproduzir dispositivo já existente no *Codex* anterior, não observando que a justiça já o havia alterado. A restrição à autonomia da vontade, não admitindo sequer a comunhão dos bens adquiridos durante a vida em comum, levou à edição de tal súmula. Assim, justifica-se seu enunciado: a interpretação exata no sentido de que, no regime da separação legal, os aquestos se comunicam pelo simples fato de terem sido adquiridos na constância do casamento, não importando se resultaram ou não, de comunhão de esforços.

Súmula 377 do STF: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

A jurisprudência, considerando que a convivência leva à presunção do esforço comum na aquisição de bens, procedeu à alteração do dispositivo legal que impunha o regime da separação obrigatória. Determinou a adoção do regime da comunhão parcial para impedir o locupletamento ilícito de um dos cônjuges em detrimento do outro.

Dias (2011) explica que:

É imperioso reconhecer que, em qualquer das hipóteses de imposição do regime legal, a separação diz respeito aos bens presentes, e não aos futuros obtidos na vigência do casamento. Esta foi a lógica que inspirou a súmula. O casamento gera plena comunhão de vidas. Em decorrência do dever de mútua assistência os cônjuges adquirem a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. O casamento faz surgir verdadeiro vínculo de solidariedade, não justificando a vedação legal, sob pena de se fomentar o locupletamento indevido de um em detrimento do outro. (DIAS, 2011, p. 87).

5.2 A união estável entre pessoas com mais de 70 anos

Em decisão de 2016, o STJ definiu que a separação de bens para idosos não é obrigatória quando há união estável anterior ao casamento. De acordo com a decisão

unânime da Colenda Côrte de Justiça, se o marido e a mulher viveram anteriormente em união estável, o sistema de separação de bens deixará de ser aplicado. Os ministros do STJ entendem que, neste caso, não há necessidade de proteger o idoso de uma relação em que haja a suspeita de interesse financeiro, uma vez que ele já vive em união estável e que a lei deveria facilitar a conversão em casamento, conforme dispõe a Magna Carta e o Código Civil atual que prestigia a liberdade de escolha dos nubentes quanto ao tipo de regime de bens a ser adotado no casamento.

A decisão colegiada foi tomada no âmbito do julgamento de processo que envolvia um casal que conviveu em união estável por 15 anos, até 1999, quando se casaram pelo regime de comunhão total de bens. Na época do matrimônio, o marido tinha 61 anos e filhos de outro relacionamento.

Após o falecimento do pai, um dos filhos do primeiro relacionamento foi à Justiça para anular o regime de comunhão universal, sob a alegação de que o artigo 258 do Código Civil de 1916, vigente à época, obrigava o regime de separação total de bens quando o casamento envolvesse noivo maior de 60 ou noiva maior de 50 anos. A relatora do caso no STJ, ministra Isabel Gallotti, ressaltou no voto que essa restrição também foi incluída no artigo 1.641 do atual Código Civil para nubentes de ambos os sexos maiores de 60 anos, posteriormente alterada para alcançar apenas os maiores de 70 anos.

Como sabido, a intenção do legislador foi proteger o idoso e seus herdeiros necessários dos casamentos realizados por interesse estritamente econômico”, disse a ministra, ao ressaltar que, no caso em julgamento, o casal já vivia em união estável por 15 anos, “não havendo que se falar, portanto, na necessidade de proteção do idoso em relação a relacionamentos havidos de última hora por interesse exclusivamente econômico.

Ao proferir a decisão a relatora frisou que a aceitação dos argumentos do recurso acarretaria “incoerência jurídica”. Isso porque, durante a união estável, o regime era o de comunhão parcial. Ao optar pelo casamento, “não faria sentido impor regime mais gravoso”, ou seja, o da separação, “sob pena de estimular a permanência na relação informal e penalizar aqueles que buscassem maior reconhecimento e proteção por parte do Estado, impossibilitando a oficialização do matrimônio”. A relatora destacou ainda que a lei ordinária deve merecer interpretação compatível com a Constituição. “No caso, decidir de modo diverso contrariaria o sentido da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226,

parágrafo 3º, a qual privilegia, incentiva e, principalmente, facilita a conversão da união estável em casamento”.

6. Conclusão

A regra da obrigatoriedade do regime de separação entende que a idade (maiores de 70 anos) diminui o discernimento da pessoa para alguns atos da vida civil e o deixa mais suscetível de ser enganado, por exemplo. No caso de herança, onde envolve patrimônio, este argumento se torna mais fácil de ser visualizado, principalmente quando se tem herdeiros.

Entretanto, conforme visto neste estudo, o artigo que rege este regime de bens, fere alguns princípios fundamentais da Constituição Federal, como o da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da razoabilidade. É uma discriminação em face da idade e desrespeita as normas que protegem o idoso, entendendo-o como incapaz neste caso. A idade não pode ser estipulada para interpretar um ato de vontade da pessoa no caso de um regime de bens, pois a pessoa não deixa de possuir discernimento apenas porque completou 70 anos de idade.

Além disso, as pessoas, atualmente estão com a expectativa de vida mais elevada, com um estilo de vida mais saudável, o que permite que vivam a terceira idade com mais saúde e capacidade de discernimento, o que comprova o atentado à dignidade da pessoa humana, à liberdade e à proporcionalidade deste artigo em questão.

Isso mostra que o artigo 1641, inciso II do Código Civil afronta os princípios constitucionais aqui mencionados bem como os valores do Direito de Família, pois não condizem nem mesmo com a realidade atual da nossa sociedade.

7. Referências

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação Disponível em:

<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 27 de maio de 2022.

BRASIL, Lei nº. 10.406/2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília: Congresso Nacional, 2002.

BRASIL, STJ. Separação de bens não é obrigatória para idosos quando casamento é precedido de união estável. Disponível em:

http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticiasantigas/2016/2016-12-16_08-02_Separacao-de-bens-nao-e-obrigatoria-para-idososquando-casamento-e-precedido-de-uniao-estavel.aspx. Acesso em: 27 de maio de 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula nº. 377. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. Disponível em: http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0377.htm. Acesso em: 27 de maio de 2022

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Civil n. 0399286-78.2009.8.26.0577. Apelante: Maria Aparecida. Apelados: José Vicente da Fonseca e outros, Relator: Des. Fábio Quadros, São Paulo, 19 de set. de 2013. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117700066/apelacaoapl3992867820098260577-sp-0399286-7820098260577/inteiro-teor-117700076>. Acesso em 27 de maio de 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília: Congresso Nacional, 1988.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: RT, 2011.

Filho, Milton Paulo de Cravalho, *et al.* Ministro Cezar Peluso (coordenador). **Código Civil: comentado, doutrina e jurisprudência**. 15. ed. rev. e atual. Barueri: Manole editora, 2021.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 18. ed. Revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 11. ed. São Paulo: Atlas,

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: UMA ANÁLISE ACERCA DA LEGISLAÇÃO QUE ASSEGURA OS DIREITOS DAS PARTURIENTES

KALYANDRA ALVES DE ANDRADE:
Graduanda em direito pela Universidade
Federal do Amazonas

RESUMO: O presente artigo foi realizado através da pesquisa documental e bibliográfica, com apoio em textos científicos e livros relacionados à temática de violência de gênero e violência obstétrica, bem como dados de pesquisas coletadas (denúncias, pareceres do Ministério Público, quadro amostral de atendimentos nas maternidades e relatos), e visando compreender o contexto histórico da progressão do parto, saindo da segurança do lar das gestantes, para os atendimentos em massa realizados por profissionais da saúde dentro dos hospitais. Apesar de as condutas lesivas serem repudiadas por órgãos como a OMS e o Ministério da Saúde, essas práticas seguem sendo realizadas por profissionais da área da saúde, com fortes motivações pela condição da gestante enquanto mulher, classificando-se como um crime muitas vezes restrito ao gênero. Mesmo com a inclusão digital e crescimento das denúncias, as condutas lesivas (e muitas vezes fatais) permanecem.

PALAVRAS-CHAVE: Violência Obstétrica. Violência de Gênero. Maternidades. Condutas lesivas à gestantes. Puerpério. Violação dos direitos da mulher grávida. Direitos da mulher.

ABSTRACT: This article was prepared through documental and bibliographic research, supported by scientific studies and books related to gender and obstetric violence, as well as data from researches (complaints, opinions from the Public Ministry, reports of maternity hospitals and aiming to understand the historical context of the progression of childbirth, when pregnant women leave their safe spot to give birth in hospitals. Although harmful conducts are repudiated by organizations like WHO and Ministry of Health, these practices are often associated by professionals in the area of pregnant women, being classified as a gender-associated crime. Even with digital inclusion and the growth of denunciation, the harmful activities against women remain.

KEY-WORDS: Obstetric Violence. Gender Violence. Maternities. Harmful conduct towards pregnant women. Puerper. Violation of the rights of pregnant women. Women's Rights.

INTRODUÇÃO

Os temas que cercam a violência obstétrica têm grande relevância no cenário atual por ser uma discussão relativamente nova e que ocorre todos os dias em todos os locais do mundo. É um tipo de violência que muitas vezes mostra certo grau de igualdade entre

as vítimas, podendo acontecer com qualquer gestante, todavia não se pode negar que a ocorrência é preponderante em perfis raciais e de classe distintos (LEAL et al., 2017).

Apesar de essa forma de violência ser relativamente comum, como apontam os dados da pesquisa realizada pela Nascer do Brasil e coordenada pela Fiocruz em 2014, não são todos os casos que recebem o devido reconhecimento midiático. Em 2021 reacendeu-se a discussão após o relato da influencer digital Shantal Verdelho, que denunciou o médico obstetra que fez o parto de sua filha mais nova em setembro de 2021 na cidade de São Paulo. Ao expor em sua rede social, para seus mais de 1,5 milhões de seguidores, a influencer mostrou como foi agredida verbalmente pelo profissional que realizava o procedimento em seu momento de maior fragilidade, e como é possível que qualquer gestante passe pelo mesmo (G1, 2022).

Em março de 2022, mais um caso ganha espaço nos jornais: uma jovem de Barra Mansa, no Rio de Janeiro, denuncia a forma como foi tratada durante o parto de seu filho e a posterior morte do bebê, em decorrência dos procedimentos realizados. Milene de Oliveira teve seus pedidos para que o parto fosse realizado por cesariana negados, mesmo tendo passado mais de 10 horas em um trabalho de parto que não evoluiu e teve que ouvir do médico que a atendia que iria “caprichar” para o marido dela enquanto costurava o canal vaginal (G1, 2022).

Todavia, mesmo com o avanço de discussões e palestras acerca da questão, ainda não há um posicionamento concreto à nível nacional e as denúncias se acumulam por serem descartadas como mero erro médico, retirando a responsabilidade daqueles que cometem a violência e deixando as vítimas traumatizadas e portando sequelas para o resto da vida. Apesar de posicionamentos da Organização Mundial de Saúde, as práticas seguem sendo realizadas e direitos seguem sendo desrespeitados.

ASPECTOS DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E SUAS DEFINIÇÕES

Para a finalidade do artigo o termo mais utilizado será “mulher”, todavia sem negar que qualquer pessoa com útero (incluindo pessoas que se identificam com outros gêneros, além do binário masculino e feminino) e que esteja gerando uma vida pode vir a sofrer esses mesmos tipos de violência, seja durante a gestação ou até o momento do parto. Infelizmente, a discussão é mais fechada para as vivências de mulheres cisgênero e não se tem dados envolvendo outras pessoas com útero.

A violência se caracteriza como um grave fenômeno social em expansão, em todas as suas formas e, de modo especial, contra a mulher, ao longo da história. Nos dias atuais ganhou caráter endêmico, fazendo-se cotidianamente presente em comunidades e países

de todo o mundo, sem discriminação social, racial, etária ou religiosa (FANEITE; FEU; MERLO, 2012).

A violência contra a mulher é definida como “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, causando morte, dano ou sofrimento de ordem física, sexual ou psicológica à mulher, tanto na esfera pública quanto na esfera privada” (Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher, 1996, p. 6).

O estudo e subsequente interesse na assistência ao parto pode ser considerado relativamente recente, todavia registrado em diversos momentos históricos, principalmente dando enfoque no sofrimento e tratamento ao qual são submetidas as gestantes. Esses estudos possuem diferentes ramificações, com respostas em contextos distintos para justificar o modo de tratamento e frequentemente impactando a maneira de como será conduzido o cuidado no ciclo gravídico-puerperal (Journal of Human Growth and Development, 2015).

A violência de gênero é resultado da própria construção do conceito de gênero, este sendo resultado dos comportamentos que a sociedade impõe à homens e mulheres através de estereótipos que reforçam a inferioridade do sexo feminino em relação ao sexo masculino. Por causa disso, se aceita a discriminação contra a mulher como algo natural ao invés de um processo imposto e sistemático (SILVA, 2010).

Apesar de a medicina ser uma ciência, ela não está isenta da influência dos valores morais e culturais. Ao admitir que o ambiente das instituições de saúde faz parte da sociedade, a percepção dessa violência evidencia aspectos particulares tendo no parto um meio de punir e demonizar a sexualidade feminina.

Atualmente numerosos estudos no país documentam como são frequentes as atitudes discriminatórias e desumanas na assistência ao parto, nos setores privado e público (Fundação Perseu Abramo e SESC, 2010). O interesse acadêmico se ampliou e a produção dos últimos anos inclui pesquisas sobre a formação dos profissionais e, mais recentemente, dados de base populacional. A questão mais delicada quanto à violência obstétrica consiste no fato de que muitas vezes as mulheres, vítimas desta forma de violência, não percebem a sua prática, pois, por uma questão cultural, o parto ainda é visto como um momento de “dor necessária”. Em outras situações, aquelas que percebem, optam pelo silêncio, mas afinal: em que consiste a violência obstétrica?

A violência obstétrica tem por definição toda ação ou omissão direcionada à mulher durante o pré-natal, parto ou puerpério, que cause dano, dor ou sofrimento desnecessário, praticada sem consentimento explícito ou em desrespeito à sua autonomia, podendo ser caracterizados por: negação do atendimento à mulher, comentários humilhantes no que diz respeito à sua cor, idade, religião, escolaridade, classe social, estado civil, orientação

sexual, número de filhos, palavras ofensivas dirigidas à sua família, agendar cesárea sem necessidade para atender aos interesses do próprio médico (e aqui cita-se a agenda cheia dos profissionais de saúde), manter a parturiente em posição desconfortável por horas, manobra de Kristeller, toques desnecessários e repetitivos, etc (PAES, 2018).

Ocorre que os últimos dados levantados sobre violência obstétrica foram coletados entre 2010 e 2012, tendo estudos da Fundação Perseu Abramo e Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) como base. À época o levantamento já era chocante: 45% dos atendimentos em hospitais da rede pública resultam em violência obstétrica e na rede privada a prática equivalia a 30% (Ensp/Fiocruz, 2012). Mesmo com essa deficiência em estatísticas pode-se reconhecer que as mulheres mais vulneráveis à violência obstétrica são as pobres, pretas, pardas, periféricas e LGBTs.

Na América Latina há países que tipificam a conduta da violência obstétrica, como Argentina (que inclusive possui legislação específica acerca da definição desse tipo de violência, Lei 26.485/2009), México e Venezuela. No âmbito nacional, o sistema jurídico brasileiro possui legislação genérica a respeito, mas não existe lei específica. Existe, entretanto, o Projeto de Lei 7.633/2014, ainda em trâmite no Congresso Nacional, que dispõe sobre as diretrizes e os princípios inerentes aos direitos da mulher no que diz respeito a gestação, pré-parto e puerpério e a erradicação da violência obstétrica.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PARTO E A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA COMO PADRÃO NO TRATAMENTO GESTACIONAL

Há muito tempo a pessoa parturiente deixou de ser protagonista durante o parto, como apontam os dados de 2018 da OMS sobre o aumento dos partos através de cesárea, totalizando 55,57% e colocando o Brasil como segundo país que mais faz este procedimento cirúrgico no mundo. Na rede privada esse número equivale a 88% dos partos e 46% na rede pública de saúde. A recomendação da OMS persiste para que o parto realizado por cesariana seja entre 10% a 15% dos casos desde que foi realizada uma reunião do órgão em 1985, em Fortaleza/CE, no Brasil. Essa recomendação persiste mesmo após passados quase 40 anos, pois estudos indicam que maiores taxas do procedimento não afastam a mortalidade materna e do feto.

Apesar de mudanças significativas nas taxas de morte materna persiste o questionamento: se os procedimentos evoluíram com o passar das décadas isso implica em melhor atendimento para as gestantes? Para Simone Grilo Diniz (2009), e com base em dados amostrais, não há indícios de melhoras.

Segundo Andrade e Aggio (2014, p. 1) “desde os tempos bíblicos a dor tem sido associada à parturição, obrigando a parturiente a suportá-la e aceitá-la”. Inegavelmente, o

parto é um momento único e inesquecível na vida da mulher, quando o cuidado proveniente dos profissionais deveria ser singular e focado na parturiente para torná-lo o mais natural e humano possível. Ao contrário de outros acontecimentos que necessitam de cuidados hospitalares, o processo de parturição é fisiológico, natural, muitas vezes necessitando apenas de acolhimento, atenção e humanização.

Apesar de o parto cesárea ser uma técnica cirúrgica que salva vidas, os estudos atuais apontam que seu uso descontrolado e desnecessário pode trazer prejuízos (dentre eles a perda da vida humana). Para tentar monitorar a situação, a OMS criou em 2011 a Classificação de Robson para acompanhar a progressão indicada para os partos e assim indicar a intervenção cirúrgica apenas nos casos necessários.

Dentro dessa perda de autonomia por parte da gestante temos que a equipe médica "assume as rédeas" e delega à parturiente apenas a colaboração para que tudo corra bem. Contudo, é nessa colaboração que muitas irão vivenciar os momentos mais traumáticos de suas vidas.

Entre as teorias sobre o que causa a violência obstétrica pode-se citar o trabalho de Simone Grilo Diniz e de outras colaboradoras para o departamento de saúde materno-infantil da Faculdade de Saúde Pública na Universidade de São Paulo (USP) em 2015:

"A formação dos profissionais de saúde, em especial dos médicos, tem papel estruturante no desenho atual da assistência e na resistência à mudança. Enquanto as melhores evidências são atualizadas e divulgadas rapidamente em publicações eletrônicas, disponíveis via Internet, a maioria dos cursos de medicina tem sua bibliografia baseada em livros desatualizados,³⁷ com raras orientações aos estudantes sobre como buscar, avaliar e revisar os estudos disponíveis a respeito de um determinado tema. Isso significa que os formandos têm limitado seu conhecimento sobre a prática baseada em evidência, muitas vezes tratando as melhores práticas, baseadas em evidências, como questões "de opinião", "de filosofia", e não como o padrão-ouro da assistência.

Hotimsky afirma que a prática médica é, muitas vezes, apreendida de forma descolada do seu balizamento ético e com a priorização de competências em detrimento de valores como o cuidado. Descreve situações em que mulheres são objetificadas em prol do treinamento de internos, como em casos em que há negociação entre estudante e residente para a realização de uma episiotomia para fins de treino sem o consentimento da paciente. Tal compreensão está tão arraigada nos serviços que, ao comentar a prática dos residentes,

uma profissional entrevistada no trabalho de Diniz declara: "Eles têm que aprender, as mulheres são o material didático deles" (p.102)."

Além disso, no artigo desenvolvido é feita uma reflexão sobre como dentro das instituições de saúde os profissionais exploram a fragilidade da gestante muitas vezes para seu ganho pessoal, em decorrência de turnos longos, preconceitos pessoais e afins:

"Estes estudos mostram que as mulheres são escolhidas para o treinamento de procedimentos como episiotomia, fórceps ou até mesmo cesarianas conforme o ordenamento hierárquico do valor social das pacientes" evidenciando a existência de uma hierarquia sexual, de modo que quanto maior a vulnerabilidade da mulher, mais rude e humilhante tende a ser o tratamento oferecido a ela. Assim, mulheres pobres, negras, adolescentes, sem pré-natal ou sem acompanhante, prostitutas, usuárias de drogas, vivendo em situação de rua ou encarceramento estão mais sujeitas a negligência e omissão de socorro. A banalização da violência contra as usuárias relaciona-se com estereótipos de gênero presentes na formação dos profissionais de saúde e na organização dos serviços. As frequentes violações dos direitos humanos e reprodutivos das mulheres são, desse modo, incorporadas como parte de rotinas e sequer causam estranhamento.

Segundo Rego et al., (2008) no ensino médico, os doentes tendem a ser desumanizados, anulados em sua identidade e transformados em um número da ficha hospitalar, em um caso a ser estudado, diagnosticado e tratado. Estudos sobre o ensino das profissões de saúde mostram que essa crítica, no entanto, não se restringe à obstetrícia, nem mesmo apenas à medicina, aplicando-se, em variadas intensidades, a outras profissões de saúde. O conjunto da educação dos profissionais tem sido alvo de críticas pela dificuldade de prepará-los com formação humanista. Assim, a relação deixa de ser entre humanos e passa a ser uma relação sujeito-objeto, do médico com a doença".

Segundo Grilo Diniz (2009), a opção majoritária que muitas mulheres fazem ao escolher fazer cesariana sem necessidade tem por motivo a violência de imposição de rotinas, posição do parto e das interferências obstétricas desnecessárias vetam o desencadeamento natural dos mecanismos fisiológico do parto, tornando este um tipo de patologia e de intervenção médica, tornando o ato de parir em uma experiência de

impotência, terror, alienação e dor. Além da visão de Grilo Diniz, pode-se citar a opinião médica, em explicação acerca do que motiva a busca pela cesárea, sendo motivos predominantes o medo da dor de um parto normal e o medo de sofrer alguma alteração física durante o procedimento (Dr. Roberto Faria, 2019).

A análise levantada pela transição do parto de dentro do ambiente domiciliar, em que eram mulheres conduzindo o momento do nascimento, para o hospitalar, em que os médicos homens foram durante anos a totalidade da equipe que prestava o serviço dos partos normais e cesáreas não é uma tentativa de excluir que homens participem desses espaços. Apenas uma colocação de que em algum momento algo no tratamento mais humanizado foi se perdendo.

DENÚNCIAS, ATIVISMO E PEDIDOS DE TOMADA DE ESPAÇOS LEGAIS PARA OBTENÇÃO DE DIREITOS DAS PARTURIENTES

As denúncias acerca da violência obstétrica tiveram início com a criação da Rede pela Humanização do Parto e do Nascimento (Rehuna). Através da Carta de Campinas, documento originário da Rehuna, ocorre a denúncia das circunstâncias de violência e constrangimento que acontecem durante a assistência, destacando as condições pouco humanas a que são submetidas mulheres e crianças no momento do nascimento (MARQUES, 2020).

A ocorrência desse tipo de violência não teve início na virada do século, perdura no tempo, sendo recorrente tanto na rede pública quanto na rede privada de saúde, sem que a população geral tome conhecimento de que muitos dos atos praticados configuram um tipo de violência e violação de direitos fundamentais, não devendo aceitar os atos como mero procedimento médico dentro do normal.

A violência de gênero resulta da própria construção deste conceito, indicando os estereótipos que socialmente são impostos ao binarismo homem e mulher, com o feminino sendo sempre visto como inferior/fraco e sendo "natural" ocorrer essa discriminação, ao invés de reconhecer como sendo resultado de um processo imposto e sistemático (SARDENBERG; TAVARES, 2017).

O momento da gestação e posterior parto muitas vezes é único e, dentro deste cenário, acaba se tornando uma experiência de grande sofrimento em decorrência do atendimento da equipe multidisciplinar de saúde.

Apesar do ciberativismo das mulheres mães, os direitos das parturientes continuam sendo violados e mesmo com muitas das técnicas consideradas danosas à saúde da grávida e do nascituro pela Organização Mundial de Saúde (OMS) os profissionais de saúde

perpetuam o atendimento traumático à essas mulheres que muitas vezes estão vivendo uma experiência única (SENA; TESSER, 2017).

CASO CONCRETO E O QUE MUDOU COM AS DENÚNCIAS: COMO O ATIVISMO FOI CENTRAL PARA ALTERAÇÕES NOS DISPOSITIVOS LEGAIS

No Amazonas, o caso mais popular, que iniciou as investigações nas maternidades, foi o de Gabriela Repolho de Andrade. Em 2012, na época do parto, ela buscou a emergência do hospital de seu plano de saúde particular para um atendimento. Logo foi recebida para triagem, sendo tratada de forma agressiva durante todo o atendimento com a médica plantonista, tendo ainda sido impedida de ter o acompanhamento do marido durante esse atendimento. Após o nascimento de sua filha, momento em que Gabriela não recebeu palavras de apoio ou acolhimento por parte da equipe, a mesma foi impedida de ter contato imediato com o bebê e foi levada para o quarto, passando horas sem poder segurar ou amamentar a própria filha (MPF, 2016).

Apesar de Gabriela Repolho ter aberto caminho para que as gestantes pudessem compartilhar seus relatos de violência isso não implica necessariamente na diminuição de casos ocorrendo nas maternidades em todo o estado do Amazonas. Dentre diversos motivos e circunstâncias, a violência obstétrica continua sendo parte da realidade de muitas gestantes.

Em meio aos acontecimentos repetitivos de desrespeito aos direitos maternos, surge o Humaniza Coletivo Feminista (fundado em 2017) que, de acordo com sua biografia na plataforma social Instagram e em seu site oficial (<https://humaniza.manaus.br/>) é “um grupo de mulheres que luta pela erradicação da violência obstétrica”. Apesar de ter se tornado uma associação apenas em 2017, o coletivo já tinha atuação desde 2015 enquanto movimento, buscando junto ao Ministério Público Federal - MPF e ao Ministério Público do Estado - MPAM a realização de uma audiência pública para tratar do tema de violência obstétrica (ANPR, 2020).

A atuação do Coletivo foi essencial para trazer visibilidade ao tema, buscar justiça para as vítimas e promover a ponte dentro do judiciário, com palestras sendo promovidas para magistrados, visando informar aos outros setores como receber e lidar com as denúncias.

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro percebe-se deficiências e brechas na legislação vigente referente aos direitos gravídicos antes, durante e após o parto (período puerpério). Esses direitos estão elencados em tratados e convenções internacionais (Portaria GM nº 569/2000; Lei nº 11.108/2005; Lei nº 11.634/2007; Portaria GM nº 1.016/1993), tendo também especificações para as condutas corretas a serem adotadas

nas decisões da Organização Mundial de Saúde (OMS) com os Dez Direitos das Gestantes (2011).

Em 2019, no estado do Amazonas, foi criada a Lei nº 4.848, que trata de medidas para prevenir a violência obstétrica nas redes públicas e privadas de saúde. A Lei Ordinária define o que é violência obstétrica e quais são as práticas que podem ser consideradas como condutas abusivas ou ofensivas, quem são os agentes que cometem a violência obstétrica e qual o papel das maternidades para informar ao máximo as pacientes sobre o que não é permitido que seja feito com seus corpos.

Apesar de a legislação estadual ser importantíssima, ainda não há lei federal que discuta o assunto (G1, 2022). Além disso, a “punição” aos que cometerem os atos lesivos é de natureza pecuniária, atingindo a esfera patrimonial do autor do ilícito, não havendo tipificação no Código Penal. O que ocorre dentro do nosso ordenamento é a aplicação de outros tipos penais às condutas lesivas praticadas contra as gestantes, e não um tipo penal específico.

Com isso, questiona-se: a legislação brasileira possui as ferramentas necessárias para que seja possível prevenir, responsabilizar e educar profissionais da saúde sobre a prática de violência obstétrica?

CONCLUSÃO

Apesar de avanços de coletivos para tentar garantir que os direitos já existentes das gestantes sejam respeitados e que as diretrizes da OMS, no que diz respeito à um parto saudável e seguro, sejam mantidas, vemos ainda notícias sobre violências cometidas contra gestantes, durante ou após o parto, mesmo na contemporaneidade em que vivemos.

Além disso, o cenário político global em 2022 não é dos mais animadores para os direitos reprodutivos das mulheres, com cerceamento de direito à realizar aborto seguro e saudável e até discussões de cunho religioso sobre uso de métodos contraceptivos. No Brasil o aborto segue sendo permitido apenas em alguns casos, em conformidade com o artigo 128 do Código Penal e entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal Federal nos casos de feto anencéfalo.

Temos, de um lado, leis que asseguram punir quem praticar aborto fora das hipóteses anteriormente citadas, assegurando que o feto é ser vivo e deve ser protegido, e, por outro lado, não há a segurança para que a gestação seja conduzida com esse mesmo cuidado, de fato impedindo que a violência obstétrica seja cometida. São dois cenários quase opostos, em que há a obrigação em seguir com uma gravidez, mas sem a garantia de que no parto tudo correrá dentro do respeito aos direitos da parturiente e do filho que irá entrar no mundo.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Briena Padilha; AGGIO, Cristiane de Melo. **Violência obstétrica: a dor que cala.** Anais do III Simpósio Gênero e Políticas Públicas, [S. /], p. 1, 27 maio 2014. DOI ISSN 2177-8248. Disponível em: http://www.uel.br/eventos/gpp/pages/arquivos/GT3_Briena%20Padilha%20Andrade.pdf. Acesso em: 30 abr. 2022.

ANPR. Associação reforça rede apoio ao enfrentamento à violência obstétrica. Disponível em: <<https://www.anpr.org.br/imprensa/noticias/24434-trabalho-de-enfrentamento-a-violencia-obstetrica-no-am-e-destaque-no-premio-republica>> Acesso em 25 de julho. 2022.

BETRAN AP, Ye J, Moller A, *et al.* Trends and projections of cesarean section rates: global and regional estimates. **BMJ Global Health** 2021;**6**:e005671. Disponível em: <<https://gh.bmj.com/content/6/6/e005671.info> e <https://brasil.un.org/pt-br/131934-estudo-oms-revela-que-numero-de-cesarianas-aumenta-mas-desigualdade-no-acesso-persiste>>

DINIZ, Simone Grilo. Gênero, saúde materna e o paradoxo perinatal. **Rev Bras Crescimento Desenvolvimento Humano.** 2009; 19(2): 313-326. Disponível em: <http://bhpelopartonormal.pbh.gov.br/estudos_cientificos/arquivos/genero_saude_materna.pdf>

DINIZ, Simone Grilo; SALGADO, Heloisa de Oliveira; ANDREZZO, Halana Faria de Aguiar; CARVALHO, Paula Galdino Cardin de; CARVALHO, Priscila Cavalcanti Albuquerque; AGUIAR, Cláudia de Azevedo; NIV, Denise Yoshie. Violência obstétrica como questão para a saúde pública no Brasil: origens, definições, tipologia, impactos sobre a saúde materna, e propostas para sua prevenção. **Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, J. Hum. Growth Dev. vol.25 no.3 São Paulo 2015.** Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12822015000300019&lng=pt&nrm=iso&tIng=pt>

FANEITE, J;FEO,A; MERLO, J.T. Grado de conocimiento de violencia obstétrica por el personal de salud. Rev Obstet Ginecol Venez. v.72,n.1, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.org.ve/scielo.php?pid=S0048-77322012000100002&script=sci_arttext.>

G1. Brasil não tem lei federal que trate de violência obstétrica ou parto humanizado; maioria dos estados tem legislação sobre tema. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2022/07/17/brasil-nao-tem-lei-federal->

que-trate-de-violencia-obstetrica-ou-parto-humanizado-maioria-dos-estados-tem-legislacao-sobre-tema.ghtml>

G1. **'Obrigada a viver com essa dor pra sempre', diz jovem que acusa hospital de Barra Mansa de violência obstétrica após morte de bebê.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/sul-do-rio-costa-verde/noticia/2022/03/18/obrigada-a-viver-com-essa-dor-pra-sempre-diz-jovem-que-acusa-hospital-de-barra-mansa-de-violencia-obstetrica-apos-morte-de-bebe.ghtml>> Acesso em 27 abril 22.

G1. **Shantal: quem é a influenciadora que denunciou violência obstétrica durante parto.** 10 jan. 2022. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2022/01/10/shantal-quem-e-a-influenciadora-que-denunciou-violencia-obstetrica-durante-parto.ghtml>> Acesso em 27 abril. 22

GRAVIDEZ SAUDÁVEL. **Por que as mulheres preferem parto cesárea?** Disponível em: <<https://www.gravidezsaudavel.com.br/por-que-muitas-mulheres-preferem-fazer-cesarea/>> Acesso em 27 junho. 22

LEAL, M. DO C. et al. **A cor da dor: iniquidades raciais na atenção pré-natal e ao parto no Brasil.** [s.l.: s.n.]. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/csp/a/LybHbcHxdFbYsb6BDSQHb7H/?lang=pt>>

LEAL, M. DO C. et al. **Maus tratos e violência obstétrica como desafio para a epidemiologia e a saúde pública.** Disponível em: <<https://portal.fiocruz.br/noticia/maus-tratos-e-violencia-obstetrica-como-desafio-para-epidemiologia-e-saude-publica>>. Acesso em: 26 abr. 2022.

MARQUES, S. B. Violência obstétrica no Brasil: um conceito em construção para a garantia do direito integral à saúde das mulheres. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, [S. l.], v. 9, n. 1, p. 97–119, 2020. DOI: 10.17566/ciads.v9i1.585. Disponível em: <<https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/585>> Acesso em: 26 abr. 2022.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Cooperação técnica firmada durante audiência pública busca garantia de direitos contra violência obstétrica no Amazonas.** Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/am/sala-de-imprensa/noticias-am/mpf-am-cooperacao-tecnica-firmada-durante-audiencia-publica-busca-garantia-de-direitos-contra-violencia-obstetrica-no-amazonas-1>>. Acesso em:

PAES, Fabiana Dal'Mas Rocha. Estado tem o poder de prevenir e punir à violência obstétrica. **Revista eletrônica consultor jurídico** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-07/mp-debate-estado-dever-dever-prevenir-punir-violencia-obstetrica>> Acesso em 25 abril 22

PAES, Fabiana Dal'Mas Rocha. Violência Obstétrica, Políticas Públicas e a Legislação Brasileira. Revista eletrônica consultor jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-out-08/mp-debate-violencia-obstetrica-politicas-publicas-legislacao-brasileira#:~:text=Entende%2Dse%20por%20viol%C3%Aancia%20obst%C3%A9trica>>. Acesso em: 26 abr. 2022.

SARDENBERG, C.M.B., and TAVARES, M.S. comps. **Violência de gênero contra mulheres: suas diferentes faces e estratégias de enfrentamento e monitoramento** [online]. Salvador: EDUFBA, 2016, 335 p. Bahianas collection, vol. 19. ISBN 978-85-232-2016-7. Disponível em: <<https://doi.org/10.7476/9788523220167>>

SENA, Ligia Moreiras; TESSER, Charles Dalcanale. **Violência obstétrica no Brasil e o ciberativismo de mulheres mães.** Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/icse/v21n60/1807-5762-icse-1807-576220150896.pdf>>

SILVA, Sérgio Gomes da. **Preconceito e discriminação: as bases da violência contra a mulher.** Psicologia: Ciência e Profissão [online]. 2010, v. 30, n. 3 [Acessado 26 Abril 2022], pp. 556-571. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1414-98932010000300009>>. Epub 17 Jun 2011. ISSN 1982-3703.

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA - PARIRÁS COM DOR **Rede Parto do Princípio.** Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>>

A RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL NA GARANTIA DE DIREITOS HUMANOS NA INDÚSTRIA FAST-FASHION

FERNANDA VIANA REGIS:
Graduanda em Direito na
Universidade Federal do
Amazonas.

RODRIGO ALCEU GUEDES FERRARI

(coautor)

RESUMO: O presente artigo versa sobre direitos humanos e empresas e aborda especificamente as consequências negativas da indústria fast-fashion para os direitos humanos trabalhistas na atualidade. Foca-se no problema jurídico que detecta a existência de brechas legais desse modelo de negócio, as quais acabam por permitir a prática de trabalho escravo ou forçado, sobretudo no contexto de atividades empresariais transnacionais. Para atingir seu objetivo, adotou-se o procedimento de revisão bibliográfica. O raciocínio metodológico foi o indutivo, e a pesquisa possui natureza teórica, exploratória e descritiva.

PALAVRAS-CHAVE: Indústria. Moda. Fast-Fashion. Negócios. Direitos Humanos. Trabalho Escravo. Responsabilidade Empresarial.

ABSTRACT: This article deals with human rights, companies and specifically addresses the negative consequences of the fast-fashion industry for human rights at work nowadays. It focuses on the legal problem that detects the existence of legal loopholes in this business model, which end up allowing the practice of slave or forced labor, especially in the context of transnational business activities. To achieve its objective, the procedure of bibliographic review was adopted. The methodological reasoning was inductive, and the research has a theoretical, exploratory and descriptive nature.

KEY-WORDS: Industry. Fashion. Fast fashion. Business. Human Rights. Forced Labor. Corporate Responsibility.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará a questão social e jurídica do impacto da indústria fast-fashion nos tempos atuais e, em base nisso, estudará os possíveis cenários para o futuro, no sentido de oferecer soluções e modificações na estrutura existente entre as relações de trabalho com funcionários de baixo escalão fabril de grandes empresas, envolvidos diretamente na área de moda.

O documentário *The True Cost* (Andrew Morgan, 2015) expõe as graves consequências do trabalho escravo dentro da indústria têxtil, no qual os trabalhadores responsáveis por produzir as peças de roupa são privados de condições dignas de trabalho, ficando expostos a situações que afetam sua saúde física e mental, como foi o caso dos envolvidos no acidente do Hana Plaza, abordado no documentário.

Nas três partes deste artigo, seguiu-se o raciocínio da pesquisa indutiva ao buscar a comprovação de uma hipótese por meio da coleta de dados, caracterizando a finalidade do trabalho como pesquisa-ação por demonstrar a necessidade de criar legislações internacionais para regular o trabalho escravo, com o intuito de causar consequências reais e positivas no tópico de direitos humanos e sua ligação com a responsabilidade social das empresas e na indústria fast-fashion.

Na primeira parte, foi abordado a história da moda e a evolução do consumo e qual foi o contexto do surgimento da fast-fashion. Em sequência, foi realizada uma análise da indústria fast-fashion e sua ligação com o desrespeito aos direitos trabalhistas realizados pelas grandes marcas e por fim, na terceira parte, a responsabilidade social das empresas nas garantias de direitos humanos foi estudada para checar quais são as legislações que promovem o respeito ao funcionário de empresas transnacionais. No decorrer de todo o trabalho, foi feito o uso de material bibliográfico.

Por fim, após a análise desses pontos, serão apresentados os resultados da pesquisa, sendo possível ver que a violação dos direitos humanos e trabalhistas por empresas transnacionais está relacionada ao modelo de negócios fast-fashion, auxiliando a enxergar possibilidades para criar alternativas para promover um espaço na indústria que esteja alinhado ao respeito de direitos humanos fundamentais.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. MODA E HISTÓRIA: A EVOLUÇÃO DO CONSUMO

Dos longos vestidos de renda ao vestido de carne, o significado de se vestir se transformou através dos séculos e acompanhou a história de mãos dadas com as transformações políticas, sociais e econômicas. A mudança da interpretação da moda pela sociedade dos dias de hoje está ligada à ideia do efêmero, enquanto na antiguidade, a permanência de ideais e crenças era um fator importantíssimo para o desenvolvimento do povo.¹⁵³

¹⁵³ LIPOVETSKY, Gilles. *O império do efêmero: a moda e o seu destino nas sociedades modernas*. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia de Bolso, 2009;

Para a compreensão da relação do sentimento efêmero da sociedade sobre moda com o mercado dos dias de hoje, é preciso traçar uma linha do tempo para entender sua origem. Esse valor consumista e individual está conectado com a história do *prêt-à-porter*, um modelo de negócios que surgiu no Século XX que consistia na confecção de peças de roupa de qualidade por designers renomados da época.

Durante o conflito, houve o desenvolvimento do “ready-to-wear”, a produção de alta escala de vestimentas confeccionadas com materiais de alta qualidade. Os catálogos de vendas auxiliaram, pois as vendas podiam ser feitas por correspondência e entregues em qualquer lugar pelos fabricantes.¹⁵⁴

Dessa forma, a produção em alta escala e a facilidade de vendas e entregas, promoveram a ascensão do *prêt-à-porter* e a queda da Alta Costura teve início na Segunda Guerra Mundial, na época da invasão alemã em território francês¹⁵⁵. Com a escassez de produtos de alta qualidade, outros materiais surgiram para complementar a indústria da moda para tornar a produção de peças menos custosa para os produtores e consumidores.

Entre as fibras químicas e sintéticas, o náilon, desenvolvido em 1935 e utilizado na fabricação de paraquedas durante a Segunda Guerra, popularizou-se nos vestuários, em especial nas meias. Outros tecidos sintéticos surgiram e contribuíram para o progresso do mundo da moda: acrílico, poliéster e elastano (Lycra) desbravaram o caminho para os seus contemporâneos, como o Tactel e microfibras.¹⁵⁶

Dessa forma, como a alta costura estava restrita a uma pequena parcela da população, veio a urgência dos estilistas franceses de restabelecerem seu nome na indústria da moda com a criação de outro modelo de negócio – o *prêt-à-porter*, com o objetivo de acompanhar a demanda da sociedade que buscava roupas de qualidade com roupas confeccionadas em um curto período, com valores mais baratos que os de roupas de alta costura.

Não demorou muito para que o *prêt-à-porter* se consolidasse na vida dos franceses e se popularizou por conta da influência do designer Yves Saint-Laurent, que fez

¹⁵⁴ LAVOR COSTA, Bruna. A história da moda influenciando as tendências. São Paulo, 2014.

¹⁵⁵ COSTA, Grace Campos. Entre alfinetes e babados em *Prêt-à-porter* (1994) de Robert Altman: uma crítica ao universo da moda;

¹⁵⁶ PEZZOLO, Dinah Bueno. Por dentro da moda: definições e experiências. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2009.

desse modelo de negócio um instrumento para subverter a vestimenta tradicional e valorizar a estética, indústria e o consumidor.

Com o passar dos anos, a moda foi se popularizando com a chegada da tecnologia, da popularidade do *shopping center* em terras estadunidenses e da influência na indústria. O modo como as pessoas consumiam foi modificado para sempre. Por volta dos anos 80/90, a moda se tornou mais acessível, diversa e rápida e deu a diversas pessoas uma nova visão para buscar a sua identidade com as novidades da indústria. No livro "Os tempos hipermodernos" (2004), Lipovetsky aborda o que nutre a escala consumista:

O que nutre a escala consumista é indubitavelmente tanto a angústia existencial quanto o prazer associado às mudanças, o desejo de intensificar o cotidiano. Talvez esteja aí o desejo fundamental do consumidor hipermoderno: renovar a sua vivência do tempo, verificá-la por meio de novidades que se ofereçam como simulacros de aventura¹⁵⁷.

Assim, a necessidade de fazer parte de um grupo social específico ou simplesmente se expressar de uma forma que valorize as particularidades pessoais incentivou as pessoas a buscarem por vestimentas com mais frequência e rapidez para se adaptar ao contexto que viviam. Isso exigiu, conseqüentemente, que a indústria se adaptasse ao crescente interesse da sociedade em querer algo rápido, barato e dinâmico, tornando o modelo do prêt-à-porter ultrapassado.

O modelo do prêt-à-porter não consegue lançar novos produtos tão rapidamente, pois necessita de um longo período de preparação do produto. A moda rápida, no entanto, desenvolve uma estrutura de logística e distribuição extremamente complexa e estruturada que traz eficiência e agilidade ao processo.¹⁵⁸

Nesse contexto, nasce a fast-fashion. Esse modelo possui uma grande habilidade de absorver as tendências de consumo para obter grandes resultados em suas vendas e parte do sucesso é da sua capacidade em oferecer as peças em prazos curtos, oferecendo diversas coleções em poucas semanas.

No cenário posto, a fast-fashion carrega em si problemáticas com contextos bem distintos aos modelos de negócio anteriores e por ter uma grande estrutura

¹⁵⁷ LIPOVETSKY, Gilles. Os tempos hipermodernos. São Paulo: Barcarolla, 2004.

¹⁵⁸ MUNHOZ, Júlia Paula. Um ensaio sobre o fast-fashion e o contemporâneo. São Paulo. 2012.

que a sustenta, é preciso buscar alternativas para que o modelo alcance todas as pessoas de forma responsável e assuma um papel de cuidado para os seus colaboradores.

2.2. INDÚSTRIA FAST FASHION E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS

O modelo fast-fashion oferece as mais novas tendências em tempo recorde, provendo assim, uma reorganização da cadeia produtiva desde o processo de criação até a entrega final dos produtos nas lojas.¹⁵⁹ Assim, o seu processo criativo é diferenciado ao levar em consideração as tendências da mídia e o público-alvo. Enquanto nos grandes estilistas os ciclos são realizados entre 2 a 4 vezes ao ano, no fast fashion é realizado continuamente, chegando a ter minicoleções quinzenais¹⁶⁰.

Ocorre que, para sustentar esse modelo de produção, baratear os custos da cadeia produtiva e oferecer os produtos a preços competitivos, a indústria fast fashion opta pela terceirização da produção em países com a mão de obra desvalorizada, para tornar a dinâmica da confecção das peças mais barata.¹⁶¹

Ou seja, enquanto grandes empresas lucram e produzem quantidades absurdas de produtos, os responsáveis pela confecção dos materiais vendidos sofrem violações aos seus direitos fundamentais, trabalhistas e cíveis.

Nesse sentido, nas cadeias de fornecimento de produtos globais é perceptível a diferença entre países mais ricos em face dos mais pobres. Apesar dos países mais desenvolvidos possuírem legislações trabalhistas mais rígidas, não possuem competência para regular a atividade econômica fora do país e inexistem em seu ordenamento jurídico meios de responsabilizar as empresas transnacionais que violam direitos humanos fora do país.¹⁶²

Por outro lado, países menos desenvolvidos possuem legislações trabalhistas menos rígidas e poucos recursos e interesse político para monitorar o exercício

¹⁵⁹ Toniol, Ana Paula Nobile. Albieri, Sara. O fast-fashion como fenômeno econômico-cultural: moda e globalização. Braz. J. of Bus., Curitiba, v. 2, n. 3, p. 2316-2327, jul./set. 2020. Página 5.

¹⁶⁰ Toniol, Ana Paula Nobile. Albieri, Sara. O fast-fashion como fenômeno econômico-cultural: moda e globalização. Braz. J. of Bus., Curitiba, v. 2, n. 3, p. 2316-2327, jul./set. 2020. Página 6.

¹⁶¹ MARCHT, Laura Mallman. "The True Cost" e o impacto da fast-fashion nos países em desenvolvimento. 01.06.2018. <https://emporiododireito.com.br/leitura/the-true-cost-e-o-impacto-da-fast-fashion-nos-paises-em-desenvolvimento>. Acesso em 20.07.2022.

¹⁶²HERNANDEZ, Julianna do Nascimento. Empresas e Direitos Humanos: Uma análise das violações de direitos elementares trabalhistas na Indústria da moda. 2018. TCC- Pós graduação UFMG.

do trabalho com dignidade.¹⁶³ Como consequência da globalização e a expansão do mercado consumidor, os que mais necessitam dos direitos são os que menos têm acesso.

Diante do cenário exposto, percebe-se que a legislação trabalhista de cada país não é o suficiente para resolver os problemas derivados da globalização, sendo essencial a existência de acordos internacionais.¹⁶⁴

O desmantelamento da legislação trabalhista se apresentava como o resultado inevitável da globalização econômica. Mas a livre circulação de capital e bens não é um fato decretado pela natureza. É resultado de decisões políticas, codificadas em leis mercantis. Durante os últimos vinte anos, os acordos internacionais de comércio vêm apagando paulatinamente os limites territoriais anteriormente atribuídos aos mercados. Na sequência, vou argumentar que esta configuração legal dos mercados tem um impacto infinitamente maior sobre o emprego do que a legislação trabalhista. [...]

Em contraposição ao que diz o dogma dos desregulamentadores do mercado de trabalho, os índices de desemprego em qualquer país dependem muito mais da organização do comércio internacional e do direito societário do que da legislação trabalhista local.

Assim, diante da insuficiência da legislação trabalhista local em proteger os trabalhadores, é necessário traçar estratégias para o futuro para lidar com a questão com a evolução crescente da fast-fashion, sobretudo no contexto de atividades empresariais transnacionais.

2.3. RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL NOS DIREITOS HUMANOS

O Direito Internacional se consolidou no Século XX com a criação da Organização das Nações Unidas com o objetivo de promover e contribuir para o

¹⁶³HERNANDEZ, Julianna do Nascimento. Empresas e Direitos Humanos: Uma análise das violações de direitos elementares trabalhistas na Indústria da moda. 2018. TCC- Pós graduação UFMG.

¹⁶⁴SUPIOT, Alain. Lei e trabalho: Um mercado mundial de regras? Jun. 2006. Página 4. Disponível em: <https://newleftreview.org/article/download_pdf?language=pt&id=2618>.

desenvolvimento social e econômico e o restabelecimento da relação entre as nações, prejudicada pelos eventos da Segunda Guerra Mundial¹⁶⁵.

Na Declaração Universal de Direitos Humanos, o artigo 55 evidencia a responsabilidade dos Estados Membros no dever de se comprometerem a criar condições estáveis em prol de uma relação pacífica, favorecendo a solução de questões internacionais sociais e econômicas e o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e liberdades fundamentais para todas as pessoas, sem diferenciá-las. Nesse sentido:

Artigo 55. Com o fim de criar condições de estabilidade e bem estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão:

(...)

b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; e

c) o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião¹⁶⁶.

Assim, os direitos humanos foram se desenvolvendo com o passar dos anos com a globalização, ocorrida mais especificamente por volta dos anos 70 e 80, criando um clima favorável para que modelos de negócios e diferentes tipos de mercado se desenvolvessem. A origem das empresas multinacionais se deve aos avanços tecnológicos, da comunicação entre os povos e da evolução do comércio e das interligações entre as economias dos países.

Ademais, o desenvolvimento tecnológico e dos meios de transporte e comunicações e a crescente interligação das economias nacionais, sob o influxo do comércio e investimento internacionais sublinharam no homem sua identificação com a comunidade internacional:

¹⁶⁵ TEIXEIRA, Bárbara Bittar. Direitos humanos e empresas : a responsabilidade por exploração de trabalhadores em condições análogas à de escravo nas cadeias produtivas da indústria têxtil / Bárbara Bittar Teixeira. - 2018.

¹⁶⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 18/07/2022.

conseqüência do maior conhecimento dos outros homens e de seus costumes e dos problemas que condicionam a inteira humanidade.¹⁶⁷

Junto com o surgimento de empresas multinacionais, surgiu a necessidade de regular as novas demandas das relações entre os Estados, as entidades corporativas e as de seus funcionários por conta do acelerado avanço cultural, econômico e político, que apesar de oferecerem novas possibilidades no mercado, carregam questões a serem resolvidas, tais como as abordadas no presente artigo sobre as violações de direitos humanos na cadeia de produção da fast-fashion.

A discussão sobre a responsabilidade social empresarial se mostrou presente após a mídia expor diversas situações de violações aos direitos trabalhistas e ao meio ambiente provocadas por grandes empresas. Dessa forma, órgãos internacionais como a Organização Internacional do Trabalho e Organização das Nações Unidas desenvolveram diretrizes para que as empresas sigam as normas para buscar valorizar os direitos humanos e o ambiente de trabalho, como por exemplo, a implementação dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos.

A regulamentação do funcionamento das empresas multinacionais e sua responsabilidade social empresarial é ligada a uma estratégia adotada de terceirizar parte da produção para países em situação de vulnerabilidade econômica, abrindo margem para condições precárias de trabalho e remuneração injusta a funcionários. Esse modelo é presente em setores de vestuário e de software, por exemplo.¹⁶⁸

A indústria do vestuário é formada por grandes empresas multinacionais, como as marcas Zara e H&M. Conhecidas por apresentarem diversos casos de desrespeito a direitos humanos, trabalhistas e civis por conta do modelo de negócio que seguem para empreender, a *fast-fashion*, conhecida por exigir um fluxo mais intenso e rápido de produção¹⁶⁹.

A necessidade de reduzir o custo de produção incentiva a busca da mão-de-obra com baixo valor e isso é feito por meio da busca de trabalhadores em países

¹⁶⁷ MAGALHÃES, J. C. . As Empresas Multinacionais e o Mercado de Capitais. Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais, Minas Gerais, v. 28, n.23/24/25, p. 156, 1980.

¹⁶⁸ JACQUES, Caroline da Graça. ; SANTOS, M. J. N. ; Etcheverry, Maria S. . Responsabilidade social das empresas, trabalho decente e acordos marco internacionais: um estudo de caso do setor têxtil. Política & Sociedade (Online) , v. 15, p. 160-192, 2016.

¹⁶⁹ OLIVEIRA, Helber Bittencourt de Jesus. O mercado das empresas Fast-fashion: Um estudo de caso da cadeia de suprimentos da H&M e Zara. 2017.

asiáticos e latino-americanos sem fiscalização adequada ou proteção aos direitos civis¹⁷⁰. As grandes empresas envolvidas nesse sistema ilegal se aproveitam da situação de vulnerabilidade do imigrante em situação irregular para submetê-los a longas jornadas de trabalho e terceirização para sustentar a indústria de produção de vestimentas.¹⁷¹

Em 2011, o chamado Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos foi aprovado pela Organização das Nações Unidas, declarando que todas as empresas, independente do tamanho ou setor, serão responsabilizadas pela garantia dos direitos humanos¹⁷². Esse ato demonstra que os órgãos internacionais buscam algo mais amplo do que um salário justo ou condições dignas de trabalho aos empregados que trabalham na produção de peças de roupa e possuem como objetivo incentivar novas práticas empresariais para mudar o comportamento com a relação da indústria da moda, por exemplo.

Vale destacar que nos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos¹⁷³, foi estabelecido no primeiro princípio que as empresas devem respeitar os direitos humanos no sentido negativo, ou seja, elas deverão se abster de praticar condutas que geram violações aos direitos humanos dos empregados e no sentido positivo, para atuar nos impactos negativos que as violações causam.

Dessa forma, é necessário que as empresas atuem de forma ativa com base nesses princípios para evitar violações aos direitos humanos dos funcionários de baixo escalão e promovendo em sua própria cultura uma produção de peças mais alinhada ao bem estar de seus empregados.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho oferece uma análise da indústria fast-fashion na atualidade e como esse modelo de negócio pode abrir brechas para que empresas

¹⁷⁰BERNARDES, ALYSSA. Fast. fashion: por que os preços tão baixos? <https://revistaesquinas.casperlibero.edu.br/arte-e-cultura/moda/fast-fashion-por-que-os-precos-sao-tao-baixos/>. 1 de dezembro de 2021. Acesso em 18/07/2022.

¹⁷¹GOMES, Marcel. A moda de explorar o trabalhador. <https://reporterbrasil.org.br/2016/08/a-moda-de-explorar-o-trabalhador/>. 18.08.2016. Acesso em 21.07.2022.

¹⁷²LIMA, GABRIEL. OS princípios orientadores sobre empresas e direitos humanos da ONU. 10.06.2020. <http://homacdhe.com/index.php/2020/10/06/os-principios-orientadores-sobre-empresas-e-direitos-humanos-da-onu/> Acesso em 18/07/2022/

¹⁷³RUGGIE, John. PRINCÍPIOS ORIENTADORES SOBRE EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS. (2012). https://site-antigo.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/conectas_principiosorientadore_srugie_mar20121.pdf

multinacionais possam praticar trabalho escravo ou forçado causadas pela fragilidade da legislação sobre direitos trabalhistas.

No decorrer do estudo, verificou-se a importância do Fashion Law para que este assunto seja trabalhado com mais foco e especificidade. Apesar do Fashion Law não ser um ramo propriamente dito, ele conversa entre si com diversas outras áreas do Direito, como a Empresarial, Ambiental, Trabalhista e Cível, justamente para garantir condições dignas de trabalho para todos os colaboradores, defesa da propriedade intelectual de pequenos e grandes designers e da fiscalização e imposição de deveres para grandes empresas manterem seu compromisso social, ambiental e jurídico.

Sendo assim, a finalidade da pesquisa, ainda que teórica, possui caráter aplicada, de pesquisa-ação, pois se traçou um panorama geral da indústria da moda e da responsabilidade social das empresas para definir meios para garantir que os empregados envolvidos na fast-fashion tenham seus direitos humanos respeitados ou, ao menos, minimizar as consequências negativas às quais estão expostos.

O presente artigo evidenciou os principais problemas gerados por esse novo modelo de indústria e demonstrou a inconsistência do direito trabalhista local na proteção dos trabalhadores e na responsabilização das empresas.

Por fim, apresentou a evolução dos direitos humanos e o cenário internacional vigente para responsabilização empresarial, concluindo que são urgentes e necessárias normas que prevejam normativa e responsabilidade de empresas transnacionais para garantir a proteção dos trabalhadores desse ramo e responsabilizar as empresas pelas suas condutas.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERNARDES, ALYSSA. Fast. fashion: por que os preços são tão baixos? <https://revistaesquinas.casperlibero.edu.br/arte-e-cultura/moda/fast-fashion-por-que-os-precos-sao-tao-baixos/>. 1 de dezembro de 2021. Acesso em 18/07/2022.

COSTA, Grace Campos. Entre alfinetes e babados em Pret-à-porter (1994) de Robert Altman: uma crítica ao universo da moda;

Declaração Universal dos Direitos Humanos. <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 18/07/2022.

GOMES, Marcel. A moda de explorar o trabalhador. <https://reporterbrasil.org.br/2016/08/a-moda-de-explorar-o-trabalhador/>. 18.08.2016. Acesso em 21.07.2022.

HERNANDEZ, Julianna do Nascimento. Empresas e Direitos Humanos: Uma análise das violações de direitos elementares trabalhistas na Indústria da moda. 2018. TCC- Pós graduação UFMG.

JACQUES, Caroline da Graça. ; SANTOS, M. J. N. ; Etcheverry, Maria S. . Responsabilidade social das empresas, trabalho decente e acordos marco internacionais: um estudo de caso do setor têxtil. Política & Sociedade (Online) , v. 15, p. 160-192, 2016.

LAVOR COSTA, Bruna. A história da moda influenciando as tendências. São Paulo, 2014

LIMA, GABRIEL. Os princípios orientadores sobre empresas e direitos humanos da ONU. 10.06.2020. <http://homacdhe.com/index.php/2020/10/06/os-principios-orientadores-sobre-empresas-e-direitos-humanos-da-onu/> Acesso em 18/07/2022/

LIPOVETSKY, Gilles. O império do efêmero: a moda e o seu destino nas sociedades modernas. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia de Bolso, 2009;

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

MAGALHÃES, J. C. As Empresas Multinacionais e o Mercado de Capitais. Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais, Minas Gerais, v. 28, n.23/24/25, p. 155-169, 1980.

MARCTH, Laura Mallman. "The True Cost" e o impacto da fast-fashion nos países em desenvolvimento. 01.06.2018. <https://emporiododireito.com.br/leitura/the-true-cost-e-o-impacto-da-fast-fashion-nos-paises-em-desenvolvimento>. Acesso em 20.07.2022.

MATOS, Laura Germano. MATIAS, João Luis Nogueira. Multinacionais fast fashion e direitos humanos: em busca de novos padrões de responsabilização. Dossiê Especial Business and Human Rights. Volume 15- n. 2- 2018.

MUNHOZ, Júlia Paula. Um ensaio sobre o fast-fashion e o contemporâneo. São Paulo. 2012.

OLIVEIRA, Helber Bittencourt de Jesus. O mercado das empresas Fast-fashion: Um estudo de caso da cadeia de suprimentos da H&M e Zara. 2017.

OLIVEIRA, Mariana Mayumi Abe. YVES SAINT LAURENT: COLEÇÃO POP ART E A CRIAÇÃO DO LE SMOKING PARA O OUTONO-INVERNO DE 1966, Curitiba, 2020.

PEZZOLO, Dinah Bueno. Por dentro da moda: definições e experiências. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2009.

RUGGIE, John. PRINCÍPIOS ORIENTADORES SOBRE EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS. (2012). <https://site->

antigo.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/conectas_principiosorientadoresruggie_mar20121.pdf

SUPIOT, Alain. Lei e trabalho: Um mercado mundial de regras? Jun. 2006. Disponível em: <https://newleftreview.org/article/download_pdf?language=pt&id=2618>. Acesso em 18/07/2022

TEIXEIRA, Bárbara Bittar. Direitos humanos e empresas: a responsabilidade por exploração de trabalhadores em condições análogas à de escravo nas cadeias produtivas da indústria têxtil. 2018.

THE TRUE COST. Direção: Andrew Morgan. Produtor: Joseph Haro. Los Angeles. Life is my movie. 2015. 92 min;

TONIOL, Ana Paula Nobile. Albieri, Sara. O fast-fashion como fenômeno econômico-cultural: moda e globalização. Braz. J. of Bus., Curitiba, v. 2, n. 3, p. 2316-2327, jul./set. 2020.