



Poder Judiciário do
Estado do Rio de Janeiro



Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro

ISSN 2238-7110

DIREITO EM MOVIMENTO

Um outro Direito é possível



Volume 18 - Número 2

2º semestre/2020



Poder Judiciário do
Estado do Rio de Janeiro



Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro

ISSN 2238-7110

DIREITO EM MOVIMENTO

Um outro Direito é possível



A REVISTA DIREITO EM MOVIMENTO é uma ferramenta institucional publicada pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro que objetiva construir uma relação de proximidade do DIREITO com as demais CIÊNCIAS SOCIAIS, trazendo temas que aproximam o jurídico da história, da filosofia, da antropologia, da sociologia jurídica, dentre outras disciplinas, buscando demonstrar a necessária inter-relação que deve existir no plano de um DIREITO que objetiva a Justiça.

A REVISTA acompanha o cenário do Direito no Brasil e no mundo, a partir de uma interface com disciplinas afins, objetivando intensificar um novo paradigma: de que o Direito só cumprirá seu desiderato na medida em que seus aplicadores consigam multiplicar as lentes sob as quais o examinam.

Coordenadores Editoriais da Revista Direito em Movimento:

André Gustavo Corrêa de Andrade
Cristina Tereza Gaulia

Editores Associados da Revista Direito em Movimento:

Antonio Saldanha Palheiro
Nilton Cesar da Silva Flores

Equipe Administrativa - EMERJ:

Diretora do Centro de Estudos e Pesquisas - CEPES: Elina Bussade dos Santos
Execução Administrativa e Pesquisa: Yanka Albertin Sodre da Silva

Produção Gráfico-Editorial:

Assessor de Publicação Acadêmica: Ébano Machel do Rosário Assis
Projeto Gráfico - Capa e Diagramação: Jaqueline Diniz
Revisão Ortográfica: Ana Paula Maradei e Clara Bastos

Direito em Movimento. – v. 1, 2003. Rio de Janeiro : EMERJ, 2003-.

Semestral

ISSN 2179-8176 (versão impressa)
ISSN 2236-711X (versão em CD-ROM)
ISSN 2238-7110 (versão online)

1. Direito – Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Escola da Magistratura.

CDD 340.05
CDU 34(05)



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Presidente

Desembargador Claudio de Mello Tavares

Corregedor-Geral

Desembargador Bernardo Moreira Garcez Neto

1º Vice-Presidente

Desembargador Reinaldo Pinto Alberto Filho

2º Vice-Presidente

Desembargador Paulo de Tarso Neves

3º Vice-Presidente

Desembargadora Elisabete Filizzola Assunção



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Diretor-Geral

Desembargador André Gustavo Corrêa de Andrade

Conselho Consultivo

Desembargadora Cristina Tereza Gaulia

(Vice-Presidente)

Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

(Diretor Adjunto Administrativo)

Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo

(Presidente da Comissão de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - COMAM)

Desembargador Luciano Sabóia Rinaldi de Carvalho

(Presidente da Comissão Supervisora dos Cursos de Extensão, de Pós-graduação e de Convênios e Parcerias - COCEP)

Desembargador Fernando Cerqueira Chagas

(Presidente da Comissão Acadêmica - COMAC)

Desembargador Ricardo Couto de Castro

Juíza Adriana Ramos de Mello

Juiz Luiz Marcio Victor Alves Pereira

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA DIREITO EM MOVIMENTO:

COORDENADORES EDITORIAIS

Doutor André Gustavo Corrêa de Andrade, Universidade Estácio de Sá - UNESA, Rio de Janeiro, Brasil

Doutora Cristina Tereza Gaulia, Universidade Veiga de Almeida - UVA, Rio de Janeiro, Brasil

EDITORES ASSOCIADOS

Ministro do STJ e Mestre Antonio Saldanha Palheiro, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio, Brasil

Doutor Nilton Cesar da Silva Flores, Universidade Estácio de Sá - UNESA, Rio de Janeiro, Brasil

CONSELHO EDITORIAL

Doutora Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Brasil.

Doutora Amélia Soares da Rocha, Universidade de Fortaleza, UNIFOR, Brasil.

Doutora Ana Paula Barcelos Ribeiro da Silva, Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Doutor Andre Luiz Nicolitt, Faculdade de Guanambi, Bahia, Brasil.

Doutor Cléssio Moura de Souza, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, UNI-FREIBURG, Alemanha.

Pós-Doutor Diógenes Faria De Carvalho, Universidade Federal de Goiás – UFG, Brasil.

Doutor Edoardo Fittipaldi, Università degli Studi di Milano, Lombardia, Itália.

Livre Docente Eduardo Ribeiro Moreira, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.

Pós-Doutor Erick Cavalcanti Linhares Lima, Universidade Estadual de Roraima, UERR, Brasil.

Pós-Doutor Geraldo Luiz Mascarenhas Prado, Universidade de Coimbra, Portugal.

Pós-Doutor Gisalio Cerqueira Filho, Universidade Federal Fluminense - UFF, Rio de Janeiro, Brasil.

Pós-Doutora Gizlene Neder, Universidade Federal Fluminense - UFF, Rio de Janeiro, Brasil.

Pós-Doutor Guilherme Braga Peña de Moraes, Fordham University, NY, EUA.

Doutor Henrique Cesar Monteiro Barahona Ramos, Universidade Federal Fluminense - UFF, Brasil.

Doutor Jefferson de Almeida Pinto, Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais, Brasil.

Doutor José Carlos Kraemer Bortoloti, Faculdade Meridional – IMED, Rio Grande do Sul, Brasil.

Pós-Doutor Leonardo Rabelo de Matos Silva, Universidade Veiga de Almeida - UVA, Rio de Janeiro, Brasil.

Pós-Doutora Leslie Shérica Ferraz, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.

Doutora Lúcia Frota Pestana de Aguiar Silva, Universidade Estácio de Sá - UNESA, Rio de Janeiro, Brasil.

Pós-Doutor Luis Cláudio Martins de Araújo, University of Oxford, OX, Inglaterra.

Pós-Doutor Marcelo Bezerra Ribeiro, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, Brasil.

Doutor Marcelo Machado Costa Lima, Università degli Studi G.D'Annunzio Chieti Pescara, UD'A, Itália.

Doutor Marcelo Moraes Caetano, Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Doutor Marco Túlio Magalhães, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.

Doutora Maria Aglaé Tedesco Vilardo, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ, Brasil.

Pós-Doutora Maria Helena Barros de Oliveira, Fundação Oswaldo Cruz – FIOCRUZ, Brasil.

Doutora Patrícia Perrone Campos Mello, Centro Universitário de Brasília – Uni-CEUB, Brasília, Brasil.

Doutora Patricia Ribeiro Serra Vieira, Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Doutora Rafaela Selem Moreira, Fundação Getúlio Vargas - FGV-Rio, Brasil.
Doutor Ricardo Borrmann, Universität Bremen, Alemanha.

Doutor Rogério Borba da Silva, Universidade Veiga de Almeida, UVA, Brasil.

Pós-Doutora Soraya Silveira Simões, Université de Lille I., França.

Pós-Doutora Vanice Regina Lírio do Valle, Universidade Estácio de Sá - UNESA, Rio de Janeiro, Brasil.

Doutor Vinicius Figueiredo Chaves, Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Brasil.

PARECERISTAS QUE COLABORARAM NESTE VOLUME

Doutora Ana Paula Barcelos Ribeiro da Silva, Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Doutora Ana Flávia Costa Eccard, Universidade Veiga de Almeida – UVA, Rio de Janeiro, Brasil.

Doutor Antônio Aurélio Abi Ramia Duarte, Universidade Salamanca, Espanha.

Doutora Cristina Tereza Gaulia, Universidade Veiga de Almeida - UVA, Rio de Janeiro, Brasil.

Pós-Doutora Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann, Universidade Estácio de Sá - UNESA, Rio de Janeiro, Brasil.

Doutora Eliana Pulcinelli, Universidade Estácio de Sá - UNESA, Rio de Janeiro, Brasil.

Doutor Hector Luiz Martins Figueira, Universidade Veiga de Almeida – UVA, Rio de Janeiro, Brasil.

Doutor Henrique Cesar Monteiro Barahona Ramos, Universidade Federal Fluminense - UFF, Brasil.

Doutor José Carlos Kraemer Bortoloti, Faculdade Meridional – IMED, Rio Grande do Sul, Brasil.

Doutor Neuro José Zambam, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS, Brasil.

Doutora Patricia Ribeiro Serra Vieira, Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Doutora Priscila Alves Vasconcelos, Universidade Veiga de Almeida – UVA, Rio de Janeiro, Brasil.

Doutor Ricardo Borrmann, Universität Bremen, Alemanha.

Doutor Rogério Borba da Silva, Universidade Veiga de Almeida, UVA, Brasil.

DIREITO EM MOVIMENTO

Um outro Direito é possível

APRESENTAÇÃO	9
ARTIGOS	13
PATENTES E ACESSO A MEDICAMENTOS: UMA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	
<i>Alexandra Barbosa de Godoy Corrêa</i>	15
AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ASSISTÊNCIA SOCIAL PARA A PROTEÇÃO DO IDOSO PARTICULAR	
<i>Camila Rabelo de Matos Silva Arruda</i>	41
GRUPOS REFLEXIVOS PARA AUTORES DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: "ISSO FUNCIONA?"	
<i>Cecília Teixeira Soares</i>	
<i>Hebe Signorini Gonçalves</i>	73
JURISTAS E O PERIODISMO ACADÊMICO: NOTAS TEÓRICO-METODOLÓGICAS PARA UMA SOCIOLOGIA HISTÓRICA DO DIREITO (BRASIL, 1889-1930)	
<i>Gabriel Souza Cerqueira</i>	108
(TRANS)FORMAÇÕES: DO MICTÓRIO À CONSTITUIÇÃO	
<i>Igor Medinilla de Castilho</i>	
<i>Andréia Fernandes de Almeida Rangel</i>	
<i>Laone Lago</i>	136

PERSPECTIVAS SOBRE A SUPERAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO PROVINCIANO PELO TRANSCONSTITUCIONALISMO <i>José Roque Nunes Marques</i> <i>Leonam da Costa Portela</i>	178
O NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO E O RACISMO AMBIENTAL: EFETIVAÇÃO DO ODS N° 06? <i>Priscila Elise Alves Vasconcelos</i> <i>Luiza Lins Veloso</i>	208
DIREITO E JULGAMENTO SOB A PERSPECTIVA DE GÊNERO <i>Renata de Lima Machado Rocha</i>	231
ADI 5.543/DF: DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PROIBIÇÃO DA DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMOSSEXUAIS <i>Simone Alvarez Lima</i>	265
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, DEMOCRACIA E FUNÇÃO JURISDICIONAL <i>Des. Werson Franco Rego</i>	286
LEGISLAÇÃO	311
AVANÇO, COM ESPECISMO ELETIVO NA “LEI SANSÃO” (LEI 14.064/20) <i>Lúcia Frota Pestana de Aguiar</i>	313
CASO JUDICIAL CÉLEBRE	321
A HISTÓRIA DE RUBY BRIDGES: ESTUDO DE CASO DE DECISÕES JUDICIAIS QUE CONTRIBUEM PARA A LUTA CONTRA O RACISMO ESTRUTURAL. ESTUDO COMPARADO DO DIREITO ESTADUNIDENSE E BRASILEIRO <i>Hector Luiz Martins Figueira</i> <i>Laila Maria Domith Vicente</i>	323

APRESENTAÇÃO

Apresentamos mais uma edição da Revista Direito em Movimento da EMERJ, ocasião em que aprofundamos o processo de reflexão sobre aspectos jurídicos contemporâneos e temas transversais ao Direito. Com este novo volume, busca-se ainda, e uma vez mais, pontos diversos de inflexão que, trabalhando os dilemas sociais e as transformações jurídicas atuais, influenciam o conhecimento jurídico.

Nessa esteira, modificações sociais que atingem o Direito fazem com que a mera aplicação da letra fria da lei se torne insuficiente para a solução justa do caso concreto, propondo Luis Roberto Barroso (2006) uma valorização da normatividade dos princípios com base nos trabalhos de Ronald Dworkin (2007). Para o autor, “enquanto as regras impõem resultados, os princípios atuam na orientação e no sentido de uma decisão”. Na mesma linha, Robert Alexy (2008) compreende princípios e regras como normas jurídicas, mesmo que distintas. Tal fato aproxima direito e moral, tornando-os aliados, e, por esse motivo, valorizamos trabalhos que contemplem elementos doutrinários e fáticos de um mesmo problema.

Visando a ampliar o mundo do Direito com base nessas teorias, efetuamos a escolha das temáticas que envolvem os artigos publicados no novo volume da Direito em Movimento. Em decorrência das diversas mudanças pelas quais o Brasil vem passando recentemente, tornadas mais complexas pela pandemia do coronavírus, buscamos trabalhos que envolvem questões atuais e sensíveis que estão na pauta do dia, como: patentes de medicamentos, desigualdade de gênero, racismo, proteção ambiental, democracia à brasileira.

Para melhor posicionamento acadêmico do nosso periódico, e nos moldes exigidos pelo sistema *Qualis* Capes, demos visibilidade a autores que se dedicam a pensar as complexidades das relações sociais, econômicas, culturais e políticas, que permeiam nosso sistema jurídico e as instituições judiciárias.

As ideias apresentadas pelos diversos juristas, cientistas sociais, advogados, juízes, mestres e doutores consubstanciam discussões marcadas por

perspectivas plurais do conhecimento, buscando demonstrar as intersecções, interfaces e diálogos necessários ao aprimoramento de qualquer ciência nas suas respectivas áreas de pesquisa, máxime da área do Direito.

Um periódico sempre tem múltiplos condutores. Talvez seja essa a diferença entre ele e obras individuais, e por isso uma profusão de argumentos, análises e ponderações diversas estão contidas nas páginas que se seguem. Platão nos ensina que “a coisa mais indispensável a um homem é reconhecer o uso que deve fazer do seu próprio conhecimento”, e é esse caminho que trilhamos ao publicar o volume 18 do 2º semestre de 2020 da Revista Direito em Movimento.

Apresentamos inicialmente o texto de Alexandra Barbosa de Godoy Corrêa, que faz reflexões necessárias e importantes no artigo “Patentes e acesso a medicamentos: uma colisão de direitos fundamentais”, apontando questões sensíveis ao direito constitucional e ao direito civil brasileiro.

Com olhos voltados para a proteção da vida na terceira idade, Camila Rabelo de Matos Silva Arruda expõe “As políticas públicas de assistência social para a proteção ao idoso”, mostrando o quão essencial é a construção de políticas públicas conscientes para o atendimento e a proteção desse grupo vulnerável.

Adiante, o artigo intitulado “Grupos Reflexivos para Autores de Violência contra a Mulher” traz resultados da pesquisa de Doutorado em Psicologia no PPGP/UFRJ de Cecília Teixeira Soares, em coautoria com Hebe Signorini Gonçalves, mostrando a importância da atenção pontual a ser dedicada ao homem agressor na difícil rede de violência contra a mulher.

Contamos ainda com a análise cultural e histórica de Gabriel Cerqueira em “Juristas e o periodismo acadêmico: notas teórico-metodológicas para uma sociologia histórica do direito (Brasil, 1889-1930)”, em que o autor aponta a importância dos periódicos jurídicos como espaço de permanência e reprodução de ideias, podendo ou não trazer estratégias de diferenciação nas ideias e conceitos que circulam no campo intelectual hegemônico.

Ainda nesta edição, com uma proposta bastante provocadora, a leitura de “(Trans)formações: do mictório à constituição” nos faz estranhar como

a discriminação de gênero é simplesmente naturalizada nas sociedades. No texto de Igor Medinilla de Castilho, Andréia Fernandes de Almeida Rangel e Laone Lago, encontramos um estudo socioantropológico de obras clássicas da sociologia e de dispositivos legais vigentes, para jogar novas luzes sobre os conflitos de gênero.

Destacamos as ponderações contidas no texto “Perspectivas sobre a superação do constitucionalismo provinciano pelo transconstitucionalismo”, escrito pelos autores José Roque Nunes Marques e Leonam da Costa Portela, que apontam as razões pelas quais o Estado não mais detém o privilégio da análise e resolução de problemas constitucionais.

Acerca do novo marco legal do saneamento e o racismo ambiental, temos a preciosa análise de Priscila Elise Alves Vasconcelos e Luiza Lins Veloso, que se dedicam a abordar a temática do racismo ambiental dentro do contexto da nova norma, e a provável efetivação do Objetivo do Desenvolvimento Sustentável nº 06 da ONU, que trata do acesso ao saneamento básico.

Duas outras reflexões importantes sobre as questões de gênero são apresentadas: a primeira, referente ao “Direito e julgamento sob a perspectiva de gênero”, escrita por Renata de Lima Machado, em que a autora surpreende o leitor, ao analisar a influência do patriarcado e dos preconceitos de gênero no ordenamento jurídico brasileiro, à luz da teoria feminista do direito. Já a segunda, na mesma linha temática, mas com outro enfoque, trata “Da inconstitucionalidade da proibição da doação de sangue por homossexuais: uma interpretação constitucional emancipatória na luta pela solidariedade sem preconceitos”, preocupando-se a autora Simone Alvarez Lima em explicitar o contexto histórico existente por trás da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543/DF e seus desdobramentos.

Por fim, o artigo de Werson Rego, com reflexões acerca do “Estado democrático de direito, democracia e função jurisdicional”, objetiva pontuar o papel do Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito, notadamente em tempos de incertezas políticas, econômicas e sociais.

No espaço destinado a “Comentários sobre a Legislação”, trazemos os apontamentos de Lúcia Frota Pestana de Aguiar sobre a Lei 14.064/20.

Referida lei aumenta a punição para quem maltrata animais domésticos e, a partir do texto legal, percebe-se a criação de um “especismo” (preconceito entre espécies), com consequente hierarquização entre os animais, criticando a autora tal especismo seletivo.

Na seção “Casos Célebres”, apresentamos o caso emblemático da menina negra Ruby Bridges (EUA – 1960) em: “A História de Ruby Bridges: estudo de casos de decisões judiciais que contribuem para a luta contra o racismo estrutural. Estudo comparado do direito estadunidense e brasileiro”, pensado por Hector Luiz Martins Figueira e Laila Maria Domith Vicente, e de extrema atualidade, seja no cenário estadunidense, pós-morte de George Floyd, seja na complexa e preconceituosa sociedade brasileira do século XXI.

Almejando contribuir para o amadurecimento dos assuntos desenvolvidos pelos autores e na certeza de uma mais rica disseminação dos saberes, segue a Revista, em prol de uma observação atenta aos significados dos *movimentos* existentes no Direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos Teóricos do novo direito constitucional brasileiro* [pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo]. In. A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Cristina Tereza Gaulia

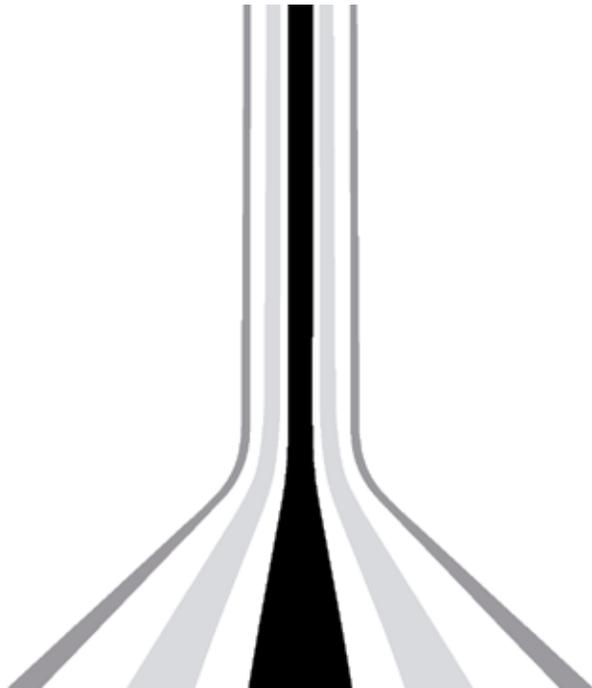
Coordenadora Editorial da Revista Direito em Movimento

Hector Luiz Martins Figueira

Assessor acadêmico da Revista Direito em Movimento



ARTIGOS



PATENTES E ACESSO A MEDICAMENTOS: UMA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Alexandra Barbosa de Godoy Corrêa

Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá, ambos com bolsa CAPES. Pesquisadora do Research Group on Global Comparative Law - GGINNS e do Laboratório Empresa e Direitos Humanos da UFF, assim como pesquisadora cadastrada no Dialnet - Espanha. Professora e Coordenadora do curso de pós-graduação em Direito Empresarial da Universidade Veiga de Almeida.

Recebido em: 14/01/2020

Aprovado em: 28/04/2020 e 01/09/2020

RESUMO: Este estudo tem por objetivo fazer uma abordagem sobre a propriedade industrial como direito fundamental, o que nos permitirá refletir a respeito das suas imbricações na vida social, assim como desenvolver estudo sobre o direito do homem ao acesso a medicamentos como forma de direito à saúde disposto na Constituição Federal, ou seja, o que se busca é saber se existe ou não compatibilidade entre o direito ao acesso a medicamentos e o direito às patentes farmacêuticas, uma vez que, pela ordem internacional, ambos são direitos humanos e, pela ordem nacional, são direitos fundamentais. Sendo assim, possível concluir de que é importante conjugar as obrigações estatais com a necessidade do desenvolvimento sustentável, ou seja, incentivar a inovação como elemento de saneamento do problema do acesso a medicamentos, sem, com isso, desrespeitar o direito às patentes farmacêuticas.

PALAVRAS-CHAVE: Patentes, Saúde, Medicamentos, Direitos Fundamentais, Propriedade Industrial.

ABSTRACT: This paper aims to approach industrial property as a fundamental right in order to generate insights on its implications in so-

cial life, as well as contributions to the development of a study about human rights to access medicines as a form of the right to health provided in the Federal Constitution of 1988. What is sought here is to discuss whether or not there is compatibility between the right to access medicines and the right to pharmaceutical patents, since under international order both are human rights and, regarding the national order, they are fundamental rights. Thus, it can be concluded that it is important to combine state obligations with the need for sustainable development, that is, to encourage innovation as an element of sanitation of the problem of medicines access, without thereby disrespecting the right to pharmaceutical patents.

KEYWORDS: Patents, Health, Medicines, Fundamental Rights, Industrial Property.

1. INTRODUÇÃO

A propriedade industrial é, indiscutivelmente, importante para o desenvolvimento social, econômico e tecnológico do país e, como tal, deve ser protegida de toda e qualquer forma de usurpação. Assim sendo, não pode ser uma referência meramente de direito privado, devendo ganhar contornos efetivos de direito fundamental, condicionado ao cumprimento da função social.

A patente (compreendida na propriedade industrial, disciplinada pela Lei nº 9.279, de 1996) é um direito, conferido pelo Estado, que assegura ao inventor ou titular a exclusividade de exploração da sua invenção por um determinado período de tempo estipulado em lei¹, apresenta-se como uma forma de o inventor ou titular obter retorno do investimento gasto, além de ser um estímulo ao desenvolvimento de novas tecnologias e ao investimento em pesquisa. Em outras palavras, o sistema de patentes, por gerar temporário poder de monopólio, apresenta-se como potente instrumento

¹ O período de exploração exclusiva é de vinte anos, contados da data do depósito, ou, no mínimo, de dez anos, a contar da data de concessão, ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior, art. 40 e parágrafo único da Lei nº 9.279/96.

de estímulo aos inventores, às empresas, às instituições de pesquisa, aumentando a produtividade e criando um ciclo positivo de incentivo à inovação, levando, assim, ao incremento do desenvolvimento da sociedade.

A proteção à propriedade industrial como direito fundamental objetiva exatamente a manutenção da ordem social e intelectual e é por isso que se encontra prevista no art. 5º, XXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), no título destinado aos Direitos e Garantias Fundamentais.

Importante ressaltar que os direitos relacionados à propriedade industrial não devem assegurar somente a recompensa aos seus titulares, mas sim, colocar à disposição da sociedade o conhecimento, caso contrário esta sofrerá restrições no exercício dos seus direitos.

Fundamental, dessarte, constituir um vínculo entre direitos fundamentais com as relações privadas, bem como, diante de uma realidade mundial de desigualdade e violência com o ser humano, trazer para o mundo acadêmico as discussões sobre propriedade industrial sob o prisma constitucional, e não como mais um ramo do Direito Comercial (FLORES, 2009).

Sendo assim, este estudo tem por objetivo fazer uma abordagem sobre a propriedade industrial como direito fundamental, o que nos permitirá refletir a respeito das suas imbricações na vida social, assim como desenvolver estudo sobre o direito do homem ao acesso a medicamentos como forma de direito à saúde disposto na Constituição Federal, cujo art.1º, III, desde logo, dispõe que o Estado brasileiro tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, reservando aos entes autônomos da federação a competência para cuidar da saúde: “É da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência” (art. 23, II, CRFB/88).

Será discutido o direito de patentes à luz da garantia e proteção do direito de propriedade, que pode gerar maiores incentivos em pesquisa e desenvolvimento, ocasionando, a partir daí, o progresso técnico e científico do

país, atendendo aquilo que determina o artigo 5º, XXIX, da Constituição Federal Brasileira, uma vez que a patente não só deve cumprir sua função social, tal qual ocorre com a propriedade em geral, como também contribuir para o desenvolvimento econômico, tecnológico e científico do país.

Se de um lado está o direito dos pacientes, nomeadamente aquele à saúde, do outro lado está o direito de as empresas farmacêuticas serem protegida a sua base econômica, sendo que, nesse plano, uma adequada proteção das patentes é considerada essencial à sobrevivência da empresa.

Surge, então, a discussão se existe ou não compatibilidade entre o direito ao acesso a medicamentos e aquele às patentes farmacêuticas, uma vez que, pela ordem internacional, ambos são direitos humanos e, pela normatividade nacional, são jusfundamentalizados.

Quanto à metodologia, trata-se de uma pesquisa básica, que objetiva gerar discussões e conhecimentos novos úteis para o avanço da ciência. Qualitativa, quanto à abordagem. Quanto aos objetivos, trata-se de uma pesquisa exploratória, proporcionando uma maior familiaridade com o assunto, e, quanto aos procedimentos técnicos, a metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, em que se procura explicar e discutir o tema com base em referências teóricas nacionais e internacionais, publicadas em livros, artigos científicos, teses, além de uma vasta pesquisa documental de leis, tratados e jurisprudência.

O estudo, por fim, é baseado no método dedutivo, em que premissas levantadas a partir dos autores do estudo teórico forneceram um fundamento para a conclusão de que é importante conjugar as obrigações estatais com a necessidade do desenvolvimento sustentável, ou seja, incentivar a inovação como elemento de saneamento do problema do acesso a medicamentos, sem, com isso, desrespeitar o direito às patentes farmacêuticas.

2. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

A Constituição Federal elegeu a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art 1º, III, da CRFB/88),

reservando aos entes autônomos da federação a competência para cuidar da saúde: “É da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência” (art. 23, II, CRFB/88).

No capítulo relativo à Ordem Social, o direito de todos à saúde é tratado de forma específica, com diretrizes e políticas essenciais a essa área.

A Constituição de 1988, de matriz principiológica, nitidamente inspirada nas constituições ibéricas, alberga um texto que extravasa os limites do constitucionalismo tradicional, incorporando um extenso elenco de direitos fundamentais, bem como incorporando, através dos princípios, opções valorativas e, por meio de diretrizes, compromissos políticos. A doutrina constitucional brasileira reconhece, nessa nova constelação teórica, ser a estrutura normativa composta de regras e princípios. A ideia de que a Constituição é um simples concentrado de princípios está superada, assim como o entendimento de que sua eficácia é a de simples diretivas que o legislador concretiza de forma mais ou menos discricionária.

No entendimento de Lyard (2006), com relação ao direito à saúde, nenhuma norma infraconstitucional pode afrontar, impedir ou dificultar o exercício desse direito, incluídas as disposições constantes de tratados e acordos internacionais aprovados e ratificados pelo Brasil.

Para Streck (2014), não é relevante discutir se o direito à saúde é ou não fundamental, o importante é discutir quais são os critérios para o provimento ou não do pedido.

A saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, cuja garantia é de se dar mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovam, protejam e recuperem (arts. 196 e 197 da CRFB/88), ficando inteiramente sujeitos à regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público, ao qual cabe executá-los diretamente, ou por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

A Carta Magna, ao afirmar que “saúde é direito de todo cidadão e dever do Estado”, forneceu as bases para a construção do Sistema Único de Saúde (SUS) por meio das Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90. A partir de então, apresentou-se o desafio de desenvolver um sistema público, obedecendo a princípios fundamentais, como a universalidade do acesso aos referidos serviços em todos os níveis de assistência, a integralidade e igualdade de assistência – sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie –, a participação da comunidade, a descentralização político-administrativa, entre outros. (PARANAGUÁ; REIS, 2009).

Outrossim, a Lei nº 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, indica como fatores determinantes e condicionantes da saúde: a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer, o acesso a bens e serviços essenciais, bem como, o bem-estar físico, mental e social. Verifica-se que o conceito de saúde vai além da ausência de doenças e outros agravos, ele também abarca condições de vida que possibilitem o bem-estar (físico, mental e social) do cidadão.

Então o que se depreende é que o direito à saúde deve ser assegurado em benefício de todos, não podendo ser protegido tão somente na esfera individual de um cidadão, conforme defende Valle (2008). Segundo essa autora, os direitos sociais, nos termos em que eles foram consagrados na carta de outubro, pretendem assegurar não uma prestação em concreto em favor de A ou B, mas sim um estado permanente de atenção prioritária a uma faceta do modo de existir dos cidadãos.

Aceitando o fato de que as políticas de saúde pública buscam atingir objetivos mais efetivos do que ideais, para que sejam eficazes, elas devem, entre outras coisas, permitir que a população tenha acesso a medicamentos. Trata-se de um dos pontos de conexão entre os direitos sociais e a propriedade industrial. Se de um lado está o direito dos pacientes, nomeadamente aquele à saúde, do outro lado está o direito de as empresas farmacêuticas serem protegida a sua base econômica, sendo que, nesse

plano, uma adequada proteção das patentes é considerada essencial à sobrevivência da empresa.

3. A PROPRIEDADE INDUSTRIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A Constituição Brasileira de 1988 consagra, no seu artigo 5º, a proteção dos direitos de propriedade intelectual. Depois de tratar os direitos de autor nos incisos XVII e XVIII, a Lei Fundamental, no seu inciso XXIX, dispõe sobre a propriedade industrial, de forma a assegurar privilégio temporário aos autores de inventos industriais, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

A propriedade industrial é um ramo da propriedade intelectual que trata dos bens imateriais aplicáveis nas indústrias. Aborda assuntos referentes às invenções; aos modelos de utilidade; aos desenhos industriais; às marcas de produtos ou serviços; à repressão às falsas indicações geográficas e demais indicações; e à concorrência desleal, nos termos do artigo 2º da Lei 9.279/96, Lei da Propriedade Industrial.

O direito outorgado a um inventor, o qual garante o poder deste sobre a invenção, fica condicionado a um prazo determinado pela lei e que varia segundo cada uma das espécies. Vencido o prazo, o direito à propriedade é retirado, caindo em domínio público o objeto da invenção.

Posteriormente à Revolução Industrial, em conjunto com outros valores como os direitos humanos, adquire a propriedade intelectual *status* de elemento primordial ao desenvolvimento não apenas comercial, mas também humano; não somente para acúmulo de riquezas, mas também para acúmulo com valor agregado; e ela deve ser conjugada com outros direitos em virtude de sua importância para o crescimento, como o cumprimento da função social (CARVALHO, 2007), ou seja, esse direito tem uma importante função social, na medida em que sua proteção encoraja, a prazo, o desenvolvimento científico, tecnológico e econômico dos Estados.

A propriedade como gênero é reconhecida tanto pela ONU, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 em seu art. XVII² como pela OEA, através da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948, em seu art. XXIII³, como direito humano. E, dessa forma, dentro do trabalho de incorporação realizado pelas diversas ordens jurídicas nacionais, tem-se a propriedade reconhecida pelos Estados signatários das organizações citadas. No Brasil, por exemplo, o seu reconhecimento é constitucional e condicionado ao cumprimento da função social; concomitantemente a propriedade intelectual, como espécie, acompanha as mesmas diretrizes (CARVALHO, 2007).

A propriedade intelectual reconhecida como direito fundamental pela Constituição de 1988 está de acordo com a construção da ordem internacional, conforme a Declaração Universal dos Direitos Humanos no artigo XXVII:

1. Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios. 2. Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.⁴

De acordo com Flores (2009), a inclusão da propriedade industrial como um direito fundamental ocorre pela importância crescente que a tecnologia vem assumindo no mundo atual, bem como por seu papel “potencial” no auxílio da desigualdade social e no combate as diferenças. Não se pode pensar no direito como um instrumento isolado de proteção de

2 ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 – art. XVII - 1. Toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade. Disponível em: < <http://portal.mj.gov.br>> Acesso em: 08/01/2020.

3 OEA. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Cidadão de 1948 – art. XXIII - Toda pessoa tem direito à propriedade particular correspondente às necessidades essenciais de uma vida decente, e que contribua a manter a dignidade da pessoa e do lar. Disponível em: <http://cidh.oas.org/basicos/Portugues/b.Declaracao_Americana.html> Acesso em: 08/01/2020.

4 ONU. Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>> Acesso em: 08/01/2020.

um bem jurídico, propriedade industrial, sem considerar que ele se encontra inserido numa complexa rede de relações econômicas, sociais e morais, que refletem outros direitos, também fundamentais, tais como: direito à informação, função social da propriedade, direito à vida, desenvolvimento econômico e tecnológico do país, bem como a segurança em sentido amplo.

É importante que se discuta a questão da propriedade industrial sob a perspectiva do direito fundamental, e não simplesmente como mais um ramo do direito comercial, de natureza aparentemente de direito privado. O que se deve buscar é fazer um vínculo dos direitos fundamentais com as relações privadas.

Sarmiento (2004) explica que a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas é uma necessidade que poucos contestam. Todavia, a forma e a intensidade da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não pode ser idêntica à do Estado, já que os atores privados são também titulares e se beneficiam da proteção conferida à sua autonomia.

Segundo Sarlet (2011), o ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas é a constatação de que, ao contrário do Estado clássico e liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa, tinham por escopo proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos na esfera pessoal e no qual, em virtude de uma preconizada separação entre Estado e sociedade, entre público e o privado, os direitos fundamentais alcançavam sentido apenas nas relações entre indivíduos e o Estado, no Estado Social de Direito, não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade cada vez mais participa ativamente do exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores de poder social e econômico, já que é nessa esfera que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas. O Estado não apenas deve respeitar, mas também promover e zelar pelo seu respeito, mediante uma postura ativa, sendo, portanto, devedor de uma proteção global dos direitos fundamentais.

Torna-se possível a constatação de que os direitos fundamentais, na qualidade de princípios constitucionais e por força do princípio da unidade do ordenamento jurídico, aplicam-se relativamente a toda ordem jurídica, inclusive a privada, bem como a necessidade de se protegerem os particulares também contra atos atentatórios aos direitos fundamentais provindos de outros indivíduos ou entidades particulares.

Ao entender a propriedade industrial como um direito fundamental e não como um princípio da ordem econômica, não se pode negar um maior controle do Estado sobre ela, em prejuízo, por exemplo, da livre concorrência e da autonomia, expressamente garantidas pelo texto constitucional (art 170, VI e 219 da CRFB/88). Mas vale lembrar, nesse particular, que as entidades dessa espécie são integradas por indivíduos, que têm nelas, por vezes, não uma fonte de ameaça, mas um verdadeiro fator de proteção dos seus direitos fundamentais. A questão terá que ser analisada à luz do caso concreto, no qual se deverá atentar inclusive para a característica específica do poder privado que se tem em mira (SARMENTO, 2006).

4. PATENTE E MEDICAMENTOS: UMA COLISÃO DE DIREITOS

As opções políticas e os valores expressados nas Constituições atuais são variados e, muitas vezes, antagônicos, o que faz com que tenham uma tendência natural de colidir. Outrossim, os direitos fundamentais, por sua própria estrutura, tendem a chocar-se entre si e com outros objetivos de valor constitucional. Assim sendo, a pluralidade ética e a posituação de amplos catálogos de direitos fazem com que o fenômeno das antinomias jurídicas, que é inerente a todas as dimensões do ordenamento, torne-se especialmente comum no plano constitucional. Os conflitos de direitos fundamentais são espécies de antinomias normativas. (PEREIRA, 2006)

Como se pode depreender deste estudo, o direito ao acesso a medicamentos envolve tanto interesse público como privado. Interesse público, por se tratar de prestação de serviço sob responsabilidade do ente estatal, correspondente a direito humano, normalmente incorporado como direito

fundamental (social) e privado, porque compreende pesquisa, desenvolvimento e investimento, especialmente da iniciativa privada para a fabricação de medicamentos.

Percebe-se, então, uma colisão de direitos fundamentais: o direito de propriedade do inventor e o direito à saúde e, portanto, à vida digna, dos indivíduos da sociedade.

No entendimento de Bobbio (2004, p.40), são bem poucos os direitos fundamentais que não entram em concorrência com outros direitos também considerados fundamentais, e que, portanto, não impõem, em certas situações e em relação a determinadas categorias de sujeitos, uma opção. “A dificuldade da escolha se resolve com a introdução dos limites à extensão de um dos dois direitos, de modo que seja em parte salvaguardado também o outro”.

Ainda, de acordo com Bobbio (2004, p.41): “dois direitos fundamentais, mas antagônicos, não podem ter, um e outro, um fundamento absoluto, ou seja, um fundamento que torne um direito e o seu oposto, ambos, inquestionáveis e irresistíveis”.

Ao Estado cabe a obrigação de velar pela integridade dos bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais e pela não perturbação do exercício das atividades por eles tipicamente protegidas, não apenas perante as entidades públicas, mas também relativamente a agressões ou ameaças provindas de outros particulares, mesmo quando fundamentam sua atuação perturbadora ou agressiva na titularidade deles ou de outros direitos fundamentais (NOVAIS, 2010).

Com isso, o Estado está obrigado, por meio do legislador ordinário e, no caso de omissão deste, pela atuação autônoma do poder judicial e da administração, a uma atuação normativa, judicial ou fática, tendente a garantir os bens e as atividades protegidas de direitos fundamentais também contra agressões não estatais, ou seja, contra intervenções de terceiros (particulares, entidades públicas estrangeiras) ou contra contingências naturais ou riscos sociais.

Ao Estado cabe, então, a obrigação geral do dever de proteção, que se traduz numa obrigação abrangente de o Estado conformar a sua ordem jurídica de tal forma que nela e através dela os direitos fundamentais sejam garantidos e as liberdades neles suscitadas possam encontrar efetivação. Em um conflito de direitos fundamentais, o Estado se depara com diferentes interesses de liberdades e, eventualmente, precisa arbitrar um conflito de liberdades, que depende de uma avaliação de ponderação e concordância prática e concreta entre valores (NOVAIS, 2010).

A atuação ou omissão do Estado implica na assunção de efetivar o dever de proteção, que nada mais é do que reconhecer a condição compromissória e dirigente da Constituição. O dever de proteção envolveria: dever de proibição de uma determinada conduta; dever de segurança, protegendo os direitos do cidadão mediante instrumentos que coíbam atos de terceiros; dever de evitar riscos, protegendo o cidadão por medidas preventivas quanto ao desenvolvimento tecnológico, ou seja, o que aqui pode ser chamado de doutrina da proteção não se restringe tão somente aos tradicionais direitos liberais negativos de proibição de intervenção, mas assume a condição ambivalente de um postulado de proteção (MORAIS, 2016).

Nesse contexto, o Estado deve desenvolver meios para proteger os direitos fundamentais de tal forma que atos públicos e particulares sofram uma filtragem constitucional, dotando o sistema jurídico de instrumentos processuais apropriados que garantam essa concretização por meio do Poder Judiciário, transformando-os em compromissos que dirigem o Estado e a sociedade (MORAIS, 2016).

É fato que existe certa dificuldade em se conciliar a exigência da ciência e da economia no que tange aos direitos do homem. A disciplina relativa à concessão da patente (considerada direito de propriedade e, portanto, direito fundamental), forte estímulo e instrumento útil para o financiamento em pesquisa, deve necessariamente respeitar o preceito fundamental da dignidade humana, assim como os demais direitos fundamentais do homem. A dignidade humana é um componente central na jurisprudência constitucional em um sistema constitucional que também incorpora obrigações de solidariedade social (prestações positivas).

O conceito jurídico de dignidade humana, diferentemente dos paradigmas anteriores dos modelos tradicionais que não possuíam nenhuma influência na esfera jurídico-política e justificavam estritamente deveres morais, segundo Pele (2017), fundamenta-se em um valor inerente e absoluto do ser humano. Os modelos anteriores partiam de um conceito de dignidade que o indivíduo deveria conquistar e manter.

Pele (2017) entende que o modelo atual de direitos deriva do valor da dignidade humana, assim como esses mesmos direitos participaram da construção da dignidade humana como valor inerente e absoluto de todo ser humano.

Nesse sentido, resulta cada vez mais como evidente, em virtude do desenvolvimento tecnológico e econômico nos dias atuais, a relação entre propriedade intelectual e o sistema de direitos fundamentais. São cada vez mais frequentes os casos em que a jurisprudência é chamada para avaliar a legitimidade da concessão ou do uso do direito de propriedade intelectual em relação a um direito fundamental considerado antagonista, como o direito à saúde, liberdade científica, dignidade humana, e outros.

A concepção de Constituição não pode figurar como algo isolado do contexto em que a produção do sentido jurídico emerge. Quer dizer, um texto constitucional não vale por si só, independentemente de um processo de compreensão e aplicação concretizador da sua força normativa. Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal assumiu a condição de guardião dos direitos fundamentais presentes na Constituição Federal. Nesse sentido, a sua atuação é marcada pela tentativa de dotar de eficácia os direitos fundamentais, dando o máximo de proteção possível (MORAIS, 2016).

As discussões sobre a patente e o acesso a medicamentos colocam em contraste dois interesses recepcionados pela Constituição Federal: o direito à propriedade e o direito à vida. Vale, portanto, discutir a temática sob o ponto de vista da necessidade de ponderação entre os direitos contrapostos, em busca de uma harmonização constitucionalmente possível.

Quando se trabalha com a Constituição, não é possível simplesmente escolher uma norma em detrimento das demais: o princípio da unidade, pelo qual todas as disposições constitucionais têm a mesma hierarquia e devem ser interpretadas de forma harmônica, não admite essa solução. Diante de tal impasse entre os direitos fundamentais, a utilização de princípios para guiar a ponderação é a solução, segundo Robert Alexy. Para esse autor, não está presente a característica de princípio absoluto dentro de um ordenamento jurídico que reconhece direitos fundamentais, nem mesmo quando se trata do Princípio da Dignidade Humana.

Segundo Sarlet (2015), já foi reconhecida, por diversos tribunais, a íntima vinculação entre o Princípio da Dignidade Humana e o direito à vida, chegando-se, de certo modo, a uma espécie de fungibilidade entre a dignidade e a vida, no sentido de que onde há vida há dignidade, e a violação de um, por via de consequência, implica na violação do outro bem jurídico constitucionalmente constituído. Sarlet revela preferir resolver o dilema dignidade ou vida pela fórmula dignidade e vida, sem que com isso se esteja a cancelar a absoluta fungibilidade dos conceitos, que seguem tendo um âmbito de proteção próprio e, para efeitos de uma série de aplicações, autônomo.

Por outro lado, o direito à propriedade também possui presente o seu conteúdo social consagrado no constitucionalismo pátrio e se constitui em dimensão inerente à dignidade da pessoa, ou seja, a propriedade compreende (também) o espaço de liberdade da pessoa.

Assim sendo, acerca de possíveis colisões ou conflitos de direitos fundamentais, entende-se que não há uma ordem hierárquica entre valores constitucionais, impondo-se uma ponderação concreta dos bens, com “cedências mútuas”, tendo sempre em vista que essa harmonização ou concordância prática não poderá afetar o conteúdo essencial de nenhum dos direitos colidentes.

No ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, não há uma cláusula expressa que garanta a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, a exemplo do direito constitucional comparado alemão,

português e espanhol. Em que pese não restar expressamente consagrada uma proteção do núcleo essencial na atual Constituição Federal de 1988, existem barreiras ao legislador ordinário, reforçando a garantia dos direitos fundamentais.

Alexy sustenta que o âmbito de proteção do conteúdo essencial compreende a exigência de justificação de eventual restrição ao direito fundamental, mediante a aplicação do Princípio da Proporcionalidade no cotejo entre direitos fundamentais colidentes.

Nesse ponto, iremos analisar a Teoria da Argumentação de Robert Alexy, que, segundo Lenio Streck, na sua obra *“As Receptações Teóricas Inadequadas em Terrae Brasiliis”*, recebeu uma leitura superficial por parcela considerável da doutrina e dos tribunais brasileiros.

Segundo Morais (2016), na busca da construção dogmática dos direitos fundamentais e a sua possibilidade de fundamentação racional, Alexy elege a distinção entre regras e princípios jurídicos como elemento estruturante para tal empreitada. Quer dizer, as normas de direitos fundamentais seriam fontes de regras e princípios jurídicos. As primeiras, quando o texto não deixasse dúvidas, exaurindo comandos claros, os segundos, quando houvesse qualquer tipo de espaço semântico a ser compreendido.

Diante de um impasse entre direitos fundamentais, a utilização de princípios para guiar a ponderação é a solução. Alexy é autor do modelo dos direitos fundamentais enquanto princípios, porque um não exclui o outro, admitindo o cumprimento desses direitos em determinada medida. Se fossem regras, seriam aplicadas de maneira silogística e não por ponderação, e a regra conflitante deveria ser afastada do ordenamento jurídico, pois seria sempre inválida.

Nas palavras de Alexy (2008, p. 67),

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão ampla quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas. Princípios são, portanto, mandamentos de otimização. Como tais, eles podem ser pre-

enchidos em graus distintos. Bem diferente, estão as coisas nas regras. Regras são normas que, sempre, ou só podem ser cumpridas ou não cumpridas. Se uma regra vale, é ordenado fazer exatamente aquilo que ela pede, não mais e não menos. Regras contêm, com isso, mandamentos definitivos. A forma de aplicação de regras não é a ponderação, senão a subsunção.

Para Alexy (1997), há uma identidade de conteúdo entre interesses, valores e princípios, mas essas categorias dizem respeito a planos diferentes. Os interesses referem-se aos bens no plano antropológico; os valores ligam-se aos bens no plano axiológico, e os princípios no plano deontológico. Em doutrina e jurisprudência, essas três dimensões são abordadas de forma intercambiável. No entanto, quando se trata de ponderação de direitos fundamentais, o discurso se situa no plano deontológico, e, por esse motivo, é correto se falar em conflitos de princípios.

Para Streck (2011), os teóricos brasileiros Luís Roberto Barroso, Ana Paula Barcellos e Daniel Sarmento tomaram emprestado a tese principal de que a Constituição é uma ordem concreta de valores, e é papel dos intérpretes encontrar e revelar esses interesses ou valores. Sendo assim, explica Streck (2011, p.10):

O Direito Constitucional foi tomado pelas teorias da argumentação jurídica, sendo raro encontrar constitucionalistas que não se rendam à distinção (semântico) estrutural regra-princípio e à ponderação (Alexy). A partir desse equívoco, são desenvolvidas diversas teorias/teses incompatíveis entre si. Na maior parte das vezes, os adeptos da ponderação não levam em conta a relevante circunstância de que é impossível – sim, insista-se, é realmente impossível – fazer uma ponderação que resolva diretamente o caso. A ponderação – nos termos prolatados por seu criador, Robert Alexy – não é (insista-se, efetivamente não) uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que pesa mais, algo do tipo “entre dois princípios que colidem, o intér-

prete escolhe um. Nesse sentido é preciso fazer justiça a Alexy: sua tese sobre a ponderação não envolve essa escolha direta”

No Brasil, os tribunais passaram a enxergar a ponderação como um princípio, decorrendo daí o fenômeno do *panprincipiologismo*, que faz com que, a pretexto de se estar aplicando princípios constitucionais, haja uma proliferação incontrolada de enunciados para resolver determinados casos concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional. A ponderação acaba sendo uma porta aberta à discricionariedade (STRECK, 2011). Discricionariedade é o poder conferido ao juiz intérprete para escolher uma entre várias alternativas. O problema é saber se as alternativas são legítimas e se a escolha se enquadra na circunstância discutida.

Por outro lado, existe um equívoco ao se pensar que um conjunto de enunciados explicativos acerca do Direito, postos à disposição da comunidade jurídica, é suficiente para compreendê-lo. Na verdade, quanto mais o jurista tenta explicar o Direito por meio de conceptualizações, mais ele estará escondendo-o (STRECK, 2013).

O principal problema da ponderação é a sua filiação ao esquema sujeito-objeto e a sua dependência da discricionariedade. Se a discricionariedade é o elemento que sustenta o positivismo jurídico nos casos difíceis e nas vaguezas e ambiguidades da linguagem dos textos jurídicos, não parece que a ponderação seja o mecanismo que livre o Direito dos braços do positivismo; ao contrário, a ponderação é a repriminção da discricionariedade própria das posturas normativistas e de suas variações (STRECK, 2013/1).

Em verdade, segundo Alexy, na medida em que as normas de Direito Fundamental atribuídas são definidas pelos intérpretes da Constituição, é preciso estabelecer algo que confira validade a tais normas; ou seja, o resultado da ponderação não fornece a solução *strictu sensu* do caso concreto, mas cria uma outra norma de Direito Fundamental que possibilitará a realização da aplicação subsuntiva de uma regra ao caso (Alexy, 2008 e STRECK, 2016).

Deixa claro Alexy (2008) que o respeito ao procedimento da ponderação outorgará validade à regra que irá reger o caso concreto. Segundo o autor, como resultado de todo sopesamento correto do ponto de vista dos direitos fundamentais, pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de regra e à qual o caso pode ser subsumido.

Então, nas palavras de Streck (2016, p. 58) sobre a Teoria Alexyana:

Ao final de todo processo de ponderação – respeitado todo o procedimento que Alexy desenvolveu –, chega-se a uma regra que será aplicada subsuntivamente para o caso em tela e tantos quantos forem com ele análogos. Ao fim e ao cabo, a subsunção continua sendo o método primaz para dizer o direito, seja de modo direto para os casos fáceis, ou como resultado de um balanceamento para os casos difíceis.

Sendo assim, a partir da máxima da proporcionalidade, pode-se apreciar o âmbito de proibição ao excesso (*Übermassverbot*) ou proibição da proteção deficiente (*Untermassverbot*), mediante a construção de uma regra de direito fundamental cuja subsunção se daria no caso concreto. Em uma frase: o conflito entre os princípios jurídicos produziria uma regra (MORAIS, 2016).

Metodologicamente, a aplicação do Direito ao caso concreto estaria amparada nas seguintes metodologias. A primeira, nos casos evidentes, por subsunção ao texto constitucional. A segunda, nos casos de abertura semântica, mediante esquemas de sopesamento, e haveria ainda a possibilidade de comparação ou analogia entre casos. Essa terceira operação metodológica na aplicação do Direito coloca em evidência a “Fórmula Analógica” como operação – juízo – hábil para afastar a aplicação de regras, introduzir exceções em regras ou construir regras a partir do sopesamento de princípios jurídicos (MORAIS, 2016).

Para Morais (2016), uma conclusão inevitável seria dizer que as formulações lógicas da subsunção, sopesamento e analogia implicariam na indicação dos elementos considerados pelo juízo para a decisão. Até aqui,

a noção de decisionismo impera. Todavia, procurando contornar esse problema, Alexy apela à Teoria da Argumentação Jurídica para legitimar racionalmente os juízos de valor ínsitos às operações lógicas de subsunção, sopesamento e analogia/comparação.

A argumentação jurídica na obra de Robert Alexy está ligada aos trabalhos de Habermas – mesmo sendo Habermas crítico ferrenho ao sopesamento de princípios na condição de valores. Deve-se reconhecer que a Pretensão de Validade habermasiana se transforma em Pretensão de Correção alexyana. Partem os autores de uma base comum, a diferenciação se daria na concepção, de Alexy, do Direito como um âmbito discursivo, argumentativo, determinado por regras particulares, mais exigentes que aquelas apresentadas por Habermas, para legitimar a construção do consenso pela sua Teoria da Razão Comunicativa. Todavia, o fundamento de ambas é o mesmo: o consenso.

Por buscar um consenso estritamente jurídico, a Pretensão de Correção estaria orientada por regras e procedimentos próprios ao âmbito discursivo do Direito e, por isso, configura-se como um caso especial de argumentação. Alexy recorre à ação comunicativa de Habermas para orientar a pretensão de correção ao consenso; todavia, na hora de decidir, o que vale é o solipsismo (MORAIS, 2016).

Para Streck (2014), a resposta correta é aquela adequada à Constituição e que deve ser de princípios, e não de política, que justificariam atitudes/decisões meramente baseadas em estratégias econômicas, sociais ou morais. Uma sociedade democrática e com instituições jurídicas consolidadas, mesmo que o tribunal máximo queira, não poderá se colocar na contramão da legislação democraticamente produzida, com exceção das intervenções acerca da inconstitucionalidade de leis e das demandas por concretização, caso a caso, de direitos fundamentais.

Ainda, segundo Streck (2014, p. 174), o Direito brasileiro vem sofrendo os influxos de seus predadores exógenos (política, moral e economia) a partir do desrespeito com os limites semânticos dos textos jurídicos, levando-nos a um estado de protagonismo judicial e representando uma

crise de baixa constitucionalidade. Desse modo, é necessário apontar para a Constituição não como um documento meramente político que conteria um finalismo político-social do qual o Direito seria um instrumento.

Vale dizer que respeitar os limites semânticos do texto constitucional significa combater a discricionariedade, o ativismo, o positivismo fático, etc. O respeito ao texto quer dizer compromisso com a constituição e com a legislação democraticamente constituída, no interior da qual há uma discussão no plano da esfera pública, das questões ético-morais da sociedade.

O cidadão possui o direito fundamental a obter respostas adequadas à constituição, uma resposta hermeneuticamente correta em relação à constituição. Deve-se sempre perguntar se, à luz dos princípios e dos preceitos constitucionais, a norma é aplicável ao caso (STRECK, 2011).

O intérprete precisa usar uma fundamentação que demonstre que a sentença se deu por argumentos de princípio, e não de política, moral ou outro qualquer, evitando-se assim as discricionariedades. Neste ponto, a Teoria do Direito deve fazer uma opção: admitir discricionariedades judiciais ou não. Se se conferir aos juízes um poder discricionário, estar-se-á fazendo um retrocesso em relação ao positivismo (STRECK, 2013).

O grande dilema contemporâneo é o de construir condições para evitar que a Justiça Constitucional (ou o poder dos juízes) se sobreponha ao próprio Direito. “Entender que a discricionariedade é algo inerente à aplicação do Direito é, no fundo, uma aposta no protagonismo judicial. E a discricionariedade não se relaciona bem com a democracia” (STRECK, 2016, p. 55).

Partindo da ideia de que não existem direitos absolutos em que pese estarem sempre protegidos, imperioso desenvolver critérios para solucionar possíveis colisões, devendo-se observar a proteção da reserva legal, a proteção do núcleo essencial e o princípio da proporcionalidade.

Sintetizando, entendendo o direito à saúde e o direito à propriedade como princípios, a resposta para a indagação sobre qual direito deve preva-

lecer e em qual medida será dada através do princípio da proporcionalidade, que determina que se coloquem em equação os ônus e as vantagens que fluem da tutela total ou parcial de cada um dos bens jurídicos em conflito.

5. A LICENÇA COMPULSÓRIA NA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Para responder qual direito deve prevalecer em determinada situação concreta, se o direito à saúde ou o direito à propriedade, precisa-se observar se a licença compulsória seria o meio para garantir o acesso a medicamentos. Porém, é preciso sempre se levar em conta que a patente é essencial ao estímulo às novas criações. Todavia, como toda propriedade, precisa cumprir a sua função social. Dessa forma, o titular da patente deve compreender que possuir uma patente garante direitos, mas leva a obrigações que estejam adequadas ao desenvolvimento social e tecnológico do país.

Normalmente, os direitos relacionados à propriedade industrial são referidos como para assegurarem a recompensa aos titulares. Todavia, originariamente, em virtude dos direitos humanos, nasceram para criar, inovar e para serem colocados à disposição da sociedade, principalmente voltados para o desenvolvimento sustentável, mesmo porque se trata de um acordo legal entre o Estado e a iniciativa privada, em que se tem por fundamento a melhoria das condições sociais e econômicas. (CARVALHO, 2007)

No sistema de patentes, os direitos do titular devem ser limitados à observância da função social da propriedade, e por isso tanto os tratados internacionais como as legislações nacionais preveem meios de coibir abusos ou exageros na exploração do privilégio. A licença compulsória apresenta-se como uma das formas mais importantes dessa prática. Na Convenção de Paris, o art. 5º disciplina a referida licença, assim como o acordo TRIPS (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio) no seu artigo 31.

O licenciamento compulsório é o veículo apto a sancionar aquela propriedade que não está atendendo a sua função social. É uma autorização,

concedida a determinada pessoa por uma autoridade judicial ou administrativa, para a exploração, sem o consentimento do detentor do título, para o uso de uma invenção patenteada, tornando-se assim mais acessível a toda a sociedade.

A Lei nº 9.279/96 dispõe sobre o assunto nos artigos 68 a 74. Os casos em que a licença poderá ser concedida são: abuso do poder econômico, ou seja, repressão à prática abusiva – por parte do titular – dos direitos decorrentes da patente, quando comprovada por decisão administrativa ou judicial. Nesse caso, o titular terá licenciada compulsoriamente sua patente. Segundo o art. 68 da Lei, o titular ficará sujeito a tal licença se exercer os direitos de sua patente de forma abusiva ou por meio dela praticar abuso de poder econômico. O abuso será configurado através de requerimento solicitado, por interessado na licença, à instituição competente, que não será o INPI, e sim o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Somente munido dessa decisão protocolada pelo Conselho, o interessado poderá requerer licença compulsória no Instituto. Não existe prazo estabelecido para o requerimento da licença compulsória decorrente de abuso econômico. Esta é concedida ao ser constatado o abuso.

Outras situações que resultam em licença compulsória: falta de exploração do invento; falta de uso integral do processo patenteado no país; e a comercialização considerada insuficiente (salvo em caso de inviabilidade econômica, o que possibilita a importação por parte do titular da patente, ou com sua autorização). A licença, nesses casos, só poderá ser requerida pelo interessado três anos após a concessão da patente.

Em casos considerados de interesse público ou emergência nacional, desde que o titular ou o licenciado não atendam às necessidades em questão, também poderá ser concedida licença compulsória temporária e não exclusiva, sem prejuízo dos direitos do titular. Outro ponto importante é que a mesma será concedida sem exclusividade e sem condições de sublicenciamento.

A declaração de necessidade e utilidade pública ou interesse social, para fins de desapropriação, executa-se mediante decreto do Poder Executivo. O artigo 71 da Lei de Propriedade Industrial determina que seja

publicada uma declaração de interesse público ou emergência nacional em ato do Poder Executivo.

O instrumento da licença compulsória também tem como objetivo estimular a exploração do objeto da patente e, conseqüentemente, dinamizar o desenvolvimento tecnológico e incentivar a economia nacional.

Em síntese, caso entenda o governo nacional que o titular do direito de uma patente está cometendo abuso de poder econômico no exercício de seu direito, ou ainda, que exista, em um dado caso concreto, interesse de saúde pública, emergência nacional ou qualquer outra hipótese de concessão de licenciamento compulsório, poderá ser “quebrada a patente”.

Entretanto, toda e qualquer regra de exceção, principalmente quando envolve direitos constitucionais e, no caso, a limitação do direito de propriedade, deverá ser interpretada e aplicada de forma restritiva e através de decisões que atendam aos princípios da legalidade, da motivação, proporcionalidade, e finalidade dos atos administrativos, sob pena de gerar decisões arbitrárias e ilegais.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema das patentes de medicamentos, que confere direitos de propriedade e uso exclusivo da invenção, vem-se tornando cada vez mais frequente e debatido, de um lado por representantes do setor de saúde, que expressam a dificuldade de se garantir o acesso a alguns tipos de medicamentos e, do outro, por representantes de empresas farmacêuticas multinacionais, que alegam que sem as patentes, elas não desenvolverão novos produtos que poderão salvar vidas no futuro.

Alguns defensores da saúde pública têm encorajado a utilização da licença compulsória como uma forma de viabilizar o acesso a medicamentos. No entanto, isso poderia acarretar no declínio em pesquisa e desenvolvimento de novos fármacos que salvam vidas e poderiam estar disponíveis para as futuras gerações. A utilização desproporcional da licença compulsória pode levar ao desestímulo a novas invenções, assim como a novos

investimentos em pesquisa, uma vez que se estaria desrespeitando o artigo 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal.

O desenvolvimento como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art 3º da CRFB/88) é necessário para a realização do acesso a medicamentos, de forma progressiva e como atividade estatal preventiva. É importante conjugar as obrigações estatais com a necessidade do desenvolvimento sustentável, ou seja, incentivar a inovação como elemento de saneamento do problema do acesso a medicamentos, sem, com isso, desrespeitar o direito às patentes farmacêuticas.

O direito ao acesso a medicamentos e o direito às patentes farmacêuticas devem ser conjugados, uma vez que, pela ordem internacional, ambos são direitos humanos e, pela ordem nacional, são direitos fundamentais constitucionalmente consagrados.

O que se deve buscar são políticas públicas bem-organizadas e estruturadas por parte do Estado na área de fármacos. Tem-se que o acesso a medicamentos é primordialmente desrespeitado, não pela concessão da patente farmacêutica, como alguns entendem, mas pela ausência de uma política proativa e preventiva.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **El Concepto y la Validez del Derecho**. Barcelona: Gedisa, 1997.

_____. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. 2ª ed. Madri: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 13 jan. 2020.

_____. **Lei 9.279, de 14 de maio de 1996.** Lei da Propriedade Industrial. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm > Acesso em: 13 jan. 2020

CARVALHO, Patrícia Luciane de. **Patentes Farmacêuticas e Acesso a Medicamentos.** São Paulo: Editora Atlas, 2007.

FLORES, Nilton Cesar. Antagonismos da Propriedade Intelectual diante dos Direitos Humanos. In: KLEVENHUSEN, Renata Braga. **Temas sobre Direitos Humanos em Homenagem ao Professor Vicente Barreto.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. p. 125 – 136, 2009.

LYARD, Maria Alice Paim. Patentes de Medicamentos: Questões Atuais. **Revista da ABPI** nº 82, v. p. 25 – 40, mai/jun 2006.

MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e Arbitrariedade: Uma Inadequada Recepção de Alexy pelo STF.** Salvador: Jus Podivm, 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição.** 2ª ed. Coimbra: Wolters Kluwer, 2010,

PARANAGUÁ, Pedro; REIS, Renata. **Patentes e Criações Industriais.** Rio de Janeiro: FGV Jurídica, 2009.

PELE, Antonio. La Dignidad Humana: modelo contemporáneo y modelos tradicionales/A Dignidade Humana: modelo contemporâneo e modelos tradicionais. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 11, n. 2, p. 7-17, dez. 2015. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/892>>. Acesso em: 08 fev. 2017.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais.** Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

_____. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ªed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, v.p. 193-284, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. As Recepções Teóricas Inadequadas em Terrae Brasilis. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba, v.10, nº10, jul/dez. 2011.

_____. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Uma Leitura Hermenêutica das Características do Neoconstitucionalismo. **Revista da AJURIS**, v.40, nº 132, dezembro 2013/1.

_____. Os Limites Semânticos e sua Importância na e para a Democracia. **Revista da AJURIS**, v.41, nº 135, setembro de 2014.

_____. **Verdade e Consenso**. 5ªed, São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

_____. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

VALLE, Vanice Lírio do. Direitos Sociais e Jurisdição: Riscos do Viver Jurisdicional de um Modelo Teórico Inacabado. In: KLEVENHUSEN, Renata Braga. **Direito Público & Evolução Social – 2ª série**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. p.309-328, 2008.

AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ASSISTÊNCIA SOCIAL PARA A PROTEÇÃO DO IDOSO

Camila Rabelo de Matos Silva Arruda

Doutora em Direito pela UVA. Mestre em Ciências Ambientais pela UVA. Especialista em Administração Pública - FGV / EBAPE. Professora do Curso de Direito - Universidade Veiga de Almeida

Recebido em: 26/08/2020

Aprovado em: 18/10/2020 e 18/10/2020

RESUMO: A importância social das políticas públicas de atendimento ao idoso visam à proteção a esse grupo vulnerável. O envelhecimento da população fez aumentar a necessidade de implantação de novas políticas públicas; o artigo 230 da Constituição Federal chama responsabilidade à sociedade, às famílias, para, junto ao Estado, protegerem e cuidarem dos idosos. A pesquisa pretende responder a seguinte pergunta: Quais são as necessidades que levam o idoso a necessitarem de políticas públicas de assistência social? Para responder a essa pergunta, tem-se o objetivo geral, que é analisar as necessidades dos idosos de uma proteção de políticas públicas de assistência social. Os objetivos específicos da pesquisa auxiliam a alcançar o objetivo geral, sendo eles: analisar os aspectos de vulnerabilidade dos idosos; verificar os aspectos legais de proteção do Estado, analisar as políticas públicas de assistência social aos idosos. A metodologia utilizada na pesquisa foi a análise bibliográfica de autores que versam sobre o tema e a legislação que tange à matéria.

PALAVRAS-CHAVES: Atendimento ao idoso; Políticas Públicas; Orçamento.

ABSTRACT: The social importance of public policies for the care of the elderly aims to protect this vulnerable group. The aging of the population has increased the need to implement new public policies,

article 230 of the Federal Constitution calls upon Society, families and the State to protect and care for elderly. The research intends to answer the following question: What are the needs that lead the elderly to need public social assistance policies? To answer this question, the general objective is to analyze the needs of the elderly ; verify the legal aspects of State protection, analyze public policies for social assistance to the elderly. The methodology used in the research was the bibliographic analysis of authors who deal with the subject and the legislation related to the matter.

KEY WORDS: Elderly care; Public policy; Budget.

INTRODUÇÃO

O aumento do número de idosos fez com que a construção de políticas públicas para a proteção ao idoso se tornasse um desafio para os administradores. Houve uma inversão da pirâmide etária e o aumento do desemprego no país, que gerou um desequilíbrio no sistema previdenciário. Atualmente, com a aprovação da Emenda Constitucional nº 103/19, a lei alterou a idade para aposentadoria, com o argumento de ser fundamental para a manutenção da saúde dos fundos previdenciários.

Convém enfatizar que a Lei nº 10741/03 estabelece o Estatuto do Idoso, que assegura o direito de envelhecer com dignidade, mas cabe ao Estado estabelecer as Políticas Públicas para assegurar a qualidade de vida do idoso, estabelece medidas protetivas e busca a proteção do Estado, já constitucionalmente prevista para assegurar os direitos desse grupo vulnerável. O Estado tem o papel, junto com a família e a sociedade, de proteger e estabelecer políticas públicas de seguridade social.

Enfatiza-se o papel do Estado na formação das políticas públicas de atendimento ao idoso, que é compartilhada entre os entes da federação e atualmente é coordenada pelo Ministério da Mulher, Família e dos Direitos Humanos, que anteriormente tinha uma status ministerial, e hoje possui status de secretaria especial, denominada de Secretaria Nacional de

Promoção e Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa. A função da Secretaria Nacional é apoiar a implantação de programas e ações de promoção e defesa dos direitos do idoso, muitas vezes, ficando a cargo dos municípios e do terceiro setor (ONG).

Entre as políticas públicas desenvolvidas, há a importância da seguridade social, que abrange três vertentes: saúde, assistência social e previdência social. Destaca-se que a presente pesquisa traz um foco mais específico na previdência dos servidores públicos do Estado do Rio de Janeiro.

O artigo trouxe a análise da importância da previdência social para garantir o direito a aposentadoria. Dentro deste capítulo, foi feita a abordagem teórica da previdência social, o seu papel dentro da seguridade social e o objetivo de buscar a proteção integral com o compartilhamento da responsabilidade e a proteção de uma renda mínima através da política de redistribuição de renda.

A Constituição de 1988 corrigiu essa exclusão, trazendo os princípios da integralidade, universalidade e solidariedade do atendimento através da implantação da seguridade social, sendo seu funcionamento mantido pelo Estado e pela sociedade, de forma compartilhada. Os aspectos de planejamento orçamentário, bem como os estudos atuariais, que são fundamentais para a execução das políticas públicas, enfatiza-se que o orçamento é dividido em três peças: orçamento fiscal, orçamento previdenciário e orçamento de investimentos das empresas públicas. A constituição em tela preocupou-se em que fosse elaborada uma peça específica com a finalidade de maior transparência do uso dos recursos previdenciários.

O estudo também se debruça na construção de políticas públicas de atendimento aos idosos, volta-se diretamente para as medidas protetivas de renda mínima, entre outras. Este capítulo trata também da importância da razão pública na formação das políticas públicas, tendo em vista que a sociedade compartilha a responsabilidade com o Estado e a família na manutenção do bem-estar dos idosos. Por isso, a participação popular é necessária para o melhor planejamento das políticas públicas estatais.

A pesquisa foi realizada para responder a seguinte pergunta: Quais são as necessidades que levam o idoso a necessitar de políticas públicas de assistência social? Para responder a essa pergunta, foram traçados objetivos. O objetivo geral era analisar as necessidades dos idosos de uma proteção de políticas públicas de assistência social, para alcançar os objetivos específicos: analisar os aspectos de vulnerabilidade dos idosos; verificar os aspectos legais de proteção do Estado; analisar as políticas públicas de assistência social aos idosos. A pesquisa será realizada através da metodologia de análise bibliográfica de autores que versam sobre o tema e a legislação que tange à matéria.

1. OS IDOSOS COMO GRUPO VULNERÁVEL

Envelhecer é um processo natural do tempo, faz parte da biologia e fisiologia do homem, alterando sua aparência física, as funcionalidades do seu corpo, diminuindo sua capacidade de locomoção e seus sentidos, sendo necessárias algumas adaptações no cotidiano para diminuir os riscos de acidentes domésticos que podem ocasionar lesões graves, inclusive levando ao óbito.

O papel do idoso na sociedade vem mudando consideravelmente ao longo dos anos, com o envelhecimento da sociedade e com o aumento da expectativa de vida, que se mostrou consideravelmente ao longo das últimas décadas, conforme estabelecido nos censos realizados pelo IBGE. Com o envelhecimento, houve a necessidade de desconstruir os mitos estabelecidos pela sociedade. Para isso, devem ser consideradas as mudanças sociais, culturais, psicológicas, bem como a melhoria da qualidade de vida, que interferiu diretamente nos aspectos biológicos do envelhecimento.¹

Nas últimas décadas, no Brasil, houve um aumento considerável na expectativa de vida, tornando a população mais idosa. Segundo descrito no último censo do IBGE, os idosos correspondem a 11% (onze) da população brasileira, totalizando 20,56 milhões, sendo 5% do sexo masculino (9.15 milhões) e 6% de mulheres (11, 43 milhões).

1 ARRUDA, Camila; BORGES, Leticia. O direito fundamental a envelhecer com dignidade. *Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência*. 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/313740741_O_Direito_Fundamental_A_Envelhecer_Com_gnidade/download. Acesso em: 22 de abril de 2019. DOI: 10.21902/2525-9865/2016.v2i2.1228.

O envelhecimento da população vem sendo registrado de forma crescente no Brasil. Nas últimas décadas, foram registrados aumento dos idosos e uma regressão no percentual de nascimentos.

Essa tendência acompanha os países americanos e europeus, criando uma inversão na pirâmide etária, que, até a década de 1980, apresentava uma base bem maior do que as outras faixas etárias, e, no último censo, apresentou uma grande retração na base.

A Constituição Federal, no artigo 230, trouxe a responsabilidade solidária entre a família, a sociedade e o Estado no cuidado e bem-estar dos idosos, sendo responsabilidade de todos:

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.²

Em complemento ao artigo 230, através do Estatuto do Idoso, restou estabelecido que são idosos os maiores de 60 (sessenta) anos, conforme deliberado no artigo 1º da Lei nº 10741, de 1º de outubro de 2003, que instituiu o Estatuto do Idoso³. A Lei nº 13466, de 12 de julho de 2017⁴, alterou o Estatuto do Idoso, criando uma faixa prioritária entre os idosos,

2 BRASIL. BRASIL. Constituição da República Federativa. 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 21 de junho de 2020.

3 BRASIL. Lei nº 10741 de 1º de outubro de 2003. Institui o Estatuto do Idoso. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm. Acesso em: 22 de abril de 2019.

4 BRASIL. Lei Nº 13466 de 12 de julho de 2017. Altera os artigos 3º, 5º e 71 do Estatuto do Idoso. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13466.htm#art2. Acesso em: 22 de abril de 2019.

os “super” idosos, aqueles que ultrapassaram a faixa dos 80 (oitenta) anos e gozarão de prioridade de atendimento em relação aos demais idosos.

O artigo 16 da Declaração dos Direitos Humanos⁵, que traduz a família como o núcleo natural e fundamental da sociedade, é endossado no Estatuto do Idoso, que declara, em seu artigo 3º:

É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

A ONU promoveu duas conferências internacionais para promoção e proteção às pessoas idosas. Esses dois encontros foram fundamentais para nortear as políticas públicas de atendimento ao idoso.

a) A primeira Assembleia Mundial sobre Envelhecimento, realizada em Viena, Áustria, em 1982. Dessa reunião, surgiu o documento intitulado Plano de Ação Internacional de Viena sobre o envelhecimento, que tratou de 62 pontos, tais como: saúde e nutrição, proteção de consumidores idosos, habitação e meio ambiente, família, bem-estar social, segurança de renda e emprego, educação e a coleta e análise de dados de pesquisa.

b) A Segunda Assembleia Mundial das Nações Unidas sobre o Envelhecimento foi realizada em 2002, na cidade de Madri, Espanha, com o objetivo de desenvolver uma política internacional para o envelhecimento para o século XXI. Estabeleceu a Declaração Política e o Plano de Ação Internacional sobre o Envelhecimento de Madri. O Plano de Ação pedia mudanças de atitudes, políticas e práticas em todos os níveis, para satisfazer as enormes potencialidades do envelhecimento no século XXI.

Suas recomendações específicas para ação dão prioridade às pessoas mais velhas, com três eixos prioritários:

5 ONU. Decreto nº 592 de 6 de julho de 1992. Declaração Universal dos Direitos Humanos: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 22 de abril de 2019.

- a) idosos e desenvolvimento;
- b) promoção à saúde e ao bem-estar;
- c) garantia de um ambiente de apoio aos idosos.⁶

O §19 do Plano de Ação Internacional sobre o Envelhecimento traz um resumo do que devem ser as políticas públicas inclusivas do idoso.

Uma sociedade para todas as idades possui metas para dar aos idosos a oportunidade de continuar contribuindo com a sociedade. Para trabalhar neste sentido, é necessário remover tudo que representa exclusão e discriminação contra eles(grifo nosso).

No sistema interamericano de direitos humanos, a proteção é tratada no protocolo de San Salvador de forma genérica. Em junho de 2015, em Washington, EUA, foi aprovada a Convenção Interamericana sobre a proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas. Porém essa convenção ainda está pendente de ratificação pelo Congresso Nacional. Seu texto encontra-se no Projeto de Decreto Legislativo nº 863/2017, em tramitação até a presente data⁷.

Embora a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas ainda não tenha sido incorporada à norma interna brasileira por falta do requisito essencial, que é a ratificação, os idosos têm uma proteção especial estabelecida pelo Estatuto do Idoso, Lei nº 10741/03.

O Estatuto do Idoso estabeleceu os direitos fundamentais para viver com dignidade. Através dessa lei, o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata a lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as

6 ONU. A ONU e as pessoas idosas. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/pessoas-idosas/> Acesso em: 22 de abril de 2019.

7 BRASIL. PDL nº 863/2017. Aprova o texto da Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos, concluída no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), celebrada em Washington, em 15 de junho de 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2164910&ord=1>. Acesso em: 22 de abril de 2019.

oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Os direitos fundamentais são aqueles direitos inerentes ao homem, sendo o conjunto de prerrogativas e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de liberdade, igualdade e dignidade entre os seres humanos, que estão estabelecidos na norma interna, ou seja, na Constituição Federal. No Brasil, também existe uma norma especial que trata de todos os direitos protetivos dos idosos. Essa norma é o Estatuto do Idoso, que veio regulamentar a proteção constitucional.

Devido ao crescente aumento do número de idosos no país, fez-se necessário estabelecer normas específicas para tratar das questões relativas ao envelhecimento. Sendo o bem-estar deles uma responsabilidade coletiva, enfatiza-se o artigo 229 da Constituição Federal, que trata da responsabilidade dos filhos na manutenção e no bem-estar dos seus pais idosos, não sendo facultado a eles a assistência, pois trata-se de uma obrigação constitucional: “art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e **os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade**”⁸.

Além do artigo acima descrito, a previsão constitucional do artigo 230 trouxe um chamamento à responsabilidade do Poder Público, da sociedade e da família na efetivação e garantia do bem-estar do grupo:

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

8 BRASIL. Constituição da República Federativa. 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 21 de junho de 2020.

§ 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.⁹

O artigo 230, em seu §1º, trata da execução de programas de amparo ao idoso, que devem ser executados preferencialmente em seus lares.

Verifica-se à importância do Estatuto do Idoso para a garantia dos direitos dos idosos. Essa lei trouxe uma grande evolução para a manutenção do bem-estar e da qualidade de vida dos idosos.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL DO IDOSO À PROTEÇÃO DO ESTADO

As políticas públicas de atendimento aos idosos são elaboradas buscando a atenção às necessidades básicas desse grupo vulnerável. Na estrutura do governo federal, a Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa está vinculada ao Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Após a edição do Estatuto do Idoso, a gestão e as políticas públicas de atendimento aos idosos é compartilhada entre os entes da federação.

A principal dificuldade encontrada para a propositura e manutenção das políticas públicas é o endividamento da máquina pública. O endividamento do poder público significa que uma grande parte das riquezas geradas, visando a atender a coletividade, acaba sendo utilizada para arcar com o pagamento da dívida pública e seus juros. O crescimento dos juros somente favorece uma parte pequena da população. O crescimento da dívida, o aumento dos juros, acaba diminuindo a possibilidade de investimentos por parte do governo.

É possível inferir que os eleitos como representantes do povo fazem parte de um grupo de maior poder aquisitivo, acabam priorizando os interesses do grupo e não da coletividade. A eleição de grupos que representam os mais ricos pode definir a forma da distribuição das riquezas. Para au-

9 BRASIL. BRASIL. Constituição da República Federativa. 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 21 de junho de 2020.

mentar a possibilidade de investimentos, acabam aumentando os impostos, sobrecarregando ainda mais as camadas mais pobres.

Uma outra política desenvolvida pelos grupos eleitos é contrária aos interesses da coletividade, uma vez que são concedidos diversos incentivos fiscais para as empresas, na promessa de geração de empregos local. A realidade que se opõe aos interesses diretos é a possibilidade de aumentar a cobrança de impostos para a sociedade como um todo e a oferta de incentivos fiscais favorecendo a um pequeno grupo elitizado¹⁰.

Em 2019, após várias discussões sobre o tema, foi aprovada a reforma da previdência, que deixou o sonho de aposentadoria do trabalhador ainda mais distante, obrigando os trabalhadores formais a desempenharem suas funções até o fim da vida. A impossibilidade de exercício das funções laborais, por incapacidade física ou psicológica de gerar riquezas, obriga o trabalhador a sobreviver por conta da assistência social. A assistência social é o único meio de sobrevivência de muitas famílias.

A Fundação Oswaldo Cruz – FIOCRUZ - realiza um mapeamento das experiências exitosas de Estaduais e Municipais no campo do Envelhecimento e Saúde da Pessoa Idosa. É uma iniciativa que integra, desde 2013, a agenda anual da Coordenação de Saúde da Pessoa Idosa (CO-SAPI/DAPES/SAS) do Ministério da Saúde, em parceria com o Instituto de Comunicação e Informação Científica e Tecnológica em Saúde (ICICT/Fiocruz).¹¹

O objetivo desse mapeamento é conhecer as boas práticas desenvolvidas para atendimento aos idosos. Esse processo inicia-se com a ampla divulgação do edital que precede a inscrição dos programas que são avaliados por um comitê especialista na área de atendimento ao idoso. São selecionadas 14 experiências anualmente. A seleção obedece aos seguintes critérios:

10 MOREIRA, Eduardo. Desigualdade & caminhos para uma sociedade mais justa. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira. 2019. Páginas 77, 78 e 130.

11 BRASIL. FIOCRUZ. Saúde da Pessoa Idosa. Disponível em: <https://saudedapessoaidosa.fiocruz.br/>. Acesso em: 22 de abril de 2019.

1. Alinhamento com princípios e diretrizes do SUS com a Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa e as diretrizes para organização da Rede de Atenção à Saúde;
2. Caráter inovador;
3. Reprodutibilidade em outras realidades;
4. Relevância dos resultados.

As experiências exitosas são em sua grande maioria voltadas para o atendimento à saúde do idoso, compreendem o atendimento básico, o programa de atendimento à saúde da família, a adoção da caderneta de acompanhamento ao idoso, o serviço de prevenção a doenças que comprometem a qualidade de vida do idoso, evitando internações desnecessárias e o risco aumentado de vida por doenças oportunistas.

A Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa – do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos é o órgão federal responsável por elaborar as políticas públicas de assistência ao idoso, enfatizando o apoio aos Centros de Convivência do Idoso e sua proteção para diminuição da violência contra as pessoas idosas.

Enfatiza-se o papel dos Conselhos Nacional, Estaduais e Municipais do idoso, que foram estabelecidos através da Lei nº 8842/94 (Política Nacional do Idoso)¹² e têm como principais tarefas a supervisão, o acompanhamento, a fiscalização e a avaliação da política nacional do idoso, em cada esfera de governo, consolidando a participação da sociedade junto ao Estado.

3. A SEGURIDADE SOCIAL COMO POLÍTICA DE PROTEÇÃO

A seguridade social é formada pela atuação do governo e de entidades não governamentais, para garantir o direito a uma renda mínima às pessoas carentes, através da formação de políticas públicas.

12 BRASIL. Lei nº 8842 de 4 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8.htm. Acesso em: 22 de abril de 2019.

Para garantir a proteção em situações que envolvam o risco social, foi criada a Seguridade Social. Esse sistema protetivo é firmado no pilar da proteção social, universal e solidária, buscando assegurar a todos uma proteção e assistência sociais dignas.

As linhas de ação da política de atendimento:

- a) políticas sociais básicas (Lei nº 8842/94- Política Nacional do Idoso);
- b) políticas e programas de assistência social aos necessitados;
- c) serviços especiais de prevenção e atendimento às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão;
- d) serviço de identificação e localização de parentes e responsáveis pelos idosos abandonados em hospitais e instituições de longa permanência;
- e) proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos dos idosos;
- f) mobilização da opinião pública com a participação de vários segmentos da sociedade¹³.

A Constituição de 1988, quando trata da questão de Seguridade Social, prevê um comprometimento do Poder Público e da sociedade para a manutenção dessas políticas. O artigo 194 da Constituição de 1988:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - Universalidade da cobertura e do atendimento;

II - Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

¹³ DINIZ, Fernanda Paula. Direitos dos Idosos na perspectiva civil- constitucional. Belo Horizonte. Arraes Editora, 2011. Pág. 43.

- III - Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- IV - Irredutibilidade do valor dos benefícios;
- V - Equidade na forma de participação no custeio;
- VI - Diversidade da base de financiamento;
- VII - Caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.¹⁴ (grifo nosso)

No artigo 194, restaram descritos os objetivos da seguridade social. Ela transcende a responsabilidade do poder público e chama solidariamente a sociedade a participar na elaboração das políticas públicas, cabendo ao poder público a organização, formalização e gestão dos recursos destinados orçamentariamente à previdência social e à assistência social.

A seguridade social busca proporcionar aos residentes no país o amparo financeiro para a manutenção de uma vida digna ao segurado e sua família, atendendo as necessidades surgidas na vida, podendo abranger o auxílio a maternidade, a velhice, a doença, em caso de acidente, em casos de morte, de reclusão e de pobreza (que impossibilite a manutenção da vida digna do idoso ou dos portadores de deficiência). As ações das entidades governamentais e não governamentais serão fiscalizadas pelos Conselhos do Idoso, Ministério Público e pelos órgãos de vigilância sanitária que visam a zelar pelas condições de saúde pública do local.

O Sistema de Seguridade Social assegurou de forma organizada a proteção do indivíduo contra os chamados riscos sociais ou riscos de existência. Assegurar nesse caso prevê a obrigação estatal de criar instrumentos e medidas que efetivem os direitos sociais, principalmente a previdência social, que não se configura apenas como uma proteção individual, mas que atinge a uma sociedade como um todo.

14 BRASIL. Constituição da República Federativa. 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/con. Acesso em: 21 de junho de 2020.

Para que haja uma efetiva proteção da vida humana, é importante a prestação positiva do Estado em relação ao direito a saúde nos diversos aspectos: saúde física e psíquica.

Na visão de Sá apud Diniz¹⁵, a dignidade deve aliar duas dimensões ao seu conceito: a biológica e a biográfica, que é pertinente ao campo dos valores, crenças e opções. A dimensão biológica compreende o direito à vida, que inclui: a proibição à tortura e ao tratamento degradante, sendo vedado qualquer tipo de discriminação em função da idade, considerando a questão do tratamento à saúde.

A redistribuição de renda oriunda da previdência social busca corrigir as distorções promovidas por uma sociedade desigual. Mesmo aqueles que não contribuíram têm direito a usufruir da proteção ofertada pela contribuição social. Os benefícios não são vinculados diretamente à contribuição. No entanto, o trabalhador contribui compulsoriamente, de acordo com a sua capacidade contributiva, para a manutenção do sistema de assistência social.

Através da previdência social, pode ser feita a redistribuição de renda de acordo com os princípios constitucionais, buscando a justiça social. No que tange ao direito dos idosos à aposentadoria, sendo legitimamente previsto na constituição, tem como importância proteger a vida digna, após a prestação de serviço ou circunstancialmente em casos de inatividade por doença ou incapacidade de caráter definitivo para exercer as funções laborais.

A dignidade humana pode ser definida como a superioridade do homem sobre o bem-estar do universo, acima de todos os outros aspectos. O idoso é titular da dignidade conforme artigo 2º do Estatuto do Idoso.

Art. 2º - O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

15 SÁ, Maria de Fátima Freire de apud DINIZ, Fernanda Paula. Direitos dos Idosos na perspectiva civil-constitucional. Belo Horizonte. Arraes Editora. 2011. Pág 91.

O Brasil como Estado democrático que busca a proteção da dignidade da pessoa humana, conforme descrito no artigo 1º, inciso III da Constituição de 1988, não poderia deixar de trazer essa proteção social aos idosos e incapacitados. A proteção à dignidade da pessoa humana está estabelecida em princípios constitucionais, assim como a proteção ao idoso permeia várias áreas do direito.

Diante dessas necessidades, o artigo 195 da Constituição de 1988 trouxe a responsabilidade do custeio previdenciário para toda a sociedade, através das contribuições dos trabalhadores e das receitas de concursos lotéricos, nos termos da Lei nº 8.212/91, mediante recursos provenientes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de contribuições sociais.

Na visão de Carvalho:¹⁶

As contribuições sociais previstas no artigo 195 da CF/88, à luz da sua finalidade de destinação específica de sua receita (art. 167, IV, CF/88) e sua autorização constitucional expressa, não têm natureza jurídica-contratual, portanto permite-se que a contribuição não seja vista de forma como prestação sinalagmática, onde haveria uma equiparação de direitos e obrigações.

A diversidade da base de financiamento se dá porque a Seguridade Social tem 2 formas de custeio: o direto: através das próprias contribuições sociais (art. 195, CF/88) e da contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público – (PASEP art. 239, CF/88), e indireto: através de receitas orçamentárias da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Em relação às receitas previstas para a manutenção da seguridade social, restou clara a participação integrada entre os entes da federação e a sociedade através das contribuições compulsórias descontadas dos trabalhadores

16 CARVALHO, Marcos Cesar de. Os Direitos Previdenciários da pessoa com deficiência e dos idosos e sua inclusão social. 2017. Lumen Juris. Rio de Janeiro. Pág. 25.

e a contrapartida patronal. Vê-se que o custeio referente às políticas públicas de assistência social foi elaborado de forma a criar uma solidariedade e uma participação de todos na manutenção dessas políticas. Por ser de cunho constitucional, devido à relevante importância dessas políticas, o legislador estabeleceu na lei maior de que forma seriam construídas essas políticas.

O artigo 196 da Constituição de 1988 trouxe o direito à saúde como sendo universal e uma prestação positiva do Estado.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.¹⁷

A regulamentação dos artigos da Constituição de 1988 através da Lei nº 8212/91 – LOAS, devido à importância da matéria, já foi estabelecida na EC nº 20/98, que fez a reforma da previdência, na qual foram alterados os cálculos de aposentadoria por idade e por tempo de serviço, criando regras de transição para os que já estavam contribuindo antes da edição de EC nº 20/98. Em 7 de maio de 2015, foi aprovada uma nova PEC, conhecida como a PEC da bengala, que estabeleceu a idade de aposentadoria compulsória para 75 anos, ampliando para os servidores públicos a possibilidade de permanecer no exercício de suas funções laborais até completar essa idade limite.

Faz-se necessário traçar a diferença legal entre previdência social e assistência social. Embora ambos componham a Seguridade Social, os objetivos são diferentes. A previdência social, nos termos do artigo 3º da Lei nº 8212/91, que trata da organização e do custeio da seguridade, denominada Lei Orgânica da Seguridade Social - LOAS¹⁸:

17 BRASIL. Constituição da República Federativa. 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 21 de junho de 2020.

18 BRASIL. Lei nº 8212/91. Lei Orgânica de Assistência Social. Estabelece a organização e o plano de custeio da seguridade social. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18212cons.htm. Acesso em: 22 de abril de 2019.

Artigo 3º A Previdência Social tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, idade avançada, tempo de serviço, desemprego involuntário, encargos de família e. reclusão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.

3.1. Da importância da Lei Orgânica de Assistência Social e a proteção ao idoso

O objetivo da Assistência Social foi estabelecido no artigo 4º da Lei nº 8212/91, trazendo a principal distinção entre eles que é a não necessidade contributiva para fazer jus ao benefício, bastando estar enquadrado nas características previstas na LOAS:

Art. 4º A Assistência Social é a política social que provê o atendimento das necessidades básicas, traduzidas em proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice e à pessoa portadora de deficiência, independentemente de contribuição à Seguridade Social.

Parágrafo único. A organização da Assistência Social obedecerá às seguintes diretrizes:

- a) descentralização político-administrativa;
- b) participação da população na formulação e controle das ações em todos os níveis.¹⁹

O sistema previdenciário brasileiro é dividido em 3 regimes: o RGPS - Regime Geral de Previdência Social, o RPPS – Regime Próprio de Previdência Social (estatutários) e o RPC – Regime de Previdência Complementar.

O RGPS foi estabelecido no artigo 201 da CRFB e é responsável pela proteção aos servidores do setor privado, dos autônomos e, dentro da administração pública, abarca os servidores ocupantes de cargos comissionados,

¹⁹ Idem.

os contratos por prazo determinado e os servidores celetistas das empresas públicas e sociedades de economia mista.

Esses servidores não fazem parte dos Regime Jurídico Único por conta da natureza da contratação, que não é de provimento efetivo da administração pública.

O RPPS tem o objetivo de garantir no mínimo os benefícios de aposentadoria e pensão para os servidores do regime. Existe uma possibilidade prevista em lei, que, caso o município não tenha Regime Próprio, pode optar para a adesão obrigatória e compulsória ao RGPS.

Destaca-se que o artigo 202 da CRFB criou o RPC – Regime de Previdência Complementar. O regime é facultativo e pretende constituir reservas que garantam o benefício futuro.

A EC nº 103/19 foi objeto de discussões no plenário, na sociedade e nos meios de comunicação. A principal alegação para essa reforma é a impossibilidade orçamentária de o governo manter o sistema nos termos atuais. Tendo em vista que cabe ao poder público e à sociedade a manutenção do sistema de assistência social, é saudável a participação popular nas discussões e mudanças propostas. A participação dos Conselhos de Assistência Social na elaboração dos planejamentos estratégicos e na verificação dos investimentos é fundamental para uma política transparente.

A política pública de assistência social foi uma conquista popular na construção do Estado democrático de direito.

4. A CONSTRUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS PARA ATENDER AS NECESSIDADES FUNDAMENTAIS DOS IDOSOS

A criação do Instituto de Seguridade Social do Brasil – ISSB, deu-se com o objetivo de centralizar o amparo previdenciário aos brasileiros e estrangeiros que exercem atividade profissional, uma vez que várias categorias já haviam criado os seus fundos ou caixas de amparo. Através desse Decreto,

esperava-se uniformizar as ações dos institutos. Embora criado, o ISSB não chegou a ser implantado.

A Lei Orgânica da Previdência Social voltou a ser discutida pelo Poder Legislativo em 1947, mas sua regulamentação deu-se apenas em 1960, em conjunto com o Regulamento Geral da Previdência Social.

Com essa aprovação, foi ampliada a seguridade facultativa aos autônomos e profissionais liberais inscritos no sistema e compulsória aos empregados, através da inscrição pelos seus empregadores.

A versão da Lei Orgânica aprovada em 1960 necessitou de alterações, que foram feitas através de dois decretos-lei, de números 66²⁰ e 72²¹, de 1966. Nesses decretos, ocorreu a fusão de seis institutos de aposentadoria e pensão que foram criados anteriormente para amparar determinadas categorias. Essa fusão universalizou o tratamento das categorias e seus beneficiários, reduzindo os custos de manutenção e ampliando os benefícios.

O decreto-lei nº 66 estabeleceu quem seriam os segurados e seus dependentes, bem como quais seriam as coberturas. Para gozar dos benefícios de segurado, é necessária a inscrição no cadastro da previdência e o recolhimento dos valores. Os cálculos dos benefícios tomarão por base o salário-benefício, ou seja, a média dos 12 últimos meses que antecederem ao evento.

A proteção deu-se primeiramente para os trabalhadores urbanos, sendo estendida posteriormente aos autônomos e trabalhadores liberais inscritos na previdência e que atuassem em profissões reconhecidas por lei.

No primeiro momento, não houve uma universalização da previdência, e os trabalhadores rurais foram reconhecidos como categoria profissional

20 BRASIL. Decreto-lei nº 66 de 1966. Altera disposições da Lei nº 3607/60, e dá providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decretoi/Del0066.htm#:~:text=Del0066&text=DECRETO%2DLEI%20N%C2%BA%2066%2C%20DE,1960%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias.. Acesso em: 22 de abril de 2020.

21 BRASIL. Decreto-lei nº 72 de 1966. Unifica os Institutos de Aposentadoria e Pensões e cria o Instituto Nacional de Previdência Social. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0072.htm#:~:text=Del%2072&text=DECRETO%2DLEI%20N%C2%BA%2072%2C%20DE,lhe%20C3%A9%20conferida%20pelo%20art.. Acesso em: 20 de abril de 2019.

através da Lei nº 4214/63²², que criou o Estatuto do Trabalhador Rural, que foi revogado pela Lei nº 5889/73,²³ e instituiu as normas regulamentadoras do trabalho rural. No entanto, a proteção previdenciária dos trabalhadores rurais deu-se com a criação do Programa de Assistência ao Trabalhador Rural - PRORURAL, pela Lei Complementar nº 11/1971²⁴, que seria executado através do Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural - FUNRURAL, autarquia federal à qual coube a execução do referido programa. Nos termos do artigo 2º da Lei Complementar nº 11 de 1971, foram previstos os benefícios de proteção ao trabalhador rural e seus dependentes.

Nesse momento, o governo decidiu pela separação da gestão urbana e rural, tendo inclusive receitas diferentes compondo os seus fundos:

O PRORURAL era custeado a semelhança do INPS, com contribuições residuais do governo. Entretanto, as contribuições do setor privado diferiam: elas incidiam pelo valor comercial dos produtos rurais e sobre a folha salarial das empresas urbanas. Os benefícios coincidiam com os valores concedidos pelo INPS, embora sujeitos a tetos menores no caso da aposentadoria.²⁵

Através da Lei nº 6.349/77, o governo criou o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social – SINPAS, que foi uma grande modificação dentro do sistema previdenciário. Esse sistema buscou a unificação de vários programas de assistência social, que ficaram submetidos ao então Ministério da Previdência Social.

A Lei nº 6.349/77 trouxe a previsão de uma nova organização administrativa da Previdência Social através do SINPAS, modificando o INPS

22 BRASIL. Lei Nº 4214/1963. Criou o Estatuto do Trabalhador Rural (revogado) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil>. Acesso em: 22 de junho de 2020.

23 BRASIL. Lei Nº 5889 de 9 de junho de 1973. Regulamentou as normas do trabalho rural. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil>. Acesso em: 22 de junho de 2020.

24 BRASIL. Lei Complementar Nº 11 de 25 de maio de 1971. Criou o PRORURAL Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil>. Acesso em: 22 de junho de 2020.

25 FARO, Clóvis. Previdência social no Brasil: diagnósticos e sugestões de reformas. Clovis de Faro, organizador; Hélio Portocarrero de Castro ... [et. al.] .-Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getulio Vargas, 1993. Pág. 8.

e se tornando responsável pelo pagamento dos benefícios em dinheiro a todos os segurados urbanos, rurais, servidores do Estado não estatutários, bem como aos idosos e inválidos. Através da referida lei, buscou-se separar os serviços de assistência médica (INAMPS) da gestão financeira e patrimonial do sistema (IAPAS).

4.1. A seguridade social na Constituição de 1988

A Constituição de 1988, pelo artigo 194, trouxe um caráter universal à previdência social, discriminando a previdência da assistência social na questão previdenciária e assistencial, nos seguintes termos:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - **diversidade da base de financiamento, identificando-se, em rubricas contábeis específicas para cada área, as receitas e as despesas vinculadas a ações de saúde, previdência e assistência social, preservado o caráter contributivo da previdência social;** (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019) (grifo nosso)

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).²⁶

A universalização da previdência buscou assegurar não só as questões previdenciárias, mas também as ações de saúde e de assistência social. A Constituição assegurou direitos sociais expressos no artigo 6º da Carta Magna:

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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015).

Com a finalidade de assegurar a todos o atendimento integral, universal e solidário, a Constituição Cidadã trouxe a previsão de assistência social e previdência, visando a reduzir as desigualdades, devendo ser realizadas de forma compartilhada entre o Poder Público e a sociedade.

A previsão constitucional buscou o amparo financeiro para manter a dignidade e a manutenção da vida dos segurados e de suas famílias em situações em que a maternidade, a velhice, o acidente, a doença, a prisão, a invalidez ou mesmo a morte do segurado ameaçam a subsistência familiar.

Apesar das dificuldades para a manutenção do sistema, existe um caráter compulsório na manutenção do custeio. Cada um contribui na medida de sua remuneração, existindo a parte do empregado e a do empregador, sendo o não repasse dos valores retidos do empregado a título de contribuição previdenciária considerado, nos termos da lei, apropriação indébita, uma vez que os valores não pertencem ao empregador, e sim ao percentual contributivo do empregado.

26 BRASIL. Constituição da República Federativa. 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 21 de junho de 2020.

O legislador constituinte buscou através da previdência social promover uma redistribuição de renda, garantindo, pelo pagamento de benefícios, a manutenção de inúmeras famílias que ficaram em situação de vulnerabilidade.

A Constituição de 1988 estabelece a solidariedade, tendo em vista que o sistema prevê o compartilhamento das receitas, através das contribuições, devendo o sistema previdenciário ter condições de manter-se intergeracionalmente, uma vez que o sistema deve manter não só os segurados atuais, como os futuros ingressantes no mercado de trabalho.

Há de se enfatizar a participação social na gestão previdenciária conforme prevista no inciso VII do artigo 194, que foi inserido através da EC nº 20 de 1998:

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

Em cumprimento ao previsto no referido inciso, salienta-se a importância do Conselho Nacional de Previdência Social – CPAS – no cumprimento da participação popular. Tendo em vista a repartição da responsabilidade previdenciária, coube aos Estados, Municípios e Distrito Federal a criação e o gerenciamento de seus conselhos de assistência social, que desempenham um efetivo papel no planejamento e na gestão das políticas públicas desenvolvidas, bem como, a fiscalização dos investimentos.

Os Conselhos também fiscalizam a gestão dos fundos de assistência social, culminando numa gestão compartilhada, transparente e responsável, com a participação de representantes nomeados pelo Poder Executivo, por ele indicados, pelo Poder Legislativo e pela sociedade civil organizada, de forma paritária, buscando, dessa forma, a efetivação dos direitos sociais previstos na Constituição Federal.

A participação popular é fundamental, tendo em vista a ineficácia nas prestações positivas do Estado. Por ser a previdência uma corresponsabilidade entre o poder público e a sociedade, todos são chamados a compartilhar e contribuir para a sua manutenção.

4.2. Aspectos orçamentários da Seguridade Social

O *caput* do artigo 194 da Constituição de 1988 trouxe a integração de três ações, com responsabilidade compartilhada entre o Poder Público e a sociedade, que deu ensejo a um capítulo específico, denominado de Título VII – Da Ordem Social, abrangendo as proteções à Saúde, à Previdência e à Assistência Social.

Os princípios estabelecidos no *caput* do artigo 194 têm caráter geral e devem ser observados nas três frentes estabelecidas.

Figura 5 – Divisões da Seguridade Social



Elaborada pela autora

Fonte: CF/88

As ações integradas estão previstas nos direitos sociais e seu cumprimento depende de uma prestação positiva do Estado, ou seja, do cumprimento de políticas públicas de assistência social. Visando ao atendimento dessas políticas públicas, faz-se necessário o planejamento das ações através do Plano Plurianual – PPA, que estabelece metas a longo prazo, por um período de 4 (quatro) anos, aprovado no segundo ano de governo e vigendo até o primeiro ano do mandato subsequente. A regulamentação do PPA prevista no art. 165 da Constituição de 1988:

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

I - o plano plurianual; (grifo nosso)

II - as diretrizes orçamentárias;

III - os orçamentos anuais.

§ 1º A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.²⁷

No entanto, o parágrafo 1º do artigo 165 necessitava de regulamentação para estabelecer os parâmetros de elaboração do PPA. Inicialmente, essa regulamentação deu-se pelo Decreto nº 2829/1998²⁸, que elaborou normas de execução do PPA e dos Orçamentos da União, posteriormente revogado pelo Decreto nº 10179/19²⁹. Embora tenha regulamentação em vigor, a LRF traz em seguida a seguinte transcrição: “art. 5º O projeto de lei orçamentária anual, elaborado de forma compatível com o plano plurianual, com a lei de diretrizes orçamentárias e com as normas desta Lei Complementar”.³⁰

Dessa forma, deixou expressa a necessidade de vinculação entre os instrumentos de planejamento orçamentário. Os instrumentos de planeja-

27 BRASIL. BRASIL. Constituição da República Federativa. 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 21 de junho de 2020.

28 BRASIL. Decreto Nº 2829 de 29 de outubro de 1998. Estabelece normas para a elaboração e execução do Plano Plurianual e dos Orçamentos da União e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2829.htm. Acesso em: 22 de abril de 2019.

29 BRASIL. Decreto Nº 10179 de 18 de dezembro de 2019. Declara a revogação, para os fins do disposto no art. 16 da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, de decretos normativos. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2019/decreto-10179-18-dezembro-2019-789615-norma-pe.html>, Acesso em: 20 de abril de 2019.

30 BRASIL. Lei Nº 101/00. Estabelece 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: 20 de abril de 2019.

mento devem interligar-se. Assim, restou descrito que as despesas a longo prazo devem estar previstas no PPA.

Outro instrumento que define metas a curto prazo, ou seja, por um período anual, é a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO –, que também foi criada pela LRF³¹ e antecede o envio do outro instrumento orçamentário, denominado Lei Orçamentária Anual – LOA.

A LOA foi o instrumento criado pela Lei nº 4320/64³² para estabelecer os recursos financeiros a serem despendidos para a manutenção e, na Constituição de 1988, teve seu papel operacional e técnico reafirmado.

A LRF estabelece que o orçamento deve manter o equilíbrio entre receita e despesa. É no Orçamento que o cidadão identifica a destinação dos recursos que o governo recolhe sob a forma de impostos e a forma de sua aplicação. Nenhuma despesa pública pode ser realizada sem estar prevista orçamentariamente.

O Orçamento Público é aprovado por lei, contendo a previsão de receitas e a estimativa de despesas a serem realizadas por um governo e por um período de um ano. Cabe ao Poder Executivo a elaboração correta do instrumento, contemplando todos os programas e projetos a serem desenvolvidos. Convém salientar que o projeto de orçamento enviado pelo Poder executivo pode sofrer emendas do Poder Legislativo antes da sua aprovação.

O Orçamento governamental é constituído de três peças: o Orçamento Fiscal, o **Orçamento da Seguridade Social** (grifo nosso) e o Orçamento de Investimento das Empresas Públicas. O custeio da Seguridade Social é uma matéria muito relevante. Por isso o legislador determinou que seu orçamento seja elaborado por uma peça específica, que pelo princípio da unidade, compõe um único orçamento.

O Orçamento de Seguridade Social, conforme estabelecido na Constituição, deve ter as receitas compreendidas entre as contribuições sociais

31 BRASIL. Lei Nº 101/00. Estabelece 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: 20 de abril de 2019.

32 BRASIL. Lei Nº 4320/64. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm. Acesso em: 22 de abril de 2019.

que têm como origem o custeio das atividades de seguridade social e as que têm como finalidade as áreas de saúde, previdência e assistência social e também compõem a receita da seguridade social as demais receitas previstas para o custeio da atividade, sendo elas, as que integram as unidades orçamentárias do Ministério da Saúde, da Previdência Social, da Assistência Social, bem como, o Fundo de Amparo ao Trabalhador ligado ao Ministério do Trabalho, e ainda, as receitas que compõem o orçamento da seguridade social por força legal.³³

A Constituição de 1988 estabeleceu no artigo 195 as receitas que compõem o orçamento da Seguridade Social.

Compõem o orçamento da Seguridade Social as contribuições sociais de todos os entes da federação, bem como as contribuições dos empregados e dos empregadores, dos autônomos e profissionais liberais, do faturamento e do lucro das empresas e a receita arrecadada nos jogos lotéricos. Dessa forma, verifica-se que a previsão do orçamento da seguridade social não é só feita por contribuição dos trabalhadores, mas depende de um esforço coletivo da sociedade.

A reforma da previdência foi conclamada como a única saída para sanear o déficit previdenciário em manter a saúde do fundo de previdência única. No entanto, o mesmo estudo descreve como o total da dívida ativa previdenciária dos devedores o equivalente a R\$ 37,9 bilhões.³⁴

Com as alterações de pastas do governo federal, o Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS – é uma autarquia que foi criada em 1990 através do Decreto nº 99.350, a partir da fusão do Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social – IAPAS com o Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, como autarquia vinculada ao Ministério da Previdência Social. No entanto, atualmente

33 BRASIL. Orçamento da Seguridade Social. 2012. Disponível em: www.planejamento.gov.br/receitas-publicas/ementario_2012_anexo_2. Acesso em: 21 de dezembro de 2019.

34 Idem, pág. 4.

encontra-se vinculado ao Ministério da Economia, após a extinção do Ministério da Seguridade Social.³⁵

A extinção do Ministério de Seguridade Social e a vinculação do orçamento da previdência fortaleceram os esforços no sentido de realizar a reforma da previdência, que foi aprovada através da EC nº 103/2019³⁶, denominada de Lei de Responsabilidade Previdenciária, em 12 de novembro de 2019, e estabeleceu novos parâmetros para a previdência social e para a concessão dos benefícios previdenciários, tanto para o regime único quanto para o regime próprio da previdência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição de 1988 estabeleceu a proteção especial aos idosos em face da vulnerabilidade desse grupo na sociedade. O envelhecimento da população e as dificuldades para a manutenção de uma vida digna, através da proteção ao mínimo existencial, trouxeram ao Estado a responsabilização na formação das políticas públicas de assistência social.

O envelhecimento da população trouxe a necessidade de proteção à saúde e de concessão de uma renda mínima para a manutenção desse grupo social. O envelhecimento, embora um processo biológico, gera uma série de cuidados, que são compartilhados entre o Estado, a sociedade e a família.

O Estatuto do idoso promoveu a regulamentação ao artigo 230 da Constituição Federal, trazendo o conceito de proteção integral, em que o principal objetivo é a manutenção do bem-estar e o convívio social do idoso.

A vulnerabilidade do idoso, principalmente por terem problemas de saúde, compromete a renda e impossibilita que eles exerçam atividades laborais. A Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS – trouxe a proteção

35 BRASIL. Governo Federal. Portal da Transparência. Disponível em: www.gov.br/pt-br/#acesso-informacao. Acesso em: 22 de dezembro de 2019.

36 BRASIL. Emenda Constitucional nº 103/2019. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 22 de dezembro de 2019.

de assistência social aos que necessitam de uma renda mínima, independentemente de contribuição anterior à previdência.

Cabe ao Estado a elaboração e a efetivação das Políticas Públicas de Assistência social. A relevância da matéria é tão grande, que o orçamento da Seguridade Social é um instrumento que inclui a saúde, a previdência social e a assistência social. A manutenção das políticas públicas de assistência social foi feita pela LOAS e tem a responsabilidade compartilhada pelos entes da federação, cabendo a cada um deles, através do Conselho de Assistência Social, a elaboração e o acompanhamento dessas políticas públicas.

Cabe aos municípios a execução dos projetos de inclusão dos idosos, e ao INSS, a concessão do benefício da LOAS, que obedece a critérios claramente estabelecidos em lei. A proteção do idoso é um dever do Estado, compartilhado com a sociedade e a família, sendo fundamental o controle social das políticas públicas que buscam a proteção do idoso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA, Camila; BORGES, Leticia. O direito fundamental a envelhecer com dignidade. *Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência*. 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/313740741_O_Direito_Fundamental_A_Envelhecer_Com_gnidade/download. Acesso em: 22 de abril de 2019. DOI: 10.21902/2525-9865/2016.v2i2.1228.

BRASIL. BRASIL. Constituição da República Federativa. 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constiuciao/constituicao.htm Acesso em: 21 de junho de 2020.

BRASIL. Decreto Nº 10179 de 18 de dezembro de 2019. Declara a revogação, para os fins do disposto no art. 16 da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, de decretos normativos. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2019/decreto-10179-18-dezembro-2019-789615-norma-pe.html>, Acesso em: 20 de abril de 2019.

BRASIL. Decreto Nº 2829 de 29 de outubro de 1998. Estabelece normas para a elaboração e execução do Plano Plurianual e dos Orçamentos da União e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2829.htm. Acesso em: 22 de abril de 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 66 de 1966. Altera disposições da Lei nº 3607/60 e dá providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decretoi/Del0066.htm#:~:text=Del0066&text=DECRETO%2DLEI%20N%C2%BA%2066%2C%20DE,1960%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias.. Acesso em: 22 de abril de 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 66 de 1966. Altera disposições da Lei nº 3607/60 e dá providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decretoi/Del0066.htm#:~:text=Del0066&text=DECRETO%2DLEI%20N%C2%BA%2066%2C%20DE,1960%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias.. Acesso em: 22 de abril de 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 72 de 1966. Unifica os Institutos de Aposentadoria e Pensões e cria o Instituto Nacional de Previdência Social. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0072.htm#:~:text=Del%2072&text=DECRETO%2DLEI%20N%C2%BA%2072%2C%20DE,lhe%20%C3%A9%20conferida%20pelo%20art.. Acesso em: 20 de abril de 2019. BRASIL. Emenda Constitucional nº 103/2019. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. 2019.

BRASIL. FIOCRUZ. Saúde da Pessoa Idosa. Disponível em: <https://saudedapessoaidosa.fiocruz.br/>. Acesso em: 22 de abril de 2019.

BRASIL. Governo Federal. Portal da Transparência. Disponível em: www.gov.br/pt-br/#acesso-informacao. Acesso em: 22 de dezembro de 2019.

BRASIL. Lei Nº 101/00. Estabelece 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: 20 de abril de 2019.

BRASIL. Lei nº 10741 de 1º de outubro de 2003. Institui o Estatuto do Idoso. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm. Acesso em: 22 de abril de 2019.

BRASIL. Lei Nº 13466 de 12 de julho de 2017. Altera os artigos 3º, 5º e 71 do Estatuto do Idoso. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13466.htm#art2. Acesso em: 22 de abril de 2019.

BRASIL. Lei Nº 4320/64. Estatuí Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm. Acesso em: 22 de abril de 2019.

BRASIL. Lei nº 8212/91. Lei Orgânica de Assistência Social. Estabelece a organização e o plano de custeio da seguridade social. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm. Acesso em: 22 de abril de 2019

BRASIL. Lei nº 8842 de 4 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8.htm. Acesso em: 22 de abril de 2019.

BRASIL. Orçamento da Seguridade Social. 2012. Disponível em: [www.planejamento.gov.br › receitas-publicas › ementario_2012_anexo_2](http://www.planejamento.gov.br/receitas-publicas/ementario_2012_anexo_2). Acesso em: 21 de dezembro de 2019.

BRASIL. PDL nº 863/2017. Aprova o texto da Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos, concluída no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), celebrada em Washington, em 15 de junho de 2015. Disponível em: <https://www.camara>.

leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2164910&ord=1.
Acesso em: 22 de abril de 2019.

CARVALHO, Marcos Cesar de. Os Direitos Previdenciários da pessoa com deficiência e dos idosos e sua inclusão social. 2017. Lumen Juris. Rio de Janeiro. Pág. 25.

DINIZ, Fernanda Paula. Direitos dos Idosos na perspectiva civil-constitucional. Belo Horizonte. Arraes Editora. 2011. Pág. 43.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emen- das/emc/emc103.htm. Acesso em: 22 de dezembro de 2019.

MOREIRA, Eduardo. Desigualdade & caminhos para uma sociedade mais justa. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira. 2019. Páginas 77, 78 e 130.

ONU. A ONU e as pessoas idosas. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/pessoas-idosas/> Acesso em: 22 de abril de 2019.

ONU. Decreto nº 592 de 6 de julho de 1992. Declaração Universal dos Direitos Humanos: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 22 de abril de 2019.

SÁ, Maria de Fátima Freire de *apud* DINIZ, Fernanda Paula. Direitos dos Idosos na perspectiva civil-constitucional. Belo Horizonte. Arraes Editora. 2011. Pág 91.

GRUPOS REFLEXIVOS PARA AUTORES DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: “ISSO FUNCIONA?”

Cecília Teixeira Soares

Doutorado em Psicologia - Programa de Pós-Graduação em Psicologia PPGP/UFRJ. Mestrado em Psicossociologia de Comunidades e Ecologia Social EICOS/ UFRJ. Graduação em Psicologia pela Universidade Santa Úrsula.

Hebe Signorini Gonçalves

Graduada em Psicologia pela Universidade de São Paulo. Mestre e Doutora em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Professora do Instituto de Psicologia da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Membro do Núcleo Interdisciplinar de Pesquisas sobre a Infância e Adolescência Contemporâneas. Membro do Laboratório Interdisciplinar de Estudos e Intervenção em Políticas Públicas de Gênero. Professora do Programa de Pós-Graduação em Psicologia da UFRJ. Professora do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas em Direitos Humanos do NEPP-DH/UFRJ.

Recebido em: 28/09/2020

Aprovado em: 18/10/2020 e 20/08/2020

RESUMO: Entre as inovações da Lei Maria da Penha está a possibilidade de encaminhamento de homens autores de violência contra a mulher a grupos reflexivos. Uma das principais questões no debate acerca desses serviços refere-se à escassez de estudos de avaliação da sua eficácia. Visando contribuir para o conhecimento sobre os resultados dessas intervenções, foi realizada uma pesquisa qualitativa centrada na análise das falas de homens autores de violência entrevistados após sua participação no ciclo de oito encontros de um grupo reflexivo no I Juizado da Violência Doméstica e Familiar

contra a Mulher do Rio de Janeiro. As entrevistas foram gravadas, transcritas e analisadas pelo método da Análise Temática. As falas dos entrevistados são as mesmas encontradas em outros estudos sobre intervenções com autores de violência. Inicialmente os homens sentem-se injustiçados, demonstram estranhamento por estarem cumprindo uma pena, não se reconhecendo como criminosos, e sim vítimas das mulheres que os denunciaram. Ao longo dos encontros, vão atribuindo novos sentidos à participação no grupo, valorizando a troca de informações, o contato com outros homens e com as coordenadoras. Referem mudanças e apontam o aprendizado de estratégias para lidar com situações de estresse e conflito de forma não violenta. Os grupos reflexivos revelam-se espaços potentes para propiciar aos participantes a oportunidade de desnaturalizar a violência nas relações de gênero. As conclusões destacam a importância da inclusão dessas intervenções na política de enfrentamento da violência e sua articulação com os serviços e programas de atendimento a mulheres.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha; violência contra a mulher; homens autores de violência; masculinidades; grupos reflexivos

ABSTRACT: Among the innovations brought by the Maria da Penha Law is the possibility of directing men who commit violence against women to discussion groups. One of the main issues presented in the discussion on these services relates to the lack of assessment studies on their efficiency. Aiming to contribute to the disclosure of the results of these interventions, a qualitative research was conducted focusing on speech analysis with men perpetrators and who were interviewed after having attended eight meetings of a discussion group of the 1st Domestic and Family Violence Court, in Rio de Janeiro. The interviews were recorded, transcribed and analyzed by the Thematic Analysis method. The men's speeches are the same that can be found in other studies on interventions with men perpetrators. Initially, these men feel they have been wronged, they feel strange for serving a sentence. They don't see themselves as perpetrators, but rather as victims of the women who charged them. Throughout the meetings,

they start seeing their participation in the group differently, appreciating the information exchange and the contact with other men and the coordinators. They mention changes and strategies learned to handle stressful and conflict situations in a non-violent manner. Discussion groups prove to be powerful spaces that provide attendants with opportunities to denaturalize gender violence. The conclusions reached emphasize the importance of including these interventions in the policy to tackle violence, and articulating them with women assistance services and programs.

Keywords: Maria da Penha Law; violence against women; men perpetrators; masculinities; discussion groups

INTRODUÇÃO

A pesquisa relatada neste artigo foi realizada pela primeira autora no seu doutoramento em Psicologia, com orientação da segunda autora. O estudo caracteriza-se como uma pesquisa qualitativa com o objetivo de analisar os resultados de um modelo de grupo reflexivo para autores de violência doméstica e familiar contra a mulher no Rio de Janeiro.

O projeto foi submetido ao Comitê de Ética em Pesquisa e aprovado, em setembro de 2015, sob o número 49449215.3.0000.5582.

O título do trabalho reproduz uma pergunta usual diante da proposta de intervenção com homens autores de violência: “Isso funciona?”. Na sua simplicidade, a questão traduz tanto a desconfiança em relação à efetividade dos grupos como recurso para enfrentar as diversas formas de violência de gênero, quanto a reconhecida ausência de avaliação dessa estratégia.

AS POLÍTICAS DE ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO NO BRASIL

No Brasil, a reorganização do movimento feminista, no final da década de 1970, emprestou ênfase à desnaturalização da violência contra as mulheres, incentivando a denúncia dos crimes. A bandeira “quem ama não

mata” era a resposta do movimento aos homicídios de mulheres cometidos sob a alegação de amor e ciúmes.

Diniz (2006) considera um acerto dos movimentos feministas a estratégia de afirmação política de que “a violência contra a mulher é injusta e inadmissível”. Nas décadas de 1980 e 1990, as feministas conseguem pautar essa questão na agenda das políticas públicas, da legislação e da produção acadêmica. Na legislação internacional, por força desses movimentos, as mulheres passam a ser reconhecidas como sujeitos de direitos, em especial no que diz respeito ao direito à vida sem violência. No ano de 1975, proclamado pela ONU como o Ano Internacional da Mulher, foi realizada no México a I Conferência Mundial sobre a Mulher, da qual resultou a elaboração da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres – CEDAW¹, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em dezembro de 1979. Esse foi o primeiro instrumento internacional de direitos humanos especificamente voltado para a proteção das mulheres.

A questão da violência baseada no gênero foi incorporada pela CEDAW em 1992. E os documentos da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos da ONU, realizada em Viena em 1993, explicitam que a violência contra mulheres e meninas constitui violação dos direitos humanos e deve ser erradicada. O compromisso com os direitos humanos das mulheres é reafirmado pelas Nações Unidas na Conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento – realizada no Cairo, em 1994 – e na IV Conferência Mundial sobre a Mulher – Beijing, 1995. Também em 1994, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará – retoma a violência de gênero como violação dos direitos humanos. Tendo ratificado todos esses tratados internacionais, o Brasil assume compromissos na promoção e defesa dos direitos humanos das mulheres. As Conferências de Cairo e Beijing enfatizaram a importância da inclusão da população masculina como alvo de políticas públicas para a promoção da equidade de gênero.

¹ A sigla vem do inglês *Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women*.

A criação, na década de 1980, do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM) e dos Conselhos Estaduais foi o primeiro passo para a inclusão do viés de gênero nas políticas públicas brasileiras, visando à promoção da igualdade e à eliminação da violência e da discriminação contra as mulheres. Entendendo a violência como a mais extrema manifestação da desigualdade de gênero, foram criados desde os anos 1980 diversos serviços de orientação e apoio a mulheres.

Com o objetivo de criminalizar essa forma de violência, a Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher - DEAM foi a primeira e principal política pública criada naquela época. O lema de luta do movimento feminista brasileiro nos anos 1980 – “O silêncio é cúmplice da violência” – e a implantação das DEAMs incentivavam mulheres a denunciarem a violência sofrida dentro de casa. O aumento significativo do número de registros deu maior visibilidade a esse tipo de violência, mas logo ficou evidente que o atendimento policial não esgotava os diversos aspectos da violência conjugal, e tornou-se necessária a criação de serviços complementares: casas-abrigo e centros de referência para orientação psicossocial e jurídica. Embora o principal serviço fosse a delegacia, muitas mulheres deixavam claro que não queriam que seus agressores fossem presos.

A busca, pelas mulheres, dos órgãos da Justiça e da Segurança Pública como uma forma de tentar controlar a violência do companheiro é recorrentemente apontada em pesquisas como atitude muito frequente (BRANDÃO, 1997; MUNIZ, 1996; RIFIOTIS, 2008). Mas os pedidos da vítima de “retirar a queixa” por querer dar outra chance ao agressor, ou por não querer prejudicá-lo (leia-se, contribuir para sua prisão), eram muitas vezes atendidos pela delegacia, reforçando a naturalização da violência. Uma das principais críticas às DEAMs era a de que o número de Boletins de Ocorrência era significativamente maior do que o número de inquéritos instaurados, ou seja, as ocorrências não chegavam à Justiça.

A partir de 1995, os crimes com pena privativa de liberdade de até um ano foram definidos como crimes de menor potencial ofensivo, passando a ser tratados no âmbito da Lei 9099/95. A lei, que surge como forma de

desafogar o Poder Judiciário, cria os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, que operam com a conciliação como forma de solucionar conflitos, ou seja, propõem a conciliação entre as partes antes da instauração de uma ação penal propriamente dita. Embora o propósito da lei não fosse tratar especificamente da violência doméstica, estima-se que cerca de 60% dos crimes que chegavam aos Juizados Especiais Criminais – JECRIMs eram de lesão corporal leve e ameaça, cometidos em relações conjugais. Grande parte dos casos de violência conjugal não passava da primeira audiência, ocasião na qual os conciliadores atuavam de forma a convencer a vítima a renunciar ao processo.

Foi nessa época, no âmbito da Lei 9.099/95, que se iniciaram as intervenções com homens autores de violência. A participação nos grupos reflexivos, que visavam “gerar novos comportamentos e novas relações entre homens e mulheres” (MARQUES 2009, p. 115) era uma das possibilidades de medida ou de pena alternativa, isoladamente ou em conjunto com pagamento de multa, cesta básica e prestação de serviços a entidades públicas.

No Rio de Janeiro, no final dos anos 1990, o Instituto Noos passou a realizar esse trabalho em parceria com o Tribunal de Justiça e com o apoio do Conselho Estadual dos Direitos da Mulher (ACOSTA e SOARES, 2011). Paralelamente, o Juizado Especial Criminal de São Gonçalo encaminhava os homens autores de violência ao Centro de Orientação à Mulher Zuzu Angel – CEOM. Vários outros projetos surgiram com base nessas primeiras experiências de grupos reflexivos, mas ainda como iniciativas pontuais, até a promulgação da Lei Maria da Penha (Lei 11.340, 2006), que incorporou em seu texto a intervenção com autores de violência.

A LEI MARIA DA PENHA E AS INTERVENÇÕES COM OS AGRESSORES

Uma importante inovação da Lei 11.340 - Lei Maria da Penha - é possibilitar à autoridade judicial “determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação” (BRASIL, 2006). A implantação desses programas baseia-se nos artigos 35 e 45 da

mesma lei. O art. 35 versa sobre os equipamentos e programas que poderão ser criados pelos entes federativos, nos limites das suas competências. Além dos serviços especializados de atendimento à mulher e de programas e campanhas, o artigo traz a possibilidade de criação de serviços para os agressores, no texto da lei chamados de “centros”, e tendo como funções a “educação e reabilitação”.

Já o art. 45 modifica a Lei de Execução Penal (LEP) (BRASIL, 1984), introduzindo no art. 152 da LEP o parágrafo único que possibilita ao juiz, nos casos de violência doméstica contra a mulher, “determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação”. Apresentam-se, portanto, no texto da lei diferentes denominações para o trabalho com agressores: centros / programas, com objetivos de educação / reeducação / reabilitação / recuperação.

Como resultado do debate promovido em 2008 pela Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República (SPM/PR) com representantes dos governos estaduais, municipais e da sociedade civil, foi publicado o documento Diretrizes Gerais dos Serviços de Responsabilização e Educação do Agressor (BRASIL, 2011), que traz novos conceitos, atribuições e objetivos do trabalho com agressores dentro da Política Nacional de Enfrentamento da Violência contra a Mulher. Passa-se a utilizar a denominação “serviços” para designar o que aparece na lei como centros e programas. Substituindo os termos recuperação / reabilitação / reeducação, utilizados na Lei Maria da Penha, estão agora **educação e responsabilização**, e ainda refere-se genericamente como “agressor” ao autor de violência.

No Rio de Janeiro, há um documento de referência para o desenvolvimento do trabalho com agressores, publicado pelo Tribunal de Justiça através da CEJEM – Comissão Judiciária de Articulação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (EMERJ, 2012). Foi elaborado coletivamente pelas equipes técnicas dos Juizados da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Estado do Rio de Janeiro em um *workshop* promovido pela CEJEM em 2011, com o objetivo de padronizar o funcionamento dos grupos de homens autores de violência. Na primeira

parte, o documento descreve e justifica a proposta de trabalho e, na segunda, apresenta o modelo de “grupo reflexivo”.

A PESQUISA DE CAMPO

O campo de realização da pesquisa foi o I Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – IJVDFM, da Comarca da Capital do Rio de Janeiro. A escolha desse Juizado justifica-se por ter sido o primeiro, no Estado do Rio de Janeiro, a implantar os grupos reflexivos para autores de violência de acordo com a Lei Maria da Penha.

Os grupos são coordenados por duplas de psicólogas e assistentes sociais. Em um primeiro momento, a equipe realiza entrevista individual com os encaminhados, para avaliar se o perfil é adequado ao trabalho em grupo. Além do planejamento e coordenação dos encontros, também são de responsabilidade da equipe o contato, o agendamento de entrevista, o acompanhamento do processo e o atestado de participação.

Em 2016, a situação mais comum para encaminhamento ao grupo era a suspensão condicional da pena, ou *sursis*. Nesses casos, já houve a condenação, e a frequência aos grupos é determinada pela autoridade judicial como uma das condições para a suspensão da pena. Ao final do ciclo de oito encontros dos grupos, a equipe técnica anota no processo a frequência do acusado.

Após mais de uma década da promulgação da Lei Maria da Penha, os resultados dessas intervenções não são amplamente conhecidos, nem há acordo quanto às formas de avaliar os resultados, em termos de indicadores e metodologia de análise.

Nos dois documentos oficiais que orientam o trabalho com autores de violência (BRASIL, 2011; EMERJ 2012), é ressaltada a importância da avaliação. O documento de orientação da CEJEM traz um formulário que deve ser respondido pelos participantes sobre as mudanças nos seus comportamentos e atitudes, no último dia do grupo e 90 dias após o término da atividade. Esse instrumento de avaliação tem como objetivo medir quantitativa

e qualitativamente “a ocorrência de mudança de atitude frente à questão da violência familiar e doméstica praticada contra a mulher, ao final da sua participação nos grupos reflexivos” (EMERJ, 2012, p. 413). Embora o documento afirme que “o trabalho de grupo com homens agressores é reconhecido como um método eficaz para coibir, prevenir e reduzir a reincidência da violência doméstica contra a mulher” (Ibidem, p. 409), nos Juizados não são ainda realizadas avaliações sistemáticas de processo e resultado.

Interessou especialmente a essa pesquisa entender o que está sendo considerado eficaz, e de que forma isso está sendo avaliado. Observa-se que a questão da reincidência é comumente apontada como um dos principais indicadores de resultado, e o sucesso é medido pela diminuição ou ausência de novas denúncias. Esse indicador, embora importante, revela-se frágil e limitado por reduzir as manifestações de violência a crimes passíveis de denúncia e por desconsiderar outros possíveis determinantes – que não a mudança de comportamento dos participantes da intervenção – para não ter havido novas denúncias contra eles (LIMA e GOMES, 2011; SOARES, 2010; TONELI et al, 2010).

A avaliação da eficácia do trabalho está diretamente ligada aos objetivos traçados. Lima e Buchele (2011) apontam a grande diversidade de modelos teóricos utilizados pelos serviços que atuam com HAV². De acordo com a compreensão de cada programa sobre as causas da violência, é escolhido o seu referencial teórico, e isso condiciona os objetivos do trabalho: cessar o comportamento violento, melhorar a autoestima dos homens e contribuir para a transformação das relações de gênero são alguns dos exemplos encontrados.

Os objetivos apresentados nos documentos oficiais (BRASIL, 2011; EMERJ, 2012) de referência para o trabalho com HAV no Estado do Rio de Janeiro são: **conscientização** dos agressores sobre a violência de gênero como uma violação dos direitos humanos das mulheres; **responsabilização** pela violência cometida; **avaliação** e monitoramento em âmbito nacional e

2 HAV é o termo encontrado na literatura para denominação de homens acusados ou autores de violência doméstica e familiar contra a mulher (LIMA E BUCHELE, 2011), que passamos também a utilizar.

local do processo; promoção de **mudanças de atitudes e comportamento** sobre a violência de gênero; tabulação quantitativa e qualitativa da adesão dos participantes ao grupo reflexivo (frequência); e cumprimento da medida judicial.

Ao mesmo tempo, o instrumento de avaliação aplicado aos HAV traz questões que medem exclusivamente a mudança de comportamento. Como já apontado, o resultado do trabalho não pode ser medido exclusivamente pela reincidência, embora a cessação do comportamento violento seja um importante indicador. Para a avaliação dos resultados do trabalho é necessário definir indicadores que correspondam aos objetivos da intervenção.

Objetivos bem mais amplos estão no documento da SPM (BRASIL, op. cit.), que aponta como ações esperadas dos serviços, para além da responsabilização dos HAV, a promoção de atividades preventivas e campanhas que contribuam para a “transformação da masculinidade hegemônica e construção de novas masculinidades” (Ibidem, p.66). Essa foi a primeira (e única) vez que se encontra em documento oficial do órgão gestor das políticas para mulheres a referência ao conceito de masculinidade hegemônica. Ao mesmo tempo em que revela uma incongruência com todo o texto que, a começar pelo título, refere-se ao autor de violência como “agressor”, a introdução, nesse documento, da compreensão das masculinidades como construídas e passíveis de transformações abre novos campos de atuação nas políticas de enfrentamento da violência contra a mulher.

METODOLOGIA

Foram realizadas entrevistas semiestruturadas com 06 homens que participaram dos grupos reflexivos no I Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca da Capital, no Rio de Janeiro. O contato com os homens para convidá-los a participarem da pesquisa se deu, num primeiro momento, pelo telefone. Os números de telefone foram obtidos nas fichas da entrevista individual que a equipe técnica realiza com cada um dos HAV encaminhados pela juíza para participação nos grupos. Da planilha onde constavam as informações dos 1.049 homens que fre-

quentaram os grupos entre 2009 e 2015, selecionamos os primeiros 30 a serem convidados para entrevista, entre aqueles que houvessem concluído a participação há pelo menos 01 ano. Estabelecemos esse critério – o tempo de conclusão transcorrido – por imaginarmos que, falando com HAV cujos processos estivessem concluídos em definitivo, fosse possível acessar mais livremente aquilo que “restou” das discussões nos grupos reflexivos, eventuais recomposições das relações amorosas, mudanças que permitissem examinar os efeitos dos grupos sobre os sujeitos.

A primeira busca envolveu muitas dificuldades e surpresas. Em linhas gerais, o que ocorreu foi que logo identificamos dificuldades de várias ordens para o contato por telefone: número não existe; não atende; não pode receber chamada; desligado; telefone não é mais dessa pessoa. Essa quantidade grande de números inválidos explica-se pelo tempo decorrido desde a realização da entrevista pela equipe técnica para colocação no grupo. Após a entrevista, os autores ficam em fila de espera até serem chamados para começarem a frequentar os grupos. Pela quantidade insuficiente de profissionais para a realização desse trabalho, a espera para colocação no grupo pode ser de meses, ou anos.

Entre os que tinham números válidos, e com quem conseguimos falar, alguns demonstraram enorme desconfiança quanto aos propósitos do nosso contato, e outros nos disseram, de forma mais explícita ou mais velada, que não tinham interesse em participar da pesquisa. Entendemos, portanto, que se a escuta aos homens após a conclusão do processo tem a vantagem de deixá-los mais livres para falar, o fato de não terem mais qualquer obrigação com a Justiça traz o inconveniente do desinteresse em colaborar.

Resolvemos então mudar a forma de aproximação. Em contato com as coordenadoras dos grupos reflexivos, combinamos uma entrada nos momentos finais da última reunião de cada um dos dois grupos que estavam para terminar o ciclo de oito encontros, para apresentarmos a pesquisa e anotarmos os telefones daqueles que se interessassem em participar. Essa nova abordagem facilitou o contato, mas implicou numa mudança importante no projeto, pois tivemos que abrir mão da ideia inicial de entrevistar

homens que tivessem terminado a participação nos grupos há, pelo menos, um ano. Na adaptação do projeto à realidade do campo, resolvemos que seriam, então, realizadas duas entrevistas: uma logo após o fim do grupo, para escutarmos as primeiras impressões e estabelecermos um vínculo, e outra 6 meses após, para verificarmos possíveis mudanças.

Assim, estivemos nos momentos finais da última reunião de dois grupos, em julho de 2016, para apresentarmos a pesquisa aos participantes e solicitarmos sua autorização para entrar em contato pelo telefone e marcar as entrevistas. Dos 24 participantes dos dois grupos, 19 se disponibilizaram. Alguns já declararam que preferiam realizar a entrevista pelo telefone. Ao contarmos todos os que tinham se disponibilizado a conversar conosco, alguns não atenderam ou não retornaram as ligações, outros telefones estavam sempre desligados. Foram realizadas três entrevistas presenciais e três pelo telefone. As entrevistas foram realizadas em um serviço de saúde da UFRJ, local central e de fácil acesso.

O roteiro foi composto por quatro perguntas que permitem que o entrevistado fale livremente e coloque outras questões e informações. As entrevistas presenciais foram gravadas e contaram com a participação de uma dupla de estagiários, que fizeram anotações e depois se responsabilizaram pelas transcrições. As outras três entrevistas foram realizadas por telefone, e gravadas com o programa *call recorder*, com autorização dos entrevistados. As entrevistas foram realizadas em agosto de 2016 (seis homens entrevistados) e fevereiro de 2017 (dois participantes da segunda rodada).

Para a análise do material, foi utilizada a Análise Temática (BRAUN e CLARKE, 2006). Esse método permite identificar, analisar e registrar padrões (temas) nos dados. Como uma vantagem no uso desse método, as autoras apontam sua flexibilidade, que permite ser aplicado em diversas abordagens teóricas e epistemológicas. Nesta investigação, o método é utilizado numa perspectiva construcionista, que compreende que os significados e experiências são socialmente produzidos e reproduzidos, e, portanto, não foca em motivações e psicologias individuais.

A seguir, uma breve apresentação dos seis participantes, com informações do formulário de encaminhamento para grupo, dados do processo e algumas observações sobre a entrevista de cada um. O conteúdo das entrevistas será retomado adiante, na análise temática. Ressalta-se que todos os nomes dos entrevistados foram substituídos por pseudônimos que eles próprios escolheram.

ERASMO

A primeira entrevista realizada nesta etapa foi com Erasmo, pelo telefone. Erasmo tem 66 anos, declara-se pardo, sua profissão é Técnico de Futebol, e tem renda de R\$ 18 mil reais (cerca de 20 salários mínimos em 2016). Foi condenado a quatro meses de detenção, pelos crimes de lesão corporal, ameaça e injúria contra a esposa, com quem viveu por 34 anos. Foi encaminhado ao grupo por suspensão condicional da pena privativa de liberdade. Expressou sentimentos de indignação e decepção por ter sido condenado, mas mostra-se resignado e afirma que aprendeu e nunca mais vai ter problemas com a Justiça. Erasmo tem baixa escolaridade, apenas o ensino fundamental incompleto. Chamou a nossa atenção a sua capacidade de reflexão, que fica clara em sua tentativa de compreender de outras formas o que aconteceu, e como ele valorizou a experiência de aprendizado no grupo.

GENÉSIO

A primeira entrevista presencial foi com Genésio. Ele tem 34 anos, trabalha como motorista, com remuneração de cerca de 2 mil reais. Tem curso superior incompleto em Marketing. Foi condenado em 2ª instância a três meses de detenção por lesão corporal contra a ex-companheira, com quem viveu por 04 anos, participando do grupo por suspensão condicional da pena. Destaca-se a desconfiança de Genésio em relação à pesquisadora e à entrevista. Logo ao chegar, afirma que ele próprio achava que não tinha “nada de mais” participar da pesquisa, mas que alguns tinham “receio”. Utilizou a palavra “receio” várias vezes. Procuramos reforçar que a entrevista não tinha nada a ver com o processo judicial. Seu discurso vai e volta no que parecem

tentativas de explicar a briga que resultou na denúncia da ex-companheira; de justificar seu comportamento no grupo; de mostrar que “o grupo reflexivo foi bom”; e que “os outros” cometeram agressões mais graves.

As duas entrevistas que relato a seguir foram realizadas pelo telefone.

AUGUSTO

Tem 54 anos, ensino médio completo, trabalha como pedreiro, com renda de cerca de R\$ 1.800,00 (02 salários mínimos). Foi condenado a 03 meses de detenção pelo crime de lesão corporal contra a esposa, de quem está separado, e foi encaminhado ao grupo por suspensão condicional da pena. No processo, ele é acusado, também, pelo crime de ameaça, do qual foi absolvido por falta de provas. Começa falando que o grupo foi ótimo, que aprendeu muita coisa, “principalmente em termos de relacionamento”. Diz que antes do registro de ocorrência, em 2011, ele já não estava com a mulher que o denunciou. Relata que deu um empurrão e xingou a esposa, sem saber que essas atitudes são “agressões”. Afirma que já tinha ouvido falar na Lei Maria da Penha, mas que agora aprendeu que não se aplica a “qualquer agressão com qualquer mulher (...) só com agressão em casa, com a família, com a esposa, com os filhos”.

JOSÉ CARLOS

Tem 41 anos, solteiro, natural de Minas Gerais, cursou o ensino médio, trabalha como vendedor autônomo, com remuneração de R\$ 5 mil. Foi condenado a 04 meses de detenção pelo crime de lesão corporal contra a namorada. Começa a entrevista dizendo que o grupo foi “uma das melhores experiências” que ele já teve, que entrou “com raiva”, por causa do processo, que achava que seria chato, mas aprendeu muita coisa. Repete várias vezes que gostou muito e que, se precisasse, iria mais várias vezes. Fala muito da gratidão pela ajuda recebida das “psicólogas” (referindo-se às coordenadoras do grupo): “Era uma profissão que todo mundo falava. Para mim, não entrava na minha cabeça o que era um psicólogo. E eu fui ver que o psicólogo-

go ajuda muito as pessoas, sim”. Relata o que aprendeu e todas as mudanças positivas na sua vida, desde técnicas de autocontrole até novas formas de entender as relações humanas.

SÉRGIO

Sérgio tem 48 anos, solteiro, trabalha como manobrista num estacionamento, com remuneração de 1,5 salário. Tem ensino fundamental incompleto. Foi condenado a 1 (um) mês e 5 (cinco) dias de detenção pelo crime de ameaça contra a esposa, e encaminhado ao grupo por suspensão condicional da pena. Sua entrevista é muito confusa, e ele parece solitário e triste. Começa dizendo que não sabe por que foi condenado. Relata que foi traído pela mulher (a quem se refere como “ela”, como se já soubéssemos de quem se tratava). Conta que depois de todas as “confirmações” (relatos de terceiros) de que a esposa estava com outro homem, ele pegou suas coisas, saiu de casa e voltou para a casa do pai. A mulher, que ele define como bêbada e alcoólatra, então, teria ido à delegacia dizendo que ele a teria ameaçado de morte. Diz que não entendeu a condenação, porque acha que ele é que foi a vítima. Diz que se dedicou muito a ela, com quem viveu por 20 anos, e aos dois filhos, e ficou muito machucado. Na única vez que responde sobre o grupo, diz que os outros homens também não sabiam por que tinham sido condenados.

CLÁUDIO

Cláudio tem 44 anos, declara-se negro, tem o ensino fundamental incompleto, trabalha como mecânico, em casa, com renda mensal em torno de 4 salários mínimos. Vive há cerca de seis anos em união estável com a mulher que o denunciou, e mantiveram o relacionamento mesmo após a denúncia. Foi condenado a 03 meses de detenção pelos crimes de lesão corporal e ameaça contra a companheira, e encaminhado ao grupo por suspensão condicional da pena. Chegou para a entrevista com uma das filhas, que tem 12 anos. Diz que tem 09 filhos, de diversos relacionamentos. Só quatro moram com ele. Paga pensão para os outros. Já foi preso por não

pagar a pensão em dia. Parece preocupado em mostrar que aproveitou bem o grupo e o tempo todo compara-se aos outros: “Teve gente que foi lá, que não vai adiantar nada”. Dá exemplos de dinâmicas e temas de discussão do grupo, mostra-se empolgado com o que diz ter aprendido. De todos os entrevistados, é o único que assume ter cometido a agressão e que entende o grupo como “conversão da prisão”(sic).

ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

Em repetidas leituras das transcrições das entrevistas, após escuta às gravações, foram identificados os principais temas para análise (BRAUN e CLARKE, 2006), a saber: (1) Estranhamento do processo penal; (2) Percepções e sentimentos sobre a vivência no grupo, com os subtemas “Desconfiança/Insegurança” e “Aprendizado/Mudanças”, (3) Situação atual. A seguir, comentamos brevemente cada tema, com seus subtemas e códigos.

Tema: ESTRANHAMENTO DO PROCESSO PENAL – “Não sei por que estou aqui”

Os entrevistados trazem afirmações recorrentes de estranhamento em relação ao tratamento criminal da violência denunciada por suas (ex) companheiras. “Estranhamento do processo penal” aparece, portanto, como o primeiro tema na nossa análise. Os quatro códigos que formam esse tema mostram os diversos sentidos da afirmação muito comum “Não sei por que estou aqui”: “(Des)conhecimento”, “Injustiça”, “Minimização” “Vitimização”. Assim como percebemos em nossos entrevistados, outros trabalhos afirmam ser comum os HAV apresentarem muitas questões e dúvidas sobre o processo. Esses homens não estão familiarizados com a lógica e os signos do Sistema de Justiça e do processo penal, menos ainda por serem réus primários (exigência para a suspensão da pena). Mas, paralelamente ao desconhecimento do aspecto jurídico/criminal, a questão de estar sendo processado gera sentimentos de medo, raiva e indignação, expressos também na expressão “não saber” – no sentido de “não entender o que está acontecendo”.

O código “**(Des)conhecimento**” emergiu de falas que mostram o que os HAV entendem (ou não) sobre o processo, a Lei Maria da Penha e a participação no grupo reflexivo (GR). O extrato a seguir ilustra a desinformação:

Não sabia... Um palavirão assim agressivo também... é ofensa moral, né? Xingamento é agressão e essas coisas todas (...)
(Augusto)

Alguns exemplos do código “**Injustiça**” – outro sentido da expressão “não sei por que estou aqui” – estão nos extratos a seguir:

(...) Quando falava pra mim: “Tu vai ser indiciado pela Maria da Penha”. Aí eu procurei saber... Então quando eu procurei me informar superficialmente, criou essas dúvidas e um sentimento de impunidade... [parecendo sem graça com a confusão que fez entre “impunidade” e “injustiça”]. Quer dizer... ó... A sensação de injustiçado, de estar sendo injustiçado. **(Genésio)**

(...) Eu levei testemunha (...), mas na hora ninguém foi narrado, entendeu? Eu acho que pra ter a condenação, o juiz tem que passar a frequentar lado da pessoa. Eu sou um cara que nunca teve ficha com nada. **(Sérgio)**

A questão de ter a “ficha limpa” (bons antecedentes) é reafirmada como uma evidência da injustiça que está sendo cometida:

Eu pensei que ela nunca iria abrir nada contra a minha pessoa, que eu não tinha problema nenhum, nunca tive problema nenhum com a Justiça. **(José Carlos)**

Além de não saber “por que está ali”, Sérgio também desconhece as consequências da condenação: “Fui até o fim [dos 8 encontros], fui. Quer dizer, eu nem sei se isso aí vai ser marcado, né? Na minha ficha”.

Erasmus sabe que “está ali” porque foi condenado, mas considera o comparecimento obrigatório ao GR uma pena muito severa, parecendo não compreender que essa determinação suspende a pena privativa de liberdade:

Eu não tive opção. Foi determinado que eu participasse do grupo, entendeu? E eu fui punido, né? Tendo que passar no grupo por 8 vezes. Eu achei que a pena foi muito severa, mas não adianta eu falar uma coisa, eu tive uma sentença e eu fui condenado. **(Erasmus)**

Minimização – “Criminosos são os outros”

O sentimento de injustiça e a dificuldade desses homens em reconhecerem que cometeram um crime decorrem da naturalização da violência nas relações conjugais e da minimização das consequências de tais atos. Pacheco (2014) destaca a expressão “briga normal” utilizada pelos HAV para definir os fatos que os levaram a ser processados: briga que faz parte da vida a dois, nada tendo a ver com agressão, culpa ou crime. Um dos entrevistados de Cordeiro (2014) afirmou que, para ele, só seria crime quando alguém sai ferido, morto ou machucado. Entre os nossos entrevistados, essa minimização se atrela ao relato dos próprios atos, sempre considerados menos graves do que os dos outros. Seguem alguns exemplos:

(...) Eu já vi casos da moça ficar toda roxa, entendeu? Eu não deixei um roxo na minha esposa. Eu vi um caso na Ilha do Governador. **(Cláudio)**

A mulher... teve só um arranhãozinho no braço, só, não foi mais nada, não, nada de olho roxo, essas coisas. **(Augusto)**

Entendem que a lei deveria ser aplicada com rigor contra os criminosos, não contra eles, trabalhadores honestos, concordando com a análise de Pacheco (op. cit., p. 106):

Para a população que vivencia antagonicamente a condição de homem honesto e trabalhador e a de criminoso, é imensamente difícil construir uma linha de subjetivação que dê conta de compreender que este comportamento é crime, sobretudo para o homem que se define, a partir de outras cadeias de relação social, como trabalhador e honesto.

Vitimização – “A culpa é dela”

O sentimento de injustiça, o espanto e a revolta por estarem sendo processados aparecem nas falas dos HAV como sendo eles as verdadeiras vítimas: a mulher inventou / provocou / exagerou / traiu a confiança.

Na hora que eu vi, eu tava sendo julgado, não tinha testemunha nenhuma, simplesmente ela fez tudo porque eu tinha separado dela, ela fez tudo escondido, foi lá e fez um corpo delito (sic), sei lá. **(José Carlos)**

Eu acho que foi ao contrário, que a vítima foi eu, né? Na realidade, porque ela me traiu, né? (...) Ela tinha se envolvido com uma outra pessoa, que ela saía, entendeu? Com outro homem, e até dormia. **(Sérgio)**

Essas falas ecoam vários estudos consultados que também identificam uma postura de vitimização dos HAV. Oliveira (2016) aponta que essa postura queixosa pode se dar pela oportunidade que os GR propiciam aos homens de falarem sobre sentimentos e vulnerabilidades, o que eles não encontram em outros espaços da sociabilidade masculina. Porém, observo que esse discurso vitimista é muito presente mesmo nos modelos de GR em que o compartilhamento das fragilidades e dores não é estimulado. Outra compreensão dessa postura está na observação de que, no Judiciário brasileiro, só existem dois lugares possíveis - o de agressor ou o de vítima (MARTINEZ-MORENO, 2017); portanto, a vitimização pode ser, na visão dos HAV, o único movimento possível para sair do lugar de criminoso, no qual eles não se reconhecem. Assim, a polarização vítima-algoz permanece, mesmo que de forma invertida (OLIVEIRA, op. cit.).

Natividade (2012) identifica a produção do signo “homem vítima” como justificativa dos atos violentos, pelo argumento dos homens de terem reagido à provocação das mulheres. A produção do signo “homem vítima” é apresentada no interior de uma argumentação que funciona como “blindagem” e esvazia as possibilidades de reflexão e responsabilização, pois

desconsidera as relações hierárquicas de gênero e coloca a violência como conflito entre iguais.

As mulheres que “vitimaram os homens” aparecem como loucas, bêbadas, ingratas, escandalosas, que não estão à altura deles – homens bem-queridos e honrados:

O erro foi meu de ter um relacionamento com a mulher que não é à minha altura (...). Até meu pai mesmo falou, falou assim: “Como que você consegue viver com uma mulher dessas, cara?”. (José Carlos)

Aí minha mãe antes de morrer, me lembro que minha falecida mãe ainda falou: “Sérgio, bota a cabeça no lugar, Sérgio, isso daí não é mulher pra você”. (Sérgio)

Os sentimentos de injustiça, vitimização e culpabilização da vítima aparecem em grande frequência e intensidade em todos os estudos e em todos os momentos da escuta aos HAV. Observa-se que o discurso vitimista dos HAV na entrevista após a conclusão do ciclo de oito encontros é o mesmo encontrado nos registros das entrevistas realizadas pela equipe técnica para encaminhamento aos grupos.

Tema: PERCEÇÕES E SENTIMENTOS SOBRE A VIVÊNCIA NO GRUPO

Neste tema, estão as falas dos entrevistados acerca dos seus sentimentos e ideias sobre a vivência no grupo. Do subtema “DESCONFIANÇA/INSEGURANÇA”, destacamos o código “Presença simbólica do juiz”.

Subtema: DESCONFIANÇA/INSEGURANÇA: “Melhor pensar no que diz!”

Algumas falas sugerem, direta ou indiretamente, uma desconfiança quanto aos propósitos do grupo e, conseqüentemente, da entrevista e da

pesquisa. O código **“Presença simbólica do juiz”** refere-se a essa percepção de que homens parecem dizer o que nós (pesquisadora, coordenadoras, juíza, Ministério Público) desejamos ouvir.

Claudio afirma em diversos momentos que o grupo “funciona muito bem”, que é “muito bom” – e parece mesmo que ele apreciou e foi capaz de aproveitar o grupo. Mas também faz questão de frisar diversas vezes que ele diz isso por estar preocupado com o “lado social” da intervenção com HAV, e não com o aspecto criminal, da frequência ao grupo como parte da pena, desqualificando o ângulo criminal da questão.

José Carlos parece um pouco inseguro quanto ao lugar da pesquisadora, mas afirma, talvez assegurando para si mesmo: “Sei que a senhora não faz parte do processo, não faz parte de nada...”

É também de Genésio uma das falas que aponta o que pode ser entendido como um limite da realização dos grupos dentro do Tribunal de Justiça. Ele faz referência a uma mulher que não foi apresentada aos participantes do grupo e que ficava anotando tudo. Conta que pensou que poderia ser a juíza disfarçada e comentou com outro participante do grupo: “Pô, será que é a juíza mudando de... (risos) ... de ideia? Vai dar outra sentença? É, cara, é melhor a gente começar a pensar no que diz, né?”

Essa ideia de ter que “pensar no que diz” pode estar ligada ao que Sampaio (2014) observou nos grupos do I JVDFM e chamou de “presença simbólica do juiz que pune, que controla e que observa através dos facilitadores” (p.18).

Em análise comparativa desses grupos com aqueles realizados pelo SERH³ em município da Baixada Fluminense, o autor conclui que o fato de o trabalho ser realizado numa escola de música, fora do ambiente da Justiça, trazia um clima de informalidade e descontração, e possibilitou o “desatrelamento da ideia de que os homens estavam ali por estarem sendo punidos por sua violência à mulher” (Ibidem, p.17). Concordamos que

3 Serviço de Educação e Reabilitação para Homens Autores de Violência contra a Mulher – SerH, a cargo do Instituto Superior de Estudos da Religião – ISER.

a “presença simbólica do juiz” possa propiciar a sensação de desconfiança e cuidado com o que se diz. Mas o desatrelamento da ideia de punição, considerado pelo autor como algo positivo, nos parece um equívoco. Pois, afinal, o trabalho realizado na escola de música é resultado de convênio com o Tribunal de Justiça, o grupo é formado por HAV encaminhados pelo Juizado, e eles estão lá, sim, como “punição” pela violência contra a mulher. Mesmo que a postura dos facilitadores seja acolhedora, aberta, simpática, se os participantes não entenderem a relação entre a participação no grupo e o processo penal gerado pela denúncia do ato violento, como se daria a responsabilização? E qual seria, então, o propósito desse grupo reflexivo?

O tema das percepções e sentimentos sobre a vivência em grupo traz ainda outro subtema importante, intitulado **APRENDIZADO/AJUDA/MUDANÇA**. Embora os sentimentos de injustiça e revolta estejam presentes ao final dos oito encontros, evidenciando pouca mudança na percepção sobre a situação de violência que os levou a serem processados, os entrevistados falam bastante sobre o que aprenderam.

“Entrando num ringue”

Esse código refere-se ao desconforto na chegada ao grupo:

A gente entra lá meio tenso, nos dois primeiros dias a primeira coisa que a gente olha assim, parece que a gente está entrando num... num... Como eu vou dizer... Num ringue (risos). (**Augusto**)

É meio chocante quando você tem que ir pela primeira vez. Eu senti muito, senti muito mesmo. Te dá uma coisa assim de você cair na real, você fica pra baixo, você não gostaria de estar ali. É uma coisa muito chata. (**Erasmus**)

Troca de informações

Esse outro código foi identificado nos relatos de mudanças significativas ao longo dos encontros, quando os HAV vão atribuindo outros sentidos

ao grupo e valorizando as informações recebidas e a relação com os outros participantes

Mas aí a gente vai se acalmando, já vai conhecendo um ao outro, cada um vai falando os seus problemas, a gente vai aprendendo... Cada um vai passando um pouco pro outro a experiência que teve... e então a gente vai indo e vai aprendendo. **(Augusto)**

O grupo tinha que ser antes [referindo-se ao tempo entre a denúncia, a audiência e o grupo]. Porque esclarece muito. E quanto antes a gente tiver essa informação vai ser melhor, né? Eu entendo dessa forma. Tinha que ser antes. **(Cláudio)**

Aprendendo e melhorando

Algumas falas mostram uma grande valorização da experiência de participação no grupo e o sentimento de gratidão por ter recebido ajuda.

A gente vai indo e vai aprendendo (...). As psicólogas (...) ensinaram muita coisa pra gente (...). E o bom é quando você vai na última sessão, você vê que acompanhou tudo direito, aprendeu muitas coisas... **(Augusto)**

Foi um aprendizado muito grande, e eu só melhorei, em todos os sentidos. **(Erasmus)**

Aprendendo a não ser violento

Esse código refere-se à valorização do aprendizado sobre a violência em diversos sentidos. Os extratos a seguir mostram a aquisição de informações sobre a Lei Maria da Penha e as consequências dos atos violentos:

[Aprendi] muito mais coisas que você não tem no dia a dia, a nível de informação, né? A Maria da Penha veio pra... Não digo para assustar os homens, né? Mas é uma lei que existe...

é uma proteção às mulheres, né? A gente não tem noção... eu não tinha noção... do que pode te trazer de problemas uma reação sua. **(ErasmO)**

A gente aprende, a gente vai vendo por causa de uma palavra mais forte, um empurrão, essas coisas a gente ganha um processo (...). **(Augusto)**

A compreensão sobre os sentimentos destrutivos e aquisição de maior autocontrole são valorizados como aprendizados do grupo:

Aprendi que a gente tem que pensar. Parar, pensar. Eu posso ter raiva. Raiva é um sentimento, né? Eu vou ficar com raiva de você, mas não que eu tenha que partir pra agressão física, nem psicológica, nem... Entendeu? Posso resolver de outra forma. **(Cláudio)**

Em diferentes sentidos e graus de profundidade, todas essas falas demonstram o aprendizado sobre a necessidade de modificar atitudes e comportamentos violentos. Aprender a lidar com o sentimento de raiva e a se distanciar nos momentos de maior estresse até esfriar a cabeça, mesmo que seja para evitar novos problemas criminais (para não “ganhar um processo”), indicam resultados importantes do trabalho no grupo. Cláudio ressalta a função dos grupos reflexivos na contenção e prevenção da violência:

Porque [o grupo] foi uma coisa boa pra mim. Como eu falei, se não tivesse acontecido isso [condenação e encaminhamento para o grupo], de repente tinha acontecido até uma coisa pior, né? **(Cláudio)**

Tema: SITUAÇÃO ATUAL

Deste tema, no qual estão agrupadas as percepções dos HAV sobre as suas relações, seja com a mulher que fez a denúncia ou com a atual companheira e com os filhos, destacamos o código “**Melhor agora**”. Esse código

foi gerado a partir das falas de todos sobre o momento atual, e a maior parte delas aponta para uma melhora, seja pela separação, pelas novas relações, por novas posturas. Seguem alguns exemplos:

Eu agora tô num outro relacionamento há 4 anos, sem nenhum problema. **(Augusto)**

Todo mundo bem, tudo tranquilo – não moramos mais juntos, eu tenho a minha vida, ela tem a vida dela. **(Erasmus)**

Seis meses depois

O código “**Melhor agora**” emergiu das referências ao momento final do grupo, e não foi identificado na segunda rodada de entrevistas. Esse novo contato com os entrevistados seis meses depois teve como objetivo verificar possíveis mudanças e novos sentidos dados à vivência de violência, do processo, da participação no grupo. Apenas dois entrevistados - Cláudio e Sérgio - se disponibilizaram a participar desse segundo momento. Deram respostas muito diferentes sobre essas questões, o que não permitiu a identificação de padrões e geração de códigos que pudessem formar temas para análise.

O momento atual de Cláudio, seis meses depois, não é tão leve e alegre quanto o que ele relatou na primeira entrevista: refere que tem sofrido pressão das ex-mulheres porque não está conseguindo pagar as pensões e afirma que está passando por dificuldades financeiras, o que tem gerado estresse e discussões com a atual esposa. Reflete sobre outros significados e causas das manifestações de violência, ampliando o que aprendeu no grupo:

Isso [a dificuldade financeira] tem, tem um peso grande, sim. E eu tô tendo uma cabeça ótima, né? Tô tendo uma cabeça ótima porque não tô deixando isso abalar a ponto de, de... ter conflito sério, né? A gente pode discutir, sim, mas eu não estou deixando abalar ao ponto de chegar ao viés da violência e tal.

Certo? Então o que tá me segurando é isso, foram esses encontros, foram essas coisas. **(Cláudio)**

Afirma que nas brigas não há agressão física (“não teve pancada, não teve nada disso”), mas repete o argumento do estresse e diz que “se não tivesse passado pelo grupo, eu já ia brigar com ela de novo”. Por fim, demonstrando como o grupo realmente “funcionou” para ele, Claudio relata que, numa conversa de bar, deu uma aula sobre a Lei Maria da Penha a uma pessoa que dizia que a lei “só veio pra ferrar o homem”.

Enquanto Claudio afirma pensar nas psicólogas e no grupo “todos os dias”, Sérgio diz não se lembrar de nada do que se passou no grupo. Inicialmente nem mesmo entende a que grupo estamos nos referindo. Quando explicamos – “grupo com outros homens, que a juíza mandou frequentar” –, ele parece se lembrar vagamente e comenta: “Aí eu fui, eu largava daqui, saía daqui correndo pra ir lá (...) Mas depois que isso acabou, eu nunca mais voltei”. Perguntado especificamente sobre o que era dito no grupo a respeito da LMP, ele responde: “É... sempre puxa pro lado das mulheres, como se as mulheres fossem santas. No meu caso eu sei de mim, né? Eu não posso dizer que minha mulher foi santa, coisa que não foi, né?”. E volta a falar mal da mulher, afirmando que a mãe o aconselhou a não se casar com ela, pois não era mulher para ele.

Em seu discurso repetitivo, o que Sérgio traz de novo seis meses depois é o desejo de encontrar uma nova companheira:

Agora o que eu tô querendo é um novo amor, né? (...) Tô querendo ver se eu encontro uma donzela que seja do mesmo tipo [dele]. Que tenha a mesma finalidade, né? Que seja uma pessoa legal. Que não seja com esse negócio de bebezão, aquela coisa toda, né? Uma pessoa bacana, companheira, acima de tudo. Eu quero uma coisa séria, né? Pra construir uma família, né? Eu tô pensando até em construir uma família. **(Sérgio)**

As referências de Sérgio ao desejo de encontrar uma “donzela” para “construir uma família”, aliadas à sua aparente “amnésia” em relação ao

grupo, me remeteram às observações de Marques (2009) sobre a tensão entre “o conceito moderno de pessoa e conjugalidade”, em que se pauta a intervenção nos grupos reflexivos e a visão mais tradicional das classes trabalhadoras (à qual pertencem a maioria dos HAV) sobre esses conceitos. A autora ressalta que os indivíduos podem transitar entre as visões de mundo mais tradicionais ou modernas, “acionando-os de diferentes maneiras, dependendo do contexto” (MARQUES, 2009, p.121). No caso de Sérgio, fica evidente que o que se passa no grupo reflexivo e as expectativas de resultados como conscientização, responsabilização e mudança de comportamento não fazem o menor sentido para ele. Não se trata de amnésia, nem de confusão mental. O que ele lembra do grupo é só isso mesmo: “Aí eu fui, eu largava daqui, saía daqui correndo pra ir lá”.

Nesse “trânsito” pelas visões de mundo, Cláudio parece – ao contrário de Sérgio – entender perfeitamente a linguagem *psi* e tudo o mais referente a essa noção moderna de pessoa, o que faz dele o próprio “garoto propaganda” dos grupos reflexivos: em entrevista à *Globonews*, numa matéria sobre as intervenções com agressores, ele afirmou que o grupo “funciona mesmo”, que “as psicólogas são nota dez” e que “até o sexo melhorou”.

CONCLUSÕES – EM MOVIMENTO

Ao longo dos quatro anos de estudos do doutorado, a pergunta sobre a eficácia dos grupos reflexivos (“Isso funciona?”), que moveu a pesquisa, foi ganhando novos sentidos, algumas possibilidades de respostas e abertura de novas questões.

Alguns resultados dessa vivência do processo, que culmina com a participação no grupo reflexivo, são encontrados em todos os estudos, e também nas respostas dos nossos entrevistados. O primeiro resultado refere-se ao objetivo de interromper a violência. Se “funcionar” é entendido como “parar de bater”, a resposta é: sim, funciona. Seja em dados sobre novos registros de ocorrência ou através de respostas dos HAV em estudos empíricos, os resultados sugerem que os grupos funcionam para interromper e prevenir a violência. Mesmo entendendo ser a reincidência um indicador

frágil e limitado, não cometer novos crimes de violência é o primeiro e mais básico ponto para avaliação de resultados. A “mudança de atitude frente à questão da violência familiar e doméstica praticada contra a mulher” é um dos resultados esperados dos grupos, de acordo com o documento de Padronização do Grupo Reflexivo dos Homens Agressores (EMERJ, 2012). As respostas dos participantes da nossa pesquisa mostram que esse objetivo foi atingido. A instrumentalização para lidar com o sentimento de raiva e para se afastar nos momentos em que o impulso é de (re)agir violentamente é referida e valorizada pelos participantes como resultados do trabalho no grupo.

A consciência da necessidade de modificar atitudes e comportamentos violentos pode ser considerada como um indicador positivo de resultado, mesmo que algumas respostas sugiram que esse aprendizado tenha se dado mais no sentido de evitar problemas com a Justiça. Nesse sentido, a Lei Maria da Penha, que nas palavras de um dos entrevistados “veio para assustar os homens”, parece mesmo funcionar como o tal “susto” que as mulheres buscavam (e ainda buscam) para que seus agressores mudem o comportamento violento. De todo modo, verifica-se como resultado em todos os estudos sobre os grupos reflexivos algum grau de conscientização que permite que os atos violentos deixem de ser automáticos e naturalizados na resolução de conflitos.

Junto com a interrupção da violência e prevenção da sua reincidência, a responsabilização é um dos principais objetivos das intervenções com HAV. Porém, não é encontrada na literatura uma definição clara desse conceito nem de formas de medir a responsabilização como resultado da intervenção (LIMA e GOMES, 2011). Entre os entrevistados no nosso estudo, Cláudio é o único que parece se aproximar de uma ideia de responsabilização. Ao contrário dos outros, ele não se vitimiza, não se sente injustiçado, nem culpa a mulher pela violência cometida. Cláudio relata a crítica que fez aos outros homens do grupo por não assumirem seus atos: “Eu falei: ‘Cara, vamo assumir o que a gente fez. A gente não tá errado? Tudo bem, então vamo assumir isso pra gente e tentar resolver da melhor forma””.

O fato de Cláudio continuar vivendo com a mulher que o denunciou (ele é o único entre os seis entrevistados que não está separado da “suposta vítima”) pode, também, ser sinal dessa atitude de responsabilização e desejo de mudança.

Além de afirmar espontaneamente e por diversas vezes que o grupo “resolve mesmo o problema”, “é muito bom”, “me ajudou muito”, ao ser informado sobre a questão central deste estudo (“Isso funciona?”), Cláudio responde: “Sem dúvida que sim (...) Tanto que você tem um exemplo aqui, que funcionou”. Então já temos resposta para um segundo aspecto da questão: sim, o grupo reflexivo pode funcionar como impulsionador da responsabilização diante da violência, e de compromisso com novas posturas. Lembrando que “homens autores de violência” não são uma coletividade homogênea. É necessário ressaltar que esse resultado aponta uma das possibilidades de efeito do grupo, que não é o mesmo para todos os participantes.

Nestas conclusões, estão presentes a análise de pontos que precisam ser mais estudados e sugestões de outras formas de abordagem, em movimento contínuo de avaliação da prática.

A primeira sugestão refere-se a um dos principais limites encontrados neste estudo: o acesso aos homens que já concluíram a participação nos grupos. Foram feitas tentativas de contato com cerca de 100 homens e, ao final, entrevistamos 06, sendo que apenas 02 participaram da segunda entrevista, que procurava avaliar os efeitos de longo prazo. Uma solução poderia ser criar com os HAV o compromisso de participação em entrevista ou grupo de avaliação em algum momento do período de provas, em que eles têm que comparecer mensalmente ao Juizado. Para não ser esta mais uma atribuição para a equipe do Juizado, uma sugestão é que se estabeleçam parcerias entre o Tribunal de Justiça e universidades ou ONGs para a realização das avaliações.

Outro limite encontrado foi o acompanhamento das mulheres. Elas, geralmente, não vivem mais com os HAV participantes dos grupos e, em sua maioria, mudaram o número de telefone (LIMA e GOMES, 2011).

Para que as mulheres também possam ser escutadas nessa avaliação, uma possibilidade é que a Equipe Multidisciplinar ou a Defensoria da Vítima tenham o registro das informações para comunicação com elas, e que seja combinado desde o início o contato periódico.

Entre as sugestões dos entrevistados para aperfeiçoar a LMP e a intervenção com HAV, destacamos duas. A primeira é a de Cláudio, que considera que o grupo tinha que ser realizado em momento anterior, referindo-se à demora entre a situação que gerou a denúncia, a audiência e o grupo. Concordamos com Cláudio e com outros trabalhos que apontam as dificuldades geradas por esse lapso temporal que, no IJVDFM, tem sido de cerca de cinco anos. A reflexão e a responsabilização – principais objetivos da intervenção – ficam prejudicadas pela dificuldade de associação entre o crime cometido e o que está sendo dito/feito/vivido/ensinado no grupo.

Uma solução para encurtar esse tempo pode ser o encaminhamento dos HAV para grupos em outros momentos do processo – por exemplo, como medida protetiva⁴, ou como “recomendação”, logo após a denúncia. Uma experiência que apresenta resultados muito interessantes é a do 1º Juizado de Violência Doméstica e Intrafamiliar da Barra Funda, em São Paulo. A juíza realiza mensalmente “mega audiências” com grande número de homens denunciados e recomenda a participação em grupos reflexivos como “um possível atenuante da pena caso eles, na condição de réus, sejam condenados” (MISTURA, 2015, p. 219). O autor destaca, como outro aspecto positivo dessa forma de encaminhamento, que os homens decidem se aceitam a recomendação, portanto a participação nos grupos é um ato voluntário.

Entre as atividades propostas nas Diretrizes Gerais dos Serviços de Responsabilização e Educação do Agressor (BRASIL, 2011) está a promoção de atividades preventivas e campanhas que contribuam para a “transformação da masculinidade hegemônica e construção de novas masculinidades” (p. 66). Algumas campanhas, promovidas pela SPM e pela ONU Mulheres, mostram homens bonitos e famosos dizendo que “Homem de

4 Em abril de 2020, a Lei 13.984 (BRASIL, 2020) alterou o art. 22 da Lei Maria da Penha, para “estabelecer como medidas protetivas de urgência frequência do agressor a centro de educação e de reabilitação e acompanhamento psicossocial”.

verdade não bate em mulher”, propondo um novo modelo de masculinidade em substituição à imagem culturalmente valorizada do “macho violento”. Sem negar que essa campanha possa contribuir para questionar a violência como qualidade valorativa das masculinidades hegemônicas, nos parece muito pouco que o modelo de “homem de verdade” seja apenas o que “não bate em mulher”. É nesse sentido a recomendação do art. 8º da Lei Maria da Penha, que prevê a implementação de políticas públicas não repressivas “por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais” (BRASIL, 2006). Entre essas ações, incluem-se o fomento à pesquisa sobre o tema das violências; a inclusão de conteúdos relativos aos direitos humanos, às desigualdades de gênero e de raça/etnia nos currículos escolares; a promoção de campanhas de alerta ao problema da violência doméstica e familiar contra a mulher; e a promoção de “programas educacionais que disseminem valores éticos de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia”. Essas podem ser ações que realmente promovam mudanças nas relações entre homens e mulheres, sendo o fim da violência apenas um ponto de partida.

Uma sugestão, que abre essas conclusões para novos movimentos, relaciona-se à observação de Cláudio de que o grupo deveria ser “antes”. Podemos entender “antes” no sentido de ser uma atividade fora do circuito da Justiça, em espaços na Saúde, na Universidade, que pode também ser chamada de “preventiva”. Mas, mais do que prevenirem a violência, que sejam espaços onde os homens possam desaprender seus silêncios (NASCIMENTO, 2001) e possibilitem conquistas de formas mais saudáveis e felizes de ser “homem de verdade”. Esses grupos desvinculados da Justiça podem também ser importantes para os HAV que terminam sua participação nos grupos e desejam continuar um trabalho de reflexão. É comum eles expressarem esse desejo de continuar como voluntários, mas – ao menos no I JVD FM – isso não é possível pela grande fila de espera e pelo limite de participantes em cada grupo.

Antes que ocorra a violência, durante o processo, depois de terminada a participação obrigatória: em todos esses momentos, os grupos reflexivos podem funcionar como espaços potentes de movimento e transformação.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Fernando; SOARES, Bárbara M. *Serviços de educação e responsabilização para homens autores de violência contra mulheres: proposta para elaboração de parâmetros técnicos*. Rio de Janeiro: ISER, 2011.

BRANDÃO, Elaine. *Nos corredores de uma Delegacia da Mulher: um estudo etnográfico sobre as mulheres e a violência conjugal*. 202 f. Dissertação de Mestrado. UERJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil, 1997.

BRASIL. Secretaria de Políticas para as Mulheres. (SPM). *Diretrizes Gerais dos Serviços de Responsabilização e Educação do Agressor, Anexo II da Política Nacional de Enfrentamento da Violência contra a Mulher*. Distrito Federal: SPM/PR, 2011. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/01/Diretrizes-Gerais-dos-Servicos-de-Responsabilizacao-e-Educacao-do-Agressor.pdf>

BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de Julho de 1984*. Lei de Execução Penal. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm

BRASIL. *Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006*. A Lei Maria da Penha. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm

BRASIL. *Lei n. 13.984, de 3 de abril de 2020*. Altera o art. 22 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para estabelecer como medidas protetivas de urgência frequência do agressor a centro de educação e de reabilitação e acompanhamento psicossocial. 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13984.htm

BRAUN, Virginia; CLARKE, Victoria. *Using thematic analysis in psychology*. *Qualitative Research in Psychology*, 3(2). 2006. pp. 77-101. Disponível em: <http://eprints.uwe.ac.uk/11735>.

CORDEIRO, Elaine S. *Violência contra Mulher é Crime!*. Curitiba: Juruá, 2014.

DINIZ, Simone. G. *Violência contra a mulher: estratégias e respostas do movimento feminista no Brasil (1980-2005)*. In DINIZ, Simone. G; SILVEIRA, Lenira. P; MIRIM, Liz. A. (Orgs.). *Vinte e cinco anos de respostas brasileiras em violência contra a mulher: Alcances e Limites*. São Paulo: Coletivo Feminista Sexualidade e Saúde, 2006. pp. 15-44.

EMERJ (Escola de Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro). *Padronização do Grupo Reflexivo dos Homens Agressores*. *Revista Direito em Movimento*, 14, pp. 407-427, 2012. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume14/volume14_padronizacao.pdf

LIMA, Daniel C.; BUCHELE, Fátima. *Revisão crítica sobre o atendimento a homens autores de violência doméstica e familiar contra as mulheres*. *Revista de Saúde Coletiva*, 21(2), pp. 721-743, 2011.

LIMA, Daniel. C.; GOMES, S.S.R. *Reflexões sobre a avaliação de intervenções com homens autores de violência contra a mulher*. *Comunicações do Iser*, 65, 2011. pp. 37-46.

MARQUES, Cristiane. G. *Homens “autores de violência conjugal”: modernidade e tradição na experiência de um grupo de reflexão*. In MORAES, Aparecida F.; SORJ, Bila. *Gênero, Violência e Direitos na Sociedade Brasileira*. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2009. pp. 110-143.

MARTINEZ-MORENO, Marco J. *O duplo registro do “gênero” dos facilitadores de grupos reflexivos para homens autores de violência*. In BEIRAS, Adriano; NASCIMENTO, Marcos. (Orgs.) *Homens e Violência contra Mulheres: Pesquisas e intervenções no contexto brasileiro*. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2017. pp. 172-195.

MISTURA, Tales F. *Vivência de homens autores de violência contra a mulher em Grupo Reflexivo: memórias e significados presentes*. Dissertação de Mestrado. USP, São Paulo, SP, Brasil, 2015.

MUNIZ, Jacqueline. *Os direitos dos outros e outros direitos: um estudo de caso sobre a negociação de conflitos nas DEAMs/RJ*. In SOARES, Luiz Eduardo (Org.). *Violência e Política no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Relume & Dumará, 1996. pp. 125-164.

NASCIMENTO, Marcos. *Desaprendendo o silêncio: uma experiência de trabalho com grupos de homens autores de violência contra a mulher*. 108 f. Dissertação de Mestrado. UERJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil, 2001.

NATIVIDADE, Claudia. *Semióticas da(s) masculinidade(s) em um grupo de homens que exercem violência contra as mulheres*. 179 f. Tese de Doutorado. PPEL-UFMG, Belo Horizonte, MG, Brasil, 2012.

OLIVEIRA, Isabela V. *“Homem é homem”: narrativas sobre gênero e violência em um grupo reflexivo com homens denunciados por crimes da Lei Maria da Penha*. 129 f. Dissertação de Mestrado. USP, São Paulo, SP, Brasil, 2016.

PACHECO, Brenda F.S. *Masculinidade, performatividade e precariedade*. Dissertação de Mestrado. UFRJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil, 2014.

RIFIOTIS, Theophilos. *Judicialização das relações sociais e estratégias de reconhecimento: repensando a “violência conjugal” e a “violência intrafamiliar”*. Revista *Katálysis*, 11(2), pp. 225-236, Julho-Dezembro 2008.

SAMPAIO, Marcio. *Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher e os Grupos Reflexivos para Homens Autores de Violência contra a Mulher no Âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Dissertação de Mestrado. UFRRJ, Seropédica, RJ, Brasil, 2014.

SOARES, Cecília T. *Considerações sobre o histórico dos acusados de violência doméstica e familiar - com base na amostra de registros da DEAM-Centro no*

ano de 2008. In TEIXEIRA, Paulo Augusto S.; PINTO, Andréia S.; MORAES, Orinda Claudia R. Dossiê Mulher 2010. Rio de Janeiro: Riosegurança, 2010.

TONELI, Maria Juracy F.; BEIRAS, Adriano; CLIMACO, Danilo; LAGO, Mara (2010). *Serviços latino-americanos de atendimento a homens autores de violência: limites e possibilidades*. In TONELI, Maria Juracy F., BEIRAS, Adriano, CLIMACO, Danilo; LAGO, Mara. (Orgs.). *Atendimento a homens autores de violência contra as mulheres: experiências latino-americanas*. Santa Catarina: UFSC, 2010. pp. 229-244.

JURISTAS E O PERIODISMO ACADÊMICO: NOTAS TEÓRICO-METODOLÓGICAS PARA UMA SOCIOLOGIA HISTÓRICA DO DIREITO (BRASIL, 1889-1930)

Gabriel Souza Cerqueira

Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade Federal Fluminense.
Mestre em História pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.
Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito/UFF.

Recebido em: 11/03/2020

Aprovado em: 06/07/2020 e 18/10/2020

Resumo: Neste artigo, vamos analisar o periodismo jurídico a partir de um estudo de caso do periodismo jurídico acadêmico na Primeira República (1889-1930). Seleccionamos um conjunto de revistas, explicitadas no texto, e a partir destas buscaremos tecer algumas considerações teórico-metodológicas sobre o trabalho com periódicos, seja como fonte, seja como objeto. Do ponto de vista teórico, o artigo reflete sobre a ação do periodismo na política transnacional do conhecimento, se apropriando, reinterpretando e divulgando ideias e conceitos que circulam no campo intelectual hegemônico. Sobre métodos, pensamos em como lidar e tratar esse tipo de material analítico empírico e suas vantagens e diferenças para uma sociologia ou história do Direito. Essas considerações serão agrupadas em torno de duas frentes de observação: a do papel do periodismo jurídico na produção coletiva do conhecimento, e a do seu desempenho enquanto veículo de apropriação e circulação de ideias e de fator de convergência ideológica. Finalmente, o artigo almeja, com isso, destacar a importância dessas fontes na pesquisa empírica sobre o Direito, mas também a utilidade de pensá-las como um objeto revelador da cultura jurídica nacional.

Palavras-chave: Periodismo jurídico; Cultura jurídica; Sociologia do direito.

Abstract: In this article, we will analyze legal journalism through a study case of the academic legal periodicals in the Brazilian First Republic (1889-1930). With a selected sample of journals, we'll drawn some theoretic-methodological considerations about the work with periodicals, be it as historical source or as an object. On theoretical side, the article reflects on the action of journalism in the transnational policy of knowledge, appropriating, reinterpreting and disseminating ideas and concepts that circulated in the hegemonic intellectual field. Regarding methods, this work considers about how to deal with this type of empirical analytical material, and its advantages and differences for a sociology or history of law. Both elements will be grouped around two fronts of observation: the role of enforcing a collective production of knowledge, and the as a space of circulation and appropriation of ideas and factor of ideological convergence. Finally, the article aims to highlight the importance of these sources in empirical research on law, but also of the usefulness of thinking them as a revealing object of the national legal culture.

Keywords: Legal journalism; Legal culture; Sociology of law

1. INTRODUÇÃO.

Neste artigo, exploramos um elemento constitutivo da vida intelectual moderna: o periodismo, de um modo amplo, e, designadamente, o periodismo especializado no campo do Direito. Intelectuais, desde o século XIX, tendem a se organizar em torno de revistas e jornais, fazendo esses espaços privilegiados de análise não somente como fonte, mas como objeto. Quantas centenas de vezes um intelectual latino-americano, ante outros intelectuais, pronunciou a frase “publiquemos uma revista!” (SARLO, 1992, p. 9)? Conforme afirmou Paolo Grossi, no seu estudo pioneiro sobre o periodismo jurídico italiano, a história de uma revista é um observatório ideal para a reconstrução do debate cultural de uma época (GROSSI, 1983, p. 7). Isso

porque revistas agem sobre a conjuntura, na curta duração (ao contrário dos livros, que têm pretensões duradouras na média e longa duração). Significa dizer que as revistas têm um olhar voltado para a dimensão do público e para a ação concreta de diálogo com temas do seu presente.

Diante dessas considerações, ao pesquisar sobre redes intelectuais acadêmicas no campo do Direito na Primeira República Brasileira, nos pareceu apropriado selecionar como fonte de análise precisamente algumas revistas do periodismo jurídico. As considerações que se seguem, portanto, têm como referência a análise realizada sobre cinco revistas acadêmicas: *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito de Recife* (RAFDR), 1891-1930; *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo* (RFDSP), 1893-1930; *Revista da Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro* (RFLDRJ), 1899-1918; *Revista da Faculdade Livre de Direito da Bahia* (RFLDBA), 1892-1932; *Revista da Faculdade Livre de Direito de Minas Gerais* (RFLDMG), 1894-1928. Trabalhar com esse tipo de fonte exige e provoca algumas constatações teórico-metodológicas, que são o escopo central deste artigo. A primeira delas, de caráter introdutório, recupera a pergunta feita acima e reflete sobre a natureza geral do periodismo.

A *forma revista* é uma prática de produção e circulação com uma sintaxe própria cuja autenticidade é indissociável da sua conjuntura de publicação. A pergunta feita por Beatriz Sarlo é absolutamente apropriada aqui (1992, p. 9). Nem tanto pelo importante impulso autônomo dos intelectuais aos formarem suas revistas – uma vez que as revistas acadêmicas analisadas foram criadas por determinação legal¹ –, mas por conter nela uma característica inalienável da publicação periódica, sua particular dimensão temporal. A chamada à publicação, diz Sarlo, vem acompanhada de um impulso voluntarista ao público (da *necessidade* de publicar uma revista, de divulgar

¹ Decreto 1232-H de 1891. O artigo 207 dizia “Será creada em cada uma das Faculdades uma Revista Acadêmica”. Outras regras foram estipuladas nesse decreto, de modo a uniformizar a publicação, por exemplo: ser redigida por uma comissão de cinco lentes; impressa em oitavo francês com um mínimo de 600 páginas por ano; periodicidade bi ou trimestral; publicar as decisões da congregação e memórias das respectivas faculdades; estabelecer relações institucionais transnacionais com periódicos do mesmo tipo ao redor do mundo. Contudo, essas não foram determinações uniformemente seguidas, tampouco fiscalizadas.

e debater ideias). Publicar uma revista é, assim, fazer política cultural, rasgar a conjuntura com um discurso estético ou ideológico (SARLO, 1992, p. 9).

Essa “sintaxe das revistas leva as marcas da conjuntura em que seu atual passado era presente” (Ibid., p. 10). Esse momento presente é fundamental porque as revistas pretendem agir sobre ele, intervir, modificá-lo. Deve-se ressaltar que, por força de sua sintaxe própria, os textos de uma revista ganham outra conotação se considerados individualmente, ficando, de certo modo, aliados de seu tempo. Ou seja, se, por um lado,

uma história da literatura pode ser pensada como história das leituras, [por outro,] as revistas estão ali mostrando de que maneira em ocasiões demasiado evidentes, como foram lidos os textos, quais foram os limites ideológicos e estéticos que os fizeram visíveis ou invisíveis, quais os fundamentos conjunturais (e porque não dizer históricos) do seu julgamento, aqueles que se equivocaram em suas predições e aqueles que, desde o presente, puderam antecipar o futuro (Ibid., p. 11. Grifo nosso).

A abertura historiográfica proporcionada pela Escola dos Annales abriu novos campos aos historiadores, sociólogos e demais cientistas sociais. Desde então, a imprensa, vista como um ator político de extrema importância para as sociedades modernas, passou a ser tratada também como fonte². Sob essa perspectiva, como fontes, as revistas conservam as provas de como se pensava o futuro desde o presente, já que o periodismo se constrói de maneira ao mesmo tempo sincrônica, conjuntural, e em construção de hipóteses sobre o futuro. Nesse contexto, o periodismo segmentado também passa a ser observado como objeto. Seu surgimento nas áreas das ciências jurídicas e da medicina segue um propósito de propagação e reprodução de ideias, bem como de afirmação dos determinados campos do saber e suas estratégias de diferenciação³.

2 Na história brasileira, é a partir do Primeiro Reinado que a imprensa se torna um ator social central, divulgando e discutindo publicamente os caminhos da política no Império. É o veículo através do qual os diversos campos de poder se afirmam, constroem seu discurso e interferem politicamente. Com o surgimento na imprensa periódica, surge também um novo ator histórico: “homem público”, investido de ação política, ou seja, intelectuais “formadores” e propagadores de opinião (MOREL; BARROS, 2003, p. 7).

3 Sobre o processo de diferenciação, ver BOURDIEU, Pierre. *Os usos sociais da ciência: por uma sociologia*

Analogamente, o periodismo jurídico é o espaço ideal para observar a cultura jurídica de uma época, bem como os projetos de organização de futuro do campo do Direito. O trabalho organizado por Paolo Grossi sobre o periodismo jurídico italiano, já citado, revela como esse tema e essas fontes despertaram interesse de pesquisa a partir da década de 1980. Desde então, diversos trabalhos seguiram tomando o periodismo jurídico como fonte, objeto ou mesmo os dois, com destaque para as pesquisas organizadas e publicadas por André-Jean Arnaud em 1988, sobre a cultura jurídica francesa (ANDRÉ-JEAN ARNAUD, 1988), Victor Tau Anzoátegui (1994), na Argentina, e Luís Bigotte Chorão (2002), em Portugal. No Brasil, algo similar ocorre com as pesquisas de Gizlene Neder (2012), Lilia Schwarcz (1993) e Sérgio Adorno (1988). Em comum o interesse em observar as fontes periódicas como um espelho para os debates intelectuais decisivos em determinadas conjunturas.

Para o periodismo jurídico no Brasil, o marco é 1843, data da publicação da primeira edição da *Gazeta dos Tribunais*, em um momento histórico de fortes debates acerca das codificações (no Brasil, toda a ebulição política e debate jurídico que envolveu a consolidação institucional-legal do Segundo Reinado) e das iniciativas de associações profissionais no Direito, como o movimento de criação do Instituto dos Advogados Brasileiros (no mesmo ano, 1843). A criação da *Gazeta*, já naquele momento, estava alinhada às preocupações dos intelectuais do campo do Direito com o desempenho de um papel mais público, afinal o

periodismo especializado [no direito] surge em decorrência do intenso debate entre diversas concepções do direito, quer dizer, entre várias plataformas em processo de hegemonização que buscavam conferir, cada uma a seu modo, o estatuto moderno de validação da norma jurídica. As idéias jurídicas daquela temporalidade, impulsionadas por uma elite que era porta-voz de si mesma, trabalhava com um determinado conjunto de “crenças” sobre o campo jurídico fundamentadas no

clínica do campo científico. São Paulo: Unesp, 2004; LUHMANN, Niklas. *A sociological theory of law*. 2. ed. Abingdon: Routledge, 2014.

paradigma legalista iluminista, como o da isenção da lei, da isenção do magistrado, o dogmatismo da norma etc., o que no início do século XIX se encontrava em pleno fogo cruzado. (RAMOS, 2010, p. 60. Grifo nosso)⁴

Essa guinada ao público atende ao chamado da conjuntura e ao devido desenvolvimento embrionário de um campo jurídico brasileiro em busca de consolidação. É bom recordar que a criação de um periódico é sempre o ato de um determinado grupo e que representa certas redes de sociabilidade em busca de expandir seus debates e influência⁵.

Aqui, tomamos a liberdade de reformular e recolocar algumas questões preliminares anteriormente proferidas por André-Jean Arnaud (1988, p. 3–4): qual “cultura jurídica” representam os autores que escrevem para esses periódicos? O que isso nos diz sobre seus diretores, editores e autores? São essas revistas simples instrumentos de informação e registro imparcial de várias correntes internas de conhecimento jurídico? Elas seguem uma política cultural específica? Existe alguma organização dos sujeitos de acordo com hipóteses de trabalho específicas (ou características)? Existe alguma coincidência entre a política editorial inicial e o que resulta dela? Como o periodismo jurídico é utilizado dentro da “tradição” das instituições de ensino jurídico? Qual é o significado de eventuais momentos de descontinuidade? Para quais leitores ideais a revista é direcionada? É um instrumento puramente interno ao mundo dos juristas e bacharéis ou é dirigido a outras áreas das ciências sociais? Colocamos essas questões em nosso estudo de caso do periodismo jurídico acadêmico na Primeira República, extraindo daí considerações de caráter teórico (refletindo sobre a ação das revistas na política do conhecimento) e metodológico (como lidar

4 Em nível global, a aproximação do direito ao mundo dos impressos periódicos é quase simultânea à expansão editorial ocorrida no século XVIII, gerando o periodismo jurídico. O marco inicial é *Gazette des Tribunaux*, publicada na França em 1775 (CHORÃO, 2002, p. 37), depois impulsionada pela obrigatoriedade legal, imposta pelos governos revolucionários, da publicação das decisões judiciais. Na primeira metade do século XIX, o periodismo jurídico já havia se espalhado no velho e novo mundo. Segundo Formiga (2010), Portugal, Espanha, Brasil e Argentina têm seus volumes iniciais editados por volta dos anos 1830 e 40.

5 Ao publicar atos oficiais do império, legislações, crônicas forenses e jurisprudência, a “Gazeta” expunha o elemento profissional de um campo ainda em formação, reforçando um discurso típico da modernidade.

e tratar esse tipo de material analítico empírico) a respeito da produção intelectual e do papel do periodismo na formação do campo do Direito em duas frentes: produção e construção coletiva do conhecimento; seu papel na circulação e apropriação de ideias vis-à-vis a constituição de certa convergência ideológica.

A primeira explora o papel de divulgação e apropriação de ideias e conceitos em circulação no mundo intelectual, criando um ambiente intelectual mais arejado e aberto a inovações. A segunda reflete sobre a importância de se pensar as redes de sociabilidade envolvidas e a direção intelectual de um periódico. Vamos argumentar que esses dados revelam a função de estabelecer uma uniformização do conhecimento, assim como permitem analisar as disputas por hegemonia intelectual dentro de um mesmo campo.

2. PRODUÇÃO E CIRCULAÇÃO DE CONHECIMENTO

Revistas são “instituições” de construção de conhecimento. Elas são a evidência tangível da existência de coisas como “escolas” ou “movimentos” (KALUSZYNSKI, 2006, p. 304). Seus textos são documentos históricos, materiais empíricos, importantes para analisar e entender o desenvolvimento (interno e externo) de um movimento intelectual. São espaços privilegiados para observar as disputas entre ideias e escolas durante a formação e estabelecimento de um corpo de conhecimento emergente. Isto é, são espaços comunicativos onde se pode observar transferências conceituais (que não se limitam apenas às fronteiras de estados-nações), importações históricas, apropriações, inovações e traduções em relação a conceitos e ideias de uma época (MARJANEN, 2009, p. 240). Sob essa ótica, o periodismo jurídico acadêmico brasileiro, na forma das revistas citadas, é fonte privilegiada para investigar em que medida a cultura jurídica no país, por exemplo, reproduziu (ou não) os termos de debates estrangeiros, ao passo em que produz seu próprio corpo de conhecimento.

Na estrutura das instituições de circulação de conhecimento da época, uma das mais importantes plataformas de difusão foram os encontros internacionais. Contudo, apesar de a “participação dos representantes dos di-

ferentes países em tais encontros ser provavelmente de grande importância para uma acolhida crítica desse paradigma em nível local, não é suficiente para compreender sua consolidação” (OLMO, 2004, p. 265). O periodismo especializado atua como um elemento de difusão e consolidação local de ideias e conceitos e pode ser usado para ter uma visão mais local de fenômenos gerais. Ele ecoa e se apropria dos temas da moda discutidos nos centros hegemônicos, tornando-se uma fonte importante para avaliar o caráter desse acolhimento (se crítico ou não) e sua tradução a temas e problemas mais nacionais. A figura do especialista local faz eco e se apropria da produção “científica” da moda.

Por conta disso, a noção de apropriação e circulação de ideias é fundamental. O conceito de apropriação “torna possível avaliar as diferenças da partilha cultural na invenção criativa que se encontra no âmago do processo de recepção” (CHARTIER, 2006, p. 233). Uma abordagem nos moldes dessa ideia nos permite precisamente historicizar o processo de circulação intelectual, afinal, constitui um ato de investigação histórica e sociológica perceber que certas ideias têm usos diferenciados, considerando os critérios históricos, sociais, espaciais e afetivos presentes na circularidade de ideias. Isso significa que não devemos pensar os juristas e bacharéis em seus projetos intelectuais no periodismo jurídico como sujeitos históricos desligados das relações de força que os conectam à sociedade, estando inseridos, portanto, numa determinada classe e num determinado campo político e de sociabilidade.

Assim, no âmbito de sua circulação ao público, Sarlo aponta que as revistas têm duas *geografias culturais* observáveis: o espaço intelectual concreto onde circulam (o campo acadêmico, por exemplo, e seus recortes regionais) e o “espaço-bricolagem” onde se localizam idealmente. A geografia de uma revista é “uma via régia até o seu imaginário cultural” (SARLO, 1992, p. 12). É nessa construção que a política de traduções, as citações, as divulgações de autores nacionais e estrangeiros ganham sua importância. Esses dados são índices do modo como determinado coletivo intelectual pensa sua intervenção político-cultural, como proposta de reorganização de

determinada tradição intelectual. O programa é reforçar ou mudar de *cânon*? A política de divulgação bibliográfica e o glossário de citações indicam também a relação da publicação, no caso brasileiro, com sua autopercepção (ou crítica desta) no campo cultural periférico. Isso não passa longe dos projetos intelectuais dos juristas em torno das Faculdades de Direito na Primeira República.

É a conjuntura do “bando de ideias novas”. Ideias que vão perdurar e marcar os debates intelectuais do fim do século XIX, ao menos até da década de 1920. Essa expressão representa, ali, o processo de rejeição aos antigos padrões heurísticos, em nome do “progresso” e da “civilização” modernas. As “ideias novas” são representadas num acervo novo de autores: Haeckel, Buckle, Von Martius, Jhering (alemães), Spencer, Darwin (ingleses), Littré, Le Play, Le Bon, Gobineau, Charcot (franceses). Incluem-se aí também uma amplitude interdisciplinar de contato com as então novíssimas disciplinas: sociologia, antropologia, psicologia social e medicina legal. Em relação ao campo jurídico, a proposta é um Direito “científico”⁶, aliado à biologia evolutiva, à antropologia física e determinista, aberto a interdisciplinaridade para buscar leis e linhas gerais do caráter nacional nos moldes das ciências naturais. Os intelectuais imersos nessa conjuntura projetavam construir não somente novas teorias, mas uma nova visão de nação partilhando da sensação de uma ciência ilimitada em seu poder explicativo (SCHWARCZ, 1993, p. 196).

Essas são as balizas intelectuais do projeto de transição para uma modernidade cultural. A rigidez imutável da ordem social compreendida por direito natural de corte religioso começa a ser contestada. Epistemologicamente a abertura às ciências naturalistas e evolucionistas implica em um discurso mais secular sobre o Direito. Além da ética científica (avessa a especulações metafísicas), elas trazem consigo uma nova chave heurística, se-

⁶ Flora Sussekind e Roberto Ventura ressaltam que o cientificismo que norteia a produção intelectual daquela conjuntura tem como um de seus pressupostos a homologia entre os diversos níveis da realidade, transpondo categorias de um campo para outro (SUSSEKIND; VENTURA, 1984, p. 15). Essas transposições, porém, não são representadas como analogias ou metáforas, mas como homologias entre as diversas representações do objeto, garantida pela pretensa universalidade da ciência. O campo intelectual do período precisava tramar, portanto, toda uma conjugação de saberes.

dimentada na rejeição ao divino, e com a biologia e as leituras darwinistas, também uma percepção específica de indivíduo, com todas as implicações teórico-metodológicas que isso significa.

A RAFDR, nos 30 volumes pesquisados (dos 31 que foram editados em nosso recorte), publica um total de 586 artigos. Desses, 60 (cerca de 10%) são diretamente dedicados a divulgar temas e questões das “novas” ciências da época. Antropologia Criminal, Sociologia, Criminologia, Psiquiatria, Medicina Legal, dentro outros. É o maior agrupamento temático da revista. Além disso, os autores da moda: Lombroso, Garofalo, Spencer, Franz von Liszt - suas proposições a abordagens aparecem citadas em artigos dos mais variados temas, a sustentar a penetração desses e a função da revista como um veículo moderno de difusão e apropriação local de conhecimentos produzidos a nível internacional. Esse padrão se repete em toda nossa amostra. Dos 434 artigos publicados na RFDSP (espalhados por 27 volumes editados quase anualmente), 14% (ou 63 artigos) tratam explicitamente dessas novas disciplinas. Na RFLDRJ, 12% (dentre 100 artigos publicados nos 11 volumes pesquisados). Nos também 11 volumes publicados pela RFLDMG, 16% dos 109 artigos são exclusivamente voltados à discussão e divulgação de conceitos e ideias das “novas ciências”. Finalmente, na RFLDBA, 21% dos 62 artigos (em 6 volumes) correspondem a esse padrão. Esses dados reforçam essa consideração teórico-metodológica de pensar revistas (notadamente as especializadas) como difusores locais e produtores de conhecimento específico. É um indício de sua geografia imaginária.

Seu espaço intelectual demonstra, na frequência dos autores, as conexões regionais e acadêmicas que se estabeleciam diretamente. Uma estratégia de pesquisa aqui é formar um mapa de redes de sociabilidade dos autores e tentar extrair daí algumas constâncias e divergências. Por redes de sociabilidade entenda-se a organização do campo intelectual em torno de sensibilidades ideológicas e culturais comuns, atravessado por relações de amizade, vínculos regionais, relações familiares e pela posição de classe dentro da estrutura socioeconômica de uma determinada formação

social (SIRINELLI, 2003, p. 252). É um conceito importante para analisar a relação entre o movimento das ideias e suas apropriações específicas. A título de exemplo, de todos os 79 autores que publicaram na RFDSP, 36 são naturais de São Paulo, e 58 são formados por aquela faculdade. Se estendermos a área de influência a todo o Sudeste, chegamos a 62% dos autores. Embora pareça natural pela condição geográfica do país, os dados das outras duas revistas publicadas na região apresentam uma geografia intelectual diferente. A RFLDMG corrobora o padrão, com 65% dos autores naturais no Estado mineiro e 65% formados pela Academia de São Paulo. Embora fuja do escopo desse artigo, há abertura analítica para pensar as estratégias de formação intelectual das elites regionais e de expansão da esfera de influência intelectual de uma sobre a outra. A RFLDRJ, contudo, apresenta um cenário diferente e amplo no sentido da geografia intelectual: dos 25 autores que publicaram no período analisado, 8 eram naturais da Região Sudeste (4 do RJ, 1 de SP e 3 de MG), ao passo que 10 do Norte e Nordeste (5 de PE, 2 da BA; MA, SE e AL com um cada). Os dados de formação são ainda mais notáveis, 20% formados no Largo do São Francisco e 32% na Faculdade de Recife⁷.

A RFLDBA, por exemplo, também estabelece uma importante conexão regional: 66,7% dos autores são naturais do Nordeste, 46% baianos. Suas conexões acadêmicas mostram forte influência da Faculdade de Medicina da Bahia. Em que pese a hegemonia intelectual de formados na Faculdade de Direito do Recife (36%), outros 20% dos artigos publicados são de médicos de formação. Essa geografia característica de estabelecimento de relações com a Faculdade de Medicina, preponderante sobre as estruturas acadêmicas baianas na época, se alinha ao fato de que essa é a revista que mais publicou, proporcionalmente, artigos com a temática direcionada às novas ciências.

As revistas são, assim, sintoma da problemática da cultura nacional. Na virada do século, elas exemplificam o movimento das vanguardas in-

7 Sobre a recepção da Escola de Recife no Rio de Janeiro e o impacto da tradição intelectual da FLDRJ, ver: NEDER, Gizlene. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil: criminalidade, justiça e constituição do mercado de trabalho (1890-1927)*. 2. ed. Niterói: Editora da UFF, 2012.

telectuais. Sarlo acertadamente afirma que o tecido discursivo das revistas é o espaço por excelência de experimentações estéticas e posicionamentos ideológicos. Jean-François Sirinelli aponta que, no meio intelectual no fim do século XIX, os laços intelectuais se atam, muitas vezes precisamente em torno da redação de uma revista, do seu conselho editorial ou de uma editora (Ibid., p. 249). É uma afirmação muito próxima da interpretação, já referida, de Beatriz Sarlo e um fecho adequado às reflexões desenvolvidas até aqui. As estruturas expressas nesses espaços (a revista, o conselho editorial, a editora), as redes de sociabilidade são constituídas por um campo por meio do qual forças antagônicas de adesão e exclusão se expressam. Adesão pelas relações de amizade, afinidades eletivas, relações de favor, pertencimentos de classe, espaços de influência, radicalidades de ocasião. Exclusão pelos limites e dificuldades objetivas de acesso, cisões e cismas, rupturas afetivas, divergência de ideias, tomadas de partido.

Assim, analiticamente, como instrumento de batalha cultural, revistas podem ser observadas tanto pelos problemas que seus corpos editoriais elegeram centrais, como pelos temas que, propositalmente ou não, foram excluídos (SARLO, 1992, p. 15). Essa é uma das razões da publicação de um periódico, perspicazmente reconhecida pelos editores do primeiro volume da RAFDR. No seu editorial, eles reforçam o propósito da revista de ser um espaço de alargamento de ideias, de discussão eminentemente “jurídico-social”. Na sua visão, o Direito é um campo do conhecimento não só intimamente relacionado com as muitas ciências (com os saberes interdisciplinares), mas *dependente* (RAFDR, 1891, p. 8) desses outros campos do conhecimento para que possa veicular as “ideias verdadeiras”. Há uma percepção de produção coletiva do conhecimento, ao menos no discurso. O “rejuvenescimento e consolidação das ideias, como pelo efeito das variações e dos contrastes” (Idem), é conseguido explorando seu movimento. Chama a atenção que o editorial encerre com um chamado à juventude (contido na metáfora do “rejuvenescimento”), ou melhor, para o compromisso dos editores com cativar a mocidade, não lhe conter o espírito.

Evidente que modernidade no campo do Direito tem um significado abduzível: inserir-se na modernidade significava se afirmar a partir de certos autores e certas ideias. Além das metas de divulgação e circulação de ideias expressas no editorial, os autores defendiam a necessidade de ver o Direito emergir ajudado por esse novo, “moderno” grupo de saberes.

penetrou-se na *paleontologia* e particularmente na *paleoethnologia*, pediram-se documentos à *psychologia experimental*, à *biologia*, à *linguística*, à *anthropologia*, à *ethnologia*, à *sociologia*, a todas as ciencias, emfim, que se ocupam com os seres vivos e especialmente com o homem e os produtos de sua inteligência. Deste profundo e afanoso trabalho de revisão, surgiu a *sciencia do direito*. (Ibid., p. 7. Grifo nosso)

A ajuda vem do grupo de “novas ciências”. O número de abertura da revista condensa os objetivos dela no próprio corpo dos artigos selecionados: afirmar o Direito como prática científica (ligado aos modelos evolutivos e deterministas de análise), a necessidade de criação de uma linguagem no Direito que expresse essas reflexões.

Há que se pensar, também, que esses objetos de disputa cultural podem servir a instituições de disputa política, como partidos ou grupos mais ou menos estruturados. Por isso, é importante nunca desconectar a leitura das revistas e seu processo de produção de difusão de conhecimento dos acontecimentos políticos de seu tempo. Como anunciou Michel Foucault (1978), não existe relação de poder que não tenha o desenvolvimento de um campo do conhecimento correlato. Tampouco existe campo do conhecimento que não suponha e constitua, simultaneamente, relações de poder. Poder e conhecimento são sinônimos, disseram Adorno e Horkheimer (2006, p. 16).

Não é de se espantar que as revistas sejam identificadas hoje como uma fonte privilegiada para os estudos culturais e para a história intelectual:

Instituições dirigidas habitualmente por um coletivo informam sobre os costumes intelectuais de um período, sobre as relações de força, poder e prestígio no campo da cultura, rela-

ções e costumes que não repetem de maneira simples as que podem ser lidas nos livros [...] As revistas são mais adequadas à leitura sócio-histórica: são um lugar e uma organização de discursos diferentes, um mapa das relações intelectuais, com suas clivagens de idade e ideologias, uma rede de comunicação entre a dimensão cultural e a política. Pode-se reconstruir a relação dos intelectuais com o público na história dos fracassos ou êxitos de uma revista. (SARLO, 1992, p. 14)

Do ponto de vista formal, e para o que nos interessa, essa ação política coletiva de que fala Sarlo vai se condensar nessas redes de sociabilidade dos seus autores, muitas vezes representada pelos conselhos editoriais. São esses conselhos que tomam as decisões sobre o ordenamento de artigos, páginas e estrutura formal da revista. Seus índices, por exemplo, são testemunhos contra o qual os historiadores devem se prevenir de anacronismos, e no caso de revistas acadêmicas, a prevalência temática fala muito. O que determinada prevalência fala sobre sua importância conjuntural e sobre o futuro que era, então, pensado. As revistas, reforçamos, devem ser encaradas desde uma perspectiva dupla e indissociável: como um observatório de primeiro plano das estruturas inerentes às sociabilidades intelectuais e como lugar privilegiado para análise do movimento de ideias (SIRINELLI, 2003, p. 249). Devem ser vistas como espaço de ação intelectual e político. São meios de construção e reforço do papel público e dos projetos de protagonismo intelectual.

3. APROPRIAÇÃO DE IDEIAS E CONVERGÊNCIA IDEOLÓGICA

Um outro elemento de uma revista (aparentemente afastado do papel de contato público, mas em realidade atrelado a esse, desde que considerado a extensão do público específico⁸) é a função de reprodução e convergência ideológica entre os integrantes da comunidade acadêmica que ela exerce,

8 Revistas acadêmicas, por serem acadêmicas, não se voltam diretamente para o "grande público". Sua influência nos debates centrais do ordenamento jurídico, das políticas públicas e das interpretações hegemônicas sobre o processo social, contudo, dão a elas, indiretamente, esse contato ampliado.

às vezes mais que instrumento de divulgação e circulação livre de ideias. Silveira ressalta que essa postura “endógena”, voltada para si, pode ser interpretada mais como solidez e motivo da vitalidade do que como fracasso no papel de diálogo com o público de uma revista. A afirmação dentro do campo do Direito, lembra Bourdieu, apesar da constante altercação interna - é inevitável observar - enseja forte coesão do campo (BOURDIEU, 1998a), projetado para fora. Nesse sentido, o periodismo jurídico surge aqui, não só como instrumento propagador de um tipo de saber especializado de um determinado campo, mas também como ferramenta política de cooptação e sedução para as diversas correntes jurídicas em disputa.

Por essas características, as revistas assumem uma posição de fontes -objeto. Mais que meros repositórios de informação, as revistas jurídicas são lugares em que, nas suas respectivas temporalidades, faz-se e pensa-se a história (SILVEIRA, 2013, p. 22). Não se trata de apenas extrair seletivamente textos de interesse específico, mas adotar uma compreensão contextualizada do próprio local de inserção dos periódicos, fazendo deles fonte e objeto a um só tempo.

O papel das revistas acadêmicas como ação política de intelectuais em movimento só pode ser compreendido se cotejadas as maneiras de pensar o Direito, os debates sobre os rumos do regime político, as reformulações legais, os conflitos teóricos e a circulação de ideias, com as trajetórias dos intelectuais que deram a direção desses periódicos. Só assim se revelam seus engajamentos políticos e teóricos. As revistas especializadas “não se constituíam como periódicos científicos propriamente ditos, guardavam certas características e desempenhavam, sem dúvida, muitas das funções [...] como a acumulação do saber, divulgação bibliográfica, inserção em redes internacionais” (SILVEIRA, 2014, p. 114) e reforço na sociabilidade.

As comissões de redação e conselhos editoriais, novamente, são um espaço importante para avaliar como o caráter, por um lado, de vetor para a circulação de ideias se relaciona com o papel que tem o periodismo na reprodução intelectual e na força que um campo pode exercer em sentido da convergência ideológica de seus membros. Em nosso estudo de caso,

vemos uma importante liderança direta dos membros das comissões editoriais na produção das respectivas revistas. Os membros das comissões editoriais dos volumes analisados na RAFDR, sob incontestável liderança de Clóvis Beviláqua (editor de 14 dos 31 volumes), publicaram em conjunto 54% dos artigos. Beviláqua, sozinho, publica quase um décimo dos artigos. No Largo de São Francisco, aproximadamente 73% dos artigos são de autoria de membros das Comissões de Redação. Essa tendência se repete: 41% na RFLDRJ, 47,7% na RFLDMG, 50% na RFLDBA. Além disso, como ocorre com Beviláqua, os membros mais recorrentes nas respectivas comissões aparecem também com mais frequência na produção da revista. Em São Paulo: Pedro Lessa (26 artigos), João Mendes de Almeida Jr. (28), João Braz de Oliveira Arruda (42), Braz de Souza Arruda (46). Em Minas Gerais e Bahia, respectivamente, Edmundo Pereira Lins (10% dos artigos) e João Rodrigues Doria (11%). Na RFLDRJ, Lacerda de Almeida, Augusto Olympio Viveiros de Castro e Cândido de Oliveira escreveram 15, 8 e 8 artigos cada, 31% de toda a produção da revista.

Essa concentração, maior ou menor a depender do caso, mostra como, na dinâmica de circulação e apropriação de ideias do periodismo, deve-se levar em conta as linhas específicas que determinado periódico vai assumir, mesmo que implicitamente. Olhar as lideranças editoriais é um bom índice. Além disso, típico dos periódicos especializados surgidos no fim do século XIX, eles vão ser a materialização da liderança de um determinado grupo de intelectuais sobre um campo⁹ (ou um nicho desse), mesmo que apenas regionalmente. Esse é um dado que deve ser considerado ao tratar desse tipo de fonte ou objeto, porque é um índice que pode ajudar a interpretar as apropriações específicas de conceitos e ideias por um determinado grupo de intelectuais, provocando diferenciação dentro de um mesmo campo.

No caso do periodismo jurídico brasileiro, isso ocorre mesmo nesses periódicos “oficiais”, seja porque eles também representam elites regio-

9 Por exemplo: *Archives d'anthropologie Criminelle* (1886-1914), liderado por Alexandre Lacassagne; *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (1881-), editado pelo grupo intelectual liderado por Franz von Liszt até 1919; *La Scuola Positiva* (1891-1956), órgão de divulgação do positivismo criminal, editada por Enrico Ferri, com colaboração de Cesare Lombroso e Raffaele Garofalo.

nais ou tradições mais ou menos consolidadas. Novamente, os dados sobre circulação regional e formação acadêmica demonstram isso. Na RAFDR, 94% dos editores eram de formação na casa, enquanto São Paulo formou 89%. Nas então novas faculdades, o padrão do corpo editorial segue o do corpo geral de autores, mencionado anteriormente: na RFLDMG, ampla prevalência de formados no Largo de São Francisco (76%), na Bahia, 71% formados ou pela própria faculdade ou por Recife. Vale destacar também a participação de médicos formados pela Faculdade de Medicina da Bahia no corpo editorial. Na RFLDRJ, dos 13 editores, 6 eram da Faculdade de Direito do Recife, 4 de São Paulo.

O Direito é um campo do conhecimento e prática social, por isso não se pode afirmar que essas revistas se enquadram exclusivamente na classificação de periódico científico (nem mesmo as acadêmicas). Seu acesso amplo também era utilizado para fins práticos (um uso público, um efeito de ação pública). Como campo muito afetado pela necessidade retórica, essas revistas eram fonte de argumentação da jurisprudência e outras decisões oficiais, embasando juízes, promotores e advogados, ávidos por demonstrar erudição e incluir as ideias mais atuais em seus ofícios, defesas e decisões. O efeito de autorização que a fala do jurista reconhecido tem não deve ser distanciado do efeito afirmativo do intelectual como ator de transformação cultural.

Diversos trabalhos têm abordado o papel público, político, cultural e social desempenhado pelos “bacharéis” e o caráter “bacharelesco” do conhecimento jurídico na virada do século XIX para o XX¹⁰. É um tema que há certo tempo provoca as ciências sociais brasileiras. Por um lado, são vistos como componentes do estrato de atores políticos e sociais que operam no diapasão da defesa da ordem, da estabilização das relações sociais, da cooperação institucional, com uma função de suporte intelectual à autoridade e aos aparelhos de Estado (SILVEIRA, 2013, p. 34). Por outro, compõe tam-

10 Além do já mencionado ADORNO, Sérgio. *Os Aprendizados do Poder: O bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Das Arcadas ao bacharelismo (150 anos de Ensino Jurídico no Brasil)*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1982; HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

bém a linha de defesa de certo garantismo das leis e dos direitos fundamentais, dos direitos humanos contra os excessos. Um papel evidentemente não linear e absorto em contradições. A menção às contradições como elemento constitutivo do papel social dos bacharéis demanda sair de certo dogmatismo teórico-metodológico que busca pensar o papel intelectual como linear. As contradições são próprias do movimento social, parte inerente de qualquer análise. A isso não escapam os homens de ideias, pesar o papel dos bacharéis implica reconhecer isso e explorar essa zona desconfortável.

O *fin-de-siècle* do XIX é, também, período de grandes debates sobre codificação (Código Civil, Código Penal, Constituição de 1890, reorganização no mundo do trabalho). Essa circunstância, aliada à expansão das novas ciências e saberes da conjuntura, deu especial força ao processo de criação desse periodismo. Além disso, tem sido observado que, assim como em outros países, a constituição de um governo republicano produz um ambiente propício ao desenvolvimento da imprensa (de modo geral) e da imprensa especializada, especificamente. Essas conjunturas esgarçam o campo político abrindo espaço para empreitadas intelectuais. “O reordenamento de concepções que a mudança de regime acarreta leva a tentativas de adequação das leis e instituições à nova situação política, bem como a questionamentos dos modos de pensar o direito” (SILVEIRA, 2014, p. 102). Do ponto de vista do reordenamento institucional e normativo, os “bacharéis” e juristas são convocados a se pronunciar, a agir publicamente como intelectuais.

Primeiro, é preciso estabelecer que, ao trabalhar com juristas e bacharéis (por vezes, bacharelados) escrevendo e publicando nas revistas acadêmicas, fica impossível não os reconhecer como intelectuais. A problemática do papel dos intelectuais deve ser enfrentada. Desde Gramsci (2001), estudos acadêmicos trabalham a ideia de que intelectuais devem ser politizados, ativos, orgânicos, estabelecendo trocas com a sociedade em que vivem. O conceito de intelectual orgânico se afasta da noção de intelectual do senso comum. Segundo Gramsci, “todo grupo social (...) cria para si (...) uma ou mais camadas de intelectuais que lhe dão homo-

geneidade e consciência da própria função, não apenas no campo econômico, mas também no social e político” (GRAMSCI, 1988, p. 3). É uma visão do intelectual distante da visão tradicional, escolástica, clerical, do homem de letras observando o mundo alhures de alguma montanha, com olhar falsamente desinteressado, depositário da verdade (pelas luzes, por um dom genial ou por algum essencialismo naturalista). Todos participam da produção e reprodução das ideias, todos são atravessados e atuantes na construção de representações. Com alguma sagacidade, inverte-se a visão tradicional segundo a qual o “quem” intelectual é um *a priori* (pela ilustração, pela vocação, pela posição de poder), para um outro tipo de apriorismo: o da não existência de um não intelectual. A famosa colocação de que *todos são intelectuais embora nem todos exerçam essa função* (GRAMSCI, 2001, p. 18), deve ser lida nesse sentido.

Essa representação dos intelectuais gramsciana em nada se aproxima, é verdade, das autorrepresentações que os bacharéis e juristas tinham de si (arvorando-se arautos de uma modernidade nacional, os *verdadeiros* intelectuais). Mas nos ajuda a compreender melhor o papel deles para além dessa autorrepresentação (também, uma projeção de uma visão hierarquizada do processo social). A noção de organicidade prevê o entendimento político das relações de poder onde as ideias e os intelectuais são formados em uma realidade intrínseca ao mundo humano, e não em uma realidade especulativa e distante. Sob essa noção, as ideias têm uma carga muito mais acentuada de imanência e, porque imanente, são produzidas e divulgadas materialmente, têm seu próprio tempo histórico e estão imersas nas relações de poder desse tempo. O debate sobre o conceito de intelectual se insere decididamente em uma perspectiva dialética da história e da ideologia (CERQUEIRA, 2008, p. 2).

O recurso ao periodismo como fonte-objeto é uma forma de pensar o campo do Direito e dos intelectuais por dentro. Em um trabalho recente, Rodrigo Bordignon ressalta que a lógica da circulação de ideias e das disputas políticas em torno dos papéis sociais assumidos pelos formados em Direito se dá mediante a ação de três grandes grupos de carreiras de-

corrente dessa formação: magistrados, advogados e professores das faculdades. É via esses 3 grupos que se constrói e reproduz o discurso jurídico (BORDIGNON, 2017, p. 752) imposto como um universal ético e lógico em que a legitimidade é dada pelo próprio trabalho de racionalização ao qual o sistema de normas é continuamente submetido. Bourdieu, aliás, já havia nos lembrado que produções jurídicas só se diferenciam de atos de força política na medida em que se apresentam como resultado necessário de uma interpretação regulada. A cultura jurídica é apresentada como uma arte e uma moral tecnicamente fundamentada, caracterizada pela acumulação, de um lado, de uma cultura geral clássica e, de outro, de uma cultura do especialista (Ibid., p. 753).

Ao contrário do que postula Bourdieu em seu artigo clássico (BOURDIEU, 1998a), a oposição entre a elaboração puramente teórica da doutrina (campo dos professores e teóricos, da ordem da cultura geral clássica) e a interpretação voltada para a prática dos casos (da ordem da cultura do especialista, campo dos magistrados e advogados) não se encontra, afirma Bordignon, delimitada independentemente no Brasil. Por isso, é impossível, para uma análise apurada, descuidar do papel intelectual exercido pelos bacharéis em geral. No caso das revistas acadêmicas, isso implica em reconhecer como parte integrante do corpo de ideias e do campo político que elas representam, não só os autores de grande reconhecimento, mas os de menor expressão, bem como o conjunto de *fait divers* da vida acadêmica divulgados. Esses elementos estão no cerne da disputa viva que, mostram os periódicos em análise, se travava no campo do jurídico a respeito das concepções de Direito e do futuro que projetavam esses intelectuais, para a formação acadêmica.

A divisão do trabalho nas faculdades expressa o domínio metodológico das ciências naturais como expressão central da ciência (fenômeno, evidentemente, não restrito ao campo do Direito). Esse aumento também é resultado direto da criação das Faculdades Livres que aumentam os espaços de carreira ao passo que regionalizam a obtenção de diplomas. Clóvis Beviláqua, no seu História da Faculdade de Direito de Recife, pondera que a

Reforma Benjamin Constant¹¹ “operou grandes transformações no ensino do país [e] se imprimiu um caráter mais consentâneo com as ideias do tempo, à concepção geral de ensino jurídico.” (BEVILÁQUA, 2012, p. 306) O que significa esse “caráter mais consentâneo com as ideias do tempo” para Clóvis? Especificamente uma abertura interdisciplinar e uma visão historicizada do Direito:

Pela primeira vez se teve, no mundo oficial, a compreensão da real importância da história e da legislação comparada, com o elemento elucidativo da *função social do direito*. E tanto na história geral do direito, como a do direito nacional formaram disciplinas de curso, a primeira ao lado da filosofia e a segunda constituindo uma cadeira independente, embora limitada ao direito privado. (Ibid., p. 318. Grifo nosso.)

No primeiro volume da RAFDR, editado por Beviláqua, a “bela reforma” é saudada por “encerrar elementos poderosos para o levantamento da mentalidade brasileira” dentre eles a criação de uma *Revista Acadêmica* (A REDAÇÃO, 1891, p. 5). A comissão responsável pela RAFDR exalta o elemento de divulgação de ideias que propiciou.

estas revistas provocarão e incitarão a produção científica, ainda tão fraca em nosso paiz, e ao mesmo tempo servirão de vehiculo para sua distribuição e derramamento por onde os espíritos a solicitarem.; porque estabelecerão laços de solidariedade intelectual entre os diversos núcleos produtores nacionais e estrangeiros e entre todos os que, no paiz, se dedicam ao cultivo de certo grupo de ciencias. (RAFDR, 1891, p. 5)

Por outro lado, é fato, como vimos, que os corpos editoriais das revistas acadêmicas são compostos quase que exclusivamente por professores

¹¹ Como ficou conhecido o conjunto de 21 decretos editado entre 1890 e 1891 por Benjamin Constant Botelho de Magalhães, então Ministro da Instrução Pública, Correios e Telégrafos. Tais decretos reformularam o sistema educacional estabelecendo diretrizes que abrangeram todos os níveis de ensino. Destes, o decreto 1232-H de 1891 foi direcionado especificamente às instituições de ensino jurídico, regulando a organização curricular e estabelecendo parâmetros para a quebra de monopólio do ensino das antigas faculdades imperiais de São Paulo e Recife.

e juristas de maior expressão. Pensar as redes de sociabilidade expressas nesses corpos editoriais demanda uma menção, ainda que rápida, sobre as condições sociais e institucionais de ingresso na carreira de professor no ensino superior na Primeira República. Observar isso importa porque o lugar social destinado aos bacharéis (ou portadores de diplomas determinados) na hierarquia e nas oportunidades de carreira indica tanto a posição que a formação em Direito tem nas estratégias de reprodução social quanto na “distância entre universos sociais específicos e o sistema de ensino” (BORDIGNON, 2017, p. 749). É no sistema de trajetórias possíveis aos agentes submetidos à formação superior (ou classificação escolar) que se define o valor subjetivo e objetivo dos títulos acadêmicos e das trajetórias dos seus portadores (BOURDIEU, 1998b). A legitimação de “homem público” fornecida pelo diploma e pela condição de bacharel impõe uma lógica onde as oportunidades são tanto mais dependentes do capital social e redes de sociabilidade quanto mais altos são os cargos e carreira almejados na hierarquia do corpo social e político relacionado ao campo do Direito. A consagração profissional e intelectual depende dos investimentos múltiplos que os bacharéis fazem nesses espaços (BORDIGNON, 2017, p. 753). No jogo de investimentos múltiplos, diante da configuração da “tradição jurídica”, a afirmação de um ator nesta vincula-se à capacidade de explorar suas redes de sociabilidades e das heranças culturais familiares.

Dentro desse contexto, há condições de sucesso relativas, pois são atravessadas pelas lutas políticas e ideológicas que podem ser associadas às políticas partidárias (como se costuma analisar), mas também aos regionalismos, confrontos teóricos relativos a concepção de sociedade e de política, e sobre o campo religioso inscrito sob a forma de ideologia. Por isso, é preciso levar em conta que, mesmo com um espaço tão delimitado (socialmente, com recorte de classe inclusive) como o meio acadêmico no Brasil dos primeiros anos da República, há espaço para divergências significativas, trajetórias “desviantes”, posições marginais. Não se trata de, via homogeneização pela origem social dos intelectuais, descartar uma análise aprofundada do pensamento jurídico e suas disputas naquela conjuntura, mas buscar dentro dele suas contradições. Thompson chama atenção para

essa abordagem ao afirmar que os estudos sobre o Direito devem levar em conta que o Direito e o corpo de leis são instituições enraizadas nas relações sociais com múltiplas saídas. Mesmo em tempos de autoritarismo, sempre vão existir homens e mulheres que acreditam ativamente em seus procedimentos e sua lógica, independentemente da posição no espectro político (THOMPSON, 1987, p. 354), assim como sempre vão existir os intelectuais que privilegiam uma posição autônoma e crítica.

Paulo Mercadante e Antônio Paim, por exemplo, falam em um “cordão sanitário” formado em torno das Faculdades de Direito (MERCADANTE; PAIM, 1972, p. 82, apud VENÂNCIO FILHO, 1982, p. 103), expressão que alude ao bloqueio social e intelectual que se impunha no acesso a esses espaços, mas que pode ser pensada mais pelo que revela enquanto metáfora, do que como pressuposto de análise. Esse “cordão” tinha seus pontos fracos ao permitir a ultrapassagem de elementos “externos” e variava de acordo com essas relações de força e de contexto político e social. Os juristas como atores sociais que, cotejados à política, exercem atitudes de contenção de extremismos e oscilam entre posições de “construtores da ordem” e “críticos do poder” (SILVEIRA, 2013, p. 40) colocam um conjunto de valores díspares em debate: por um lado, a estabilidade, ordem, autoridade e tradição; por outro, a ideia de justiça, verdade, legalidade e contenção do exercício do arbítrio. Uma análise histórico-sociológica deve explorar tais tensões e contradições.

4. CONCLUSÃO

A história do periodismo é um caminho para fazer uma história intelectual e uma reconstrução sociológica das redes de sociabilidade dos acadêmicos do período. A construção das revistas acadêmicas que estão sendo estudadas e das redes intelectuais e políticas que se expressam nelas ocorre sob as condições da conjuntura em que estão inseridas. No caso em questão, nos primeiros anos do regime republicano brasileiro, ainda em 1890, são promulgados dois textos legais fundamentais à consolidação do projeto político republicano. São eles: a Lei do Casamento Civil (decreto 181 de

24/01/1890) e o Código Penal da República (decreto 847 de 11/10/1890). É de se notar o caráter antecipatório desses dois decretos, dado que foram promulgados antes mesmo da Constituição da República (em 24/02/1891). A Reforma Benjamin Constant representou, com a pluralização do ensino jurídico, uma abertura a empreitadas intelectuais e um impulso ao periodismo menos concentrado. Esses periódicos, pensados como órgãos de difusão cultural institucional, ligados a congregações acadêmicas, provocam uma inflexão no periodismo em direção a aportes mais teóricos. Essas revistas externam, a suas maneiras, preocupações com o papel que o conhecimento jurídico deveria desempenhar na formação do novo Estado reconfigurado na forma republicana. O Direito opera como o avalista da sociedade brasileira para o processo de “abertura republicana”.

Ao mesmo tempo que é a República que permite a ampliação e circulação das ideias no Direito. Em outras palavras, numa extensão da percepção republicana geral em que a República corresponderia aos valores máximos do Direito (liberdade, sobretudo), ao passo que o Direito se faria pleno, positivado e dotando a sociedade de instituições e patrimônio jurídico, justamente via a institucionalidade republicana. Isso se expressa, por exemplo, na relação que se estabelece entre o advento da República e a criação das codificações “modernizadas”. Uma sendo impossível sem a outra (ARNAUT, 2012, p. 529). O conjunto das reformas educacionais ao ensino superior feitas na passagem à modernidade não altera o controle vertical sobre o acesso aos cargos. Sem deixar de lidar com esses dados, estamos partindo da possibilidade de uma pluralidade de opiniões dentro de uma mesma instituição e entre instituições distintas a ser refletida (e passível de ser observada) na organização das revistas acadêmicas.

Essas reflexões nos dão subsídios para pensar os debates ocorridos dentro do campo jurídico brasileiro, entre concepções distintas, expressos nas revistas acadêmicas. É importante a digressão para deixar claro que nos afastamos de uma posição que trabalha a ação dos bacharéis e juristas através de uma diferenciação entre o papel intelectual dos últimos em relação aos primeiros. Seja a diferenciação no limite do “dizer a verdade ao

poder”. Seja a feita através do diagnóstico de pertencimento à elite letrada, detentora de grande capital cultural e uma larga herança intelectual familiar. Toda a ação política orientada é sempre uma mediação intelectual. Os juristas e bacharéis sempre estiveram, ao menos, envoltos na produção e contribuição ao alargamento da utensiliagem mental do seu próprio campo - muitas vezes escoando para a teoria social, teoria política e historiografia. Finalmente, pensamos que trabalhar o periodismo jurídico a partir das considerações teórico-metodológicas tecidas é um caminho para pensar e analisar a cultura jurídica fora do exclusivismo analítico que enfoca nos “grandes juristas”, na elaboração de monumentos jurídicos de grande ordem intelectual, como códigos, ainda muito presente no pensamento social brasileiro (LACOMBE, 2004). A cultura jurídica **não** é expressa só aí, na consagração do “cânone” da história do Direito, ou seja, na literatura especializada, que institui as obras intelectuais desses autores na ordem da fundamentação da doutrina. Para nós, uma compreensão crítica do campo do Direito no Brasil depende de se estar em posição de crítica a essa visão e de acessar novas fontes de análise.

5. REFERÊNCIAS

A REDAÇÃO. Palavras iniciais. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, v. 1, p. 5–8, 1891.

ADORNO, Sérgio. *Os Aprendizes do Poder: O bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

ANDRÉ-JEAN ARNAUD. *La culture des revues juridiques française*. Milano: Giuffrè, 1988.

ANZOÁTEGUI, Victor Tau (Org.). *La Revista Jurídica en la Cultura Contemporánea*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1994.

ARNAUT, Luiz. A Faculdade, o Direito e a República. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 60, p. 523–546, 2012.

BEVILÁQUA, Clóvis. *História da Faculdade de Direito do Recife*. 3. ed. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2012.

BORDIGNON, Rodrigo da Rosa. As faculdades de direito e o recrutamento de professores de ensino superior na Primeira República. *Sociedade e Estado*, v. 32, n. 3, p. 749–770, dez. 2017.

BOURDIEU, Pierre. A força do direito. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998a.

BOURDIEU, Pierre. *The State Nobility: elite Schools in the field of power*. Cambridge: Polity, 1998b.

CERQUEIRA, Marcelo Neder. *O conceito de intelectual e a liberação do pensamento (Gramsci e Said)*. XIII Encontro Regional de História. Rio de Janeiro: ANPUH-RIO. , 2008

CHARTIER, Roger. Textos, impressões, leituras. In: HUNT, L. (Org.). *A Nova História Cultural*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CHORÃO, Luís Bigotte. *O Periodismo Jurídico Português do Século XIX*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2002.

FORMIGA, Armando Soares de castro. *O periodismo jurídico no Brasil do século XIX*. Curitiba: Juruá, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento das prisões*. Petrópolis: Vozes, 1978.

GRAMSCI, Antônio. *Cadernos do Cárcere. Vol. 2: Os intelectuais, o princípio educativo, jornalismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

GRAMSCI, Antônio. *Os intelectuais e a organização da cultura*. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1988.

GROSSI, Paolo. *La Cultura delle riviste giuridiche italiane*. Firenze: Giuffré, 1983.

KALUSZYNSKI, Martine. The International Congresses of Criminal Anthropology: shaping the French and international criminological movement, 1886-194. In: BECKER, PETER; WETZELL, RICHARD F. (Org.). *Criminals and their Scientists: the history of criminology in international perspective*. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2006.

LACOMBE, Américo Jacobina. A cultura jurídica. In: HOLANDA, SÉRGIO BUARQUE DE (Org.). *História geral da civilização brasileira, v.5: Reações e transações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

MARJANEN, Jani. Undermining methodological nationalism: Histoire croisée of concepts as transnational history. In: ALBERT, MATHIAS *et al.* (Org.). *Transnational political spaces: agents, structures, encounters*. Frankfurt am Main: Campus Verlag, 2009.

MERCADANTE, Paulo; PAIM, Antônio. *Tobias Barreto na cultura brasileira: uma reavaliação*. São Paulo: Grijalbo, 1972.

MOREL, Marco; BARROS, Mariana Monteiro De. *Palavra, imagem e poder: o surgimento da imprensa no Brasil do século XIX*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

NEDER, Gizlene. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil: criminalidade, justiça e constituição do mercado de trabalho (1890-1927)*. 2. ed. Niterói: Editora da UFF, 2012.

OLMO, Rosa Del. *A América Latina e sua criminologia*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2004.

RAMOS, Henrique Cesar Barahona. O periodismo jurídico brasileiro do século XIX. *Passagens Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, v. 2, n. 3, p. 54–97, 2010.

SARLO, Beatriz. Intelectuales y revistas: razones de una práctica. *América: Cahiers du CRICCAL. Le Discours culturel dans les revues latino-américaines (1940-1970)*, n. 9–10, p. 9–16, 1992.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O Espetáculo das Raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil (1870-1930)*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SILVEIRA, Mariana de Moraes. *Revistas em tempos de reforma: pensamento jurídico, legislação e política nas páginas dos periódicos de direito (1936-1943)*. 2013. Dissertação. Universidade Federal de Minas Gerais, PPGH, 2013.

SILVEIRA, Mariana de Moraes. Revistas jurídicas brasileiras: “cartografia histórica” de um gênero de impressos (anos 1840 à 1940). *Cadernos de In- formação Jurídica*, v. 1, n. 1, p. 98–119, 2014.

SIRINELLI, Jean-François. Os intelectuais. In: RÉMOND, RENÉ (Org.). *Por uma história política*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

SUSSEKIND, Flora; VENTURA, Roberto. Uma teoria biológica da mais-valia? *História e dependência: cultura e sociedade em Manoel Bomfim*. São Paulo: Ed. Moderna, 1984. .

THOMPSON, E. P. *Senhores e caçadores: a origem da Lei Negra*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Das Arcadas ao bacharelismo (150 anos de Ensino Jurídico no Brasil)*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1982.

(TRANS)FORMAÇÕES: DO MICTÓRIO À CONSTITUIÇÃO.

Igor Medinilla de Castilho

Graduando em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da UFRJ. Membro do grupo de pesquisa “A simbiose entre o público e o privado: os limites da ingerência estatal no âmbito das relações privadas”.

Andréia Fernandes de Almeida Rangel

Doutora em Direito e Sociologia pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Mestre em Direito pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Pós-graduada em Direito Privado pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Professora Adjunta do Departamento de Direito Civil da Faculdade Nacional de Direito – FND – UFRJ.

Laone Lago

Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Mestre em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO. Pós-Graduado em Advocacia Pública pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Professor de Direito Constitucional e Administrativo no Centro Universitário Augusto Motta - UNISUAM, no Instituto Brasileiro de Administração Municipal - IBAM e na Escola Nacional de Administração Pública - ENAP.

Recebido em: 29/06/2020

Aprovado em: 08/08/2020 e 18/10/2020

RESUMO: As disposições de gênero impregnaram a maneira de estruturar as sociedades numa ideia “intrinsecamente natural”. Contudo os sistemas jurídicos têm sido provocados por situações inéditas do ponto de vista cisgênero-heteronormativo dos seus pilares. É nesse cenário que este artigo analisa o RE 845.779: discute-se o rumo de seu conflito material até o STF, bem com salienta-se o posicionamento do ordenamento frente às demandas das mulheres transgênero rumo à cristalização de um ordenamento inclusivo. Para isso, há retomada processual do recurso, estudo socioantropológico

de obras clássicas da sociologia e de periódicos sobre o tema, e análise da ADI 4.275, do Decreto 8.727, da ADPF 527 e da Resolução nº 73/2018 do CNJ. Conclui-se pela impossibilidade de se adotar critérios objetivos para legitimar o acesso a um banheiro, já que gênero é uma categoria subjetivamente apropriada, cabendo a fixação de critérios objetivos para a permanência dessas mulheres trans nos banheiros femininos (o RG com nome social feminino como parâmetro capaz de assegurar a elas a legitimidade/legalidade de frequentarem tais banheiros). O nome social já é assegurado; contudo, urge a elaboração de uma política pública, associada à Resolução nº 73/2018 do CNJ, para efetivar essa possibilidade às mulheres transgênero sem acesso à justiça.

Palavras-chave: Transgênero; Banheiro; Mulheres; Direitos Fundamentais; Subjetividade.

ABSTRACT: Gender standarts imbued the way of structuring societies in an “intrinsically natural” idea. However, legal systems have been demanded about unprecedented situations from the cisgender-heteronormative point of view of its pillars. In this scenario this article analyzes the Extraordinary Appeal 845,779: its materials conflict till the supreme court, with emphasis on the legal standarts positioning about transgender women chasing an inclusive order. To reach this goal, there is a procedural review of the resource, a socio-anthropological study of classic works from sociology and periodicals about this theme and analysis of ADI 4.275, Decree 8.727, ADPF 527 and CNJ’s Resolution 73/2018. Concluded the impossibility of adopting objectives criterious to legitimate the access to a bathroom since gender is a subjective category, it is up to create na objective criterious for the permanence of these women in women’s bathrooms (the RG with female social name as a parameter capable of guaranteeing their legitimacy/legality of attending such bathrooms). The social name is already guaranteed; but it urges the elaboration of a public policy, associated with CNJ’s resolution 73/2018, to make this possibility possible for transgender women without access to justice.

KEYWORDS: Transgender; Bathroom; Women; Human-Rights; Subjective

INTRODUÇÃO

A forma como as disposições de gênero impregnaram a maneira de estruturar a sociedade humana há muito foi tida como “intrinsecamente natural”. Pensada como natural da própria existência humana, a separação social, política, econômica e jurídica entre os sujeitos de acordo com suas características biológicas e, assim, com o que essas características acarretariam para seu processo de socialização ainda emerge, hoje, como epicentro das discussões que permeiam toda a convivência humana em sociedade. O paradigma “homem-masculino” e “mulher-feminino” opera como um paradoxo fundamental, numa experiência dialética, através da qual o primeiro se caracteriza pela negação do segundo, opondo em polos opostos os sujeitos correspondentes às categorias “homem-masculino-pênis” e “mulher-feminino-vagina” desde que nascem em função da genitália que a natureza – e somente ela a princípio – se encarrega de lhes aferir. A partir disso, num esquema de intensas e constantes antinomias, como explicitou Pierre Bourdieu em “A dominação masculina” (1998) – marco teórico antropológico do presente artigo –, os gêneros “feminino” e “masculino” são definidos. Contudo, os “novos sujeitos de direitos”¹ transgridem esses polos, tornando-os não mais círculos intangíveis, mas sim, círculos conexos, ou até mesmo inscritos uns nos outros. Diante das reivindicações daqueles sujeitos, os sistemas jurídicos passam a ser provocados por situações completamente inéditas do ponto de vista cisgênero e heteronormativo segundo o qual seus pilares legais se estruturaram. Assim, as justificações daquela ordem tida como “natural” apresentam-se insuficientes.

Quando os indivíduos nascem, em função da genitália biológica que apresentam, são colocados em polos opostos, num esquema de constantes

¹ A expressão “Novos sujeitos de direitos” é utilizada pela defesa da autora nos autos processuais, como se evidencia na fl. 240 do AREsp 405509/SC: “O advento da pós-modernidade, classificação conferida a sociedade contemporânea, impõe ao legislador brasileiro a latente e impreterível tarefa de abranger comportamentos decorrentes de novas posturas sociais ao ordenamento jurídico nacional, suscitando-se o reconhecimento da cidadania a todos os sujeitos de direito, principalmente àqueles que galgaram a visibilidade no transcorrer do final do século XX e início do XXI. Enquanto essa necessidade não for atendida, compete ao Poder Judiciário o dever de efetivar os direitos dos chamados ‘novos sujeitos de direitos’, definidos como aqueles que ficaram à margem do sistema jurídico-legal.”

antinomias, definindo, assim, gêneros feminino e masculino a partir das genitálias vagina e pênis, respectivamente. O masculino caracterizando-se pelo ativo, o grande, o público, e o feminino, por sua vez, o passivo, o pequeno, o privado. É justamente esse último par antitético, o do público e do privado, que permeia todas as questões sociojurídicas sobre as quais as discussões desse artigo debruçar-se-ão. Assim, o que se apresenta aqui como objeto de estudo é a definição dos limites público/privado no que tange, basicamente, a três aspectos: a intimidade no uso privado de banheiros – ou seja, de um suposto espaço público – e a orientação legal para a definição de regras em espaços privados; a expressão identitária do corpo pública e privadamente – e, conseqüentemente, o modo como as performances de gênero estão estabelecidas no olhar do outro sobre o próprio indivíduo em si –; e, por fim, a necessidade de interferência do poder público para evitar violações de direitos nas esferas privadas em si.

Pelo fato de o RE 845.779 representar centenas de mulheres que, de alguma forma, foram constrangidas pelo modo como as violências de gênero e sexualidade operam contra as mulheres trans, ele deixa de ser apenas mais um litígio para configurar o arauto de um necessário posicionamento do ordenamento que atenda as mudanças nas próprias estruturas que fundaram o Direito. Toda a análise processual resume-se a basicamente duas indagações que o STF deverá responder: mulheres transgênero podem ou não podem usar banheiros femininos? Proibi-las de fazê-lo atenta contra seus direitos constitucionais?

Partindo de uma retomada material e processual do Recurso Extraordinário 845.779, a pesquisa aprofunda-se nos parâmetros legais que sustentam as teses da defesa e da acusação. Nesse sentido, lança-se mão de um estudo socioantropológico para determinação prática e técnica do que se entende por “mulheres transgênero” e de como a decisão do STF deve delimitar muito bem quem tal expressão abarca. A seguir, analisam-se, a partir de obras clássicas da sociologia e de periódicos sobre a temática, os parâmetros de autoidentificação dos sujeitos com o polo ativo ou com o polo passivo do paradoxo fundamental. Adiante, lança-se mão de um exa-

me das próprias decisões já tomadas e vinculadas pelo STF cujo objeto seja a garantia e efetivação dos direitos das mulheres transgênero: a ADI 4.275, o Decreto 8.727, a ADPF 527 e a Resolução nº 73/2018 do CNJ.

Frente o pesquisado, conclui-se que não há como se adotar critérios objetivos que estabeleçam condições para legitimar o acesso de um sujeito a um banheiro feminino. Como concluiu-se que o gênero performado pelo sujeito está associado a uma construção social a partir dos símbolos estigmatizantes dos polos do paradoxo sexual fundamental, destaca-se que a instituição de um gênero, portanto, é uma categoria subjetivamente apropriada. Por isso, o que cabe é a fixação de critérios objetivos para a permanência, e não para a entrada, das mulheres transgênero nos banheiros femininos. Nesse sentido, entende-se que a partir do momento em que essa “mulher trans” é reconhecida pelo próprio Estado simplesmente como “mulher”, ela ganha indiscutivelmente o direito de gozar de todos os direitos já garantidos às mulheres cisgênero, cabendo às autoridades judiciais a tarefa de conciliar as demandas advindas desses sujeitos que transgridem a ultrapassada dicotomia estigmatizante de “homem-macho” e de “mulher-fêmea”, a fim de não tornar o ordenamento jurídico nacional conivente e, por isso, agente legitimador de ações que violem direitos legais de qualquer cidadão ou cidadã brasileiro(a).²

DESENVOLVIMENTO

1. O caso do RE 845.779: Ama dos Santos Fialho, o rosto do processo.

1.1 O processo n. 20120193041.

O Recurso Extraordinário (RE) 845.779 é personificado em Ama dos Santos Fialho. Ela representa o rosto de centenas de mulheres diante

² Na contestação do processo em pauta, há uma frase, em negrito e sublinhada, que se mostrará mais adiante como uma das mais problemáticas de todas as peças processuais por escancarar o modo como o sistema judiciário brasileiro tem sido conivente com as situações de expulsões de mulheres trans de banheiros femininos. Por hora, registrar-se-á aqui, como exemplo da acusação explicitada sobre o Judiciário ser “conivente” e “legitimador” dessas ações. Note-se a frase em cheque: “O próprio Poder Judiciário, ao cadastrar o processo, identificou o autor como sendo do sexo masculino, conforme se verifica nos autos” [STJ, 2013, fl. 35].

do Supremo Tribunal Federal (STF) que, de alguma forma, foram constrangidas pelo modo como as violências de gênero e sexualidade operam contra aqueles indivíduos que transgridem os polos estigmatizantes de “homem-pênis” e “mulher-vagina”, como já mencionado. Contudo, antes de esmiuçar o RE em si, bem como sua temática antropológica, apresentar-se-á o caminho que percorreu o processo até chegar à Suprema Corte, a partir de sua origem, ou seja, do momento em que as garantias constitucionais e civis de Ama foram violadas em espécie, no íntimo da relação material na qual as partes estavam inscritas.

1.1.1 Uma breve narrativa do caso: dos fatos.

Em 08/08/2008, Ama dos Santos Fialho entrou em um banheiro feminino, como regularmente fazia, no shopping Beiramar Empresa Shopping Center Ltda., em Florianópolis, capital de Santa Catarina. Contudo, o que era para ser mais uma simples cena do cotidiano de qualquer shopping transformou-se em um processo judicial que, hoje, se encontra estagnado na Suprema Corte brasileira. O motivo: Ama é uma mulher transgênero³ e, ao tentar utilizar o banheiro do estabelecimento, fora constrangida em razão de sua identidade de gênero.

Ama, nome pelo qual “André” é notoriamente conhecida, narrou os fatos da seguinte maneira no boletim de ocorrência, escrito pela escrevente de polícia que formalizou contra o shopping em oito de agosto de 2008:

(...) [Ama] Foi até o banheiro feminino para fazer suas necessidades, sendo que a Sra. Suzana que é segurança do Shopping aproximou-se (...) dizendo que a mesma era um travesco e pediu para o mesmo retirar, para ir até o banheiro masculino. A comunicante foi levada ao Sr. Daniel que seria chefe da Su-

3 É a primeira vez que se utiliza o prefixo “trans” no desenvolvimento da discussão. As determinações teóricas serão didaticamente expostas mais adiante a fim de elucidar as diferenças existentes entre sexo biológico, gênero e sexualidade. Por serem temas, como será demonstrado adiante, confundidos até mesmo no processo que aqui será analisado, e que ainda não se encontram devidamente esclarecidos na sociedade, reservar-se-á um tópico, ao final da narrativa do caso em tela, para as definições teóricas que serão amplamente resgatadas durante as referências do artigo (como nos casos em que citar “transgênero”, “transexual”, “travesti” etc).

zana, o mesmo falou que a comunicante também deveria ir ao banheiro masculino a comunicante disse “como posso ir a um banheiro masculino se tenho corpo de mulher”. Os segurancas constringendo a comunicante perante as pessoas pediram para a mesma se retirar do Shopping. A comunicante [não] aguentando a necessidade de ir ao banheiro chegou a fazer as necessidades ali dentro do Shopping. Obs: a comunicante nunca foi barrada em um banheiro feminino. (...)

(STJ, 2013, fl. 25)

A petição inicial de Ama (ajuizada perante o Juizado Especial Cível da Unidade Judiciária do Distrito de Santo Antônio de Lisboa, pertencente à comarca da capital santa-catarinense) acrescentou maiores detalhes à sucessão dos fatos e ao modo como fora tratada pelos segurancas⁴. Ama narrou que “(...) Não satisfeita em desempenhar sua função, [a segurancas Sra. Suzana] começou (...) a fazer ofensas explícitas à sua condição de transexual” (STJ, 2013, fl. 4); “[O] Sr. Daniel [segurancas chefe] passou a proferir insultos a sua condição, nos seguintes termos: ‘você tem que usar o banheiro dos homens porque você é isto aí...’” (STJ, 2013, fl. 5). Em sequência, a autora da ação procurou por banheiros internos das lojas do estabelecimento réu que não fossem de uso comum, sem sucesso. Ama fora informada que funcionários e clientes utilizavam o banheiro comum do próprio shopping – no qual ela fora impedida de entrar. Diante disso, os termos do ponto 1.13 da petição inicial evidenciam o que Ama retratou no boletim de ocorrência sobre suas necessidades fisiológicas⁵.

O relato transcrito do boletim de ocorrência redigido pela escrevente, por si só, já explicita problemáticas que não se pode deixar de mencionar e as quais se repetem e se agravam na contestação e nas demais peças processuais

4 “Logo após entrar no estabelecimento réu, a Autor percebeu que alguns funcionários (segurancas) seguiam-na o tempo todo e se comunicavam entre si, através de rádios transmissores, fazendo referências [sobre] sua presença com tons de deboche”. (STJ, 2013, fl. 4).

5 “A autora não conseguiu controlar suas necessidades fisiológicas, acabando por defecar em suas vestes ali mesmo no corredor (...). Neste instante começou a chorar compulsivamente, sob o olhar de todas as pessoas que ali estavam”. (STJ, 2013, fl.6).

subsequentes – tanto por parte do réu, como da autora, e também dos juízes e desembargadores⁶. Contudo, essas questões devem ser reservadas para adiante, quando aprofundada a discussão acerca das disposições de gênero social e sexo biológico e quando esgotados a apresentação do caso, seu rumo até a Suprema Corte e os fundamentos jurídicos nos quais ele se baseia.

Na contestação, por sua vez, o estabelecimento réu defendeu-se. Arguiu, na quarta página da peça, que o ocorrido “pode até ter causado aborrecimento e/ou desconforto” na autora, mas não em razão do alegado constrangimento sofrido, e sim pelo simples fato de ela ter tido “a sua vontade contrariada”, o que, para a defesa, faria “parte do cotidiano de qualquer ser humano normal”. Nesse raciocínio, o réu aproveitou para reafirmar que seus funcionários não agiram de forma ofensiva ou preconceituosa com a autora, e que o simples fato de ela ter suas genitálias masculinas seria motivo suficiente para constranger outras mulheres no banheiro. Assim, o shopping tentou desqualificar o dano alegado, argumentando que ele não pode se configurar como “desestruturação psicológica” da autora.

1.1.2 Das sentenças.

1.1.2.1 A sentença monocrática da primeira instância.

Quando há ferimento de uma característica personalíssima, no âmbito da subjetividade da vítima, o Estado garante a ela a reparação do dano sofrido na figura da chamada “indenização por danos morais”. A autora, em seu pedido – compreendido na terceira parte de sua petição inicial –, nos termos dos arts. 5º, incisos V e X da Constituição Federal (CF) de 1988, e 927 do Código Civil (CC) de 2002, requereu o pagamento de indenização por danos morais no montante a ser fixado pelo juiz competente, a partir do valor da causa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). A sentença de primeiro

⁶ Exemplos dessas problemáticas são: a alternância entre os artigos “a”, do feminino, e “o”, do masculino, quando da tentativa de se referir à autora; a referência a ela pelo nome masculino e não pelo feminino; a explicitação de que ela não seria uma mulher por “ter a genitália biologicamente desguiada aos homens” e, por fim, a frase proferida por Ama “Como posso ir a um banheiro masculino se tenho corpo de mulher?”.

grau julgou procedente o pedido, condenando o réu ao pagamento da indenização no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais)⁷.

1.1.2.1.1 Recurso de apelação da sentença monocrática por parte do réu.

No entanto, a sentença monocrática proferida em 16 de julho de 2010 pelo juízo de primeira instância foi objeto de Recurso de Apelação por parte do estabelecimento réu em quatro de agosto do mesmo ano. Dizendo “não se conformar com a sentença proferida pela primeira instância”, o apelante dirigiu-se aos desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC), alegando não haver elementos probatórios que comprovassem concretamente ato ilícito cometido por parte dos seguradoras, tampouco que comprovassem ter sido a autora vítima de danos morais. Destacou que: “Nenhum dos informantes e testemunhas do Apelado estava presente no momento da abordagem feita pela segurança” (STJ, 2013, fl.130). O pedido da apelação era objetivo: a reforma total da sentença.

Ama, por sua vez, apresentou suas contrarrazões. Exhaustivamente, ratificou os acontecimentos de forma a explicitar o tratamento vexatório que a agora apelada sofreu no interior do estabelecimento. Nota-se ainda que, na fl. 152, a defesa de Ama aproveitou para se posicionar contra a insistência dos atos processuais da outra parte em se referir a Ama por meio de pronomes masculinos. Requereu que o recurso de apelação do estabelecimento réu fosse negado – o que não se sucedeu.

1.1.2.1.2 Recurso inominado da sentença monocrática por parte da autora.

Além de o shopping ter recorrido por meio da apelação, paralelamente, a autora também recorreu. Para os advogados de Ama, deveria haver

⁷ Entendeu o juiz de 1ª instância do caso, Dr. Wilson Fontana, que: A responsabilidade civil do réu é objetiva, logo descabe a perquirição quanto a sua culpa pelo evento danoso, basta, tão somente, que a parte autora comprove o ato ilícito, o dano que sofreu e o nexo de causalidade entre o ato e o dano (art. 14 da Lei nº 8.078/1990). (STJ, 2013, fls. 113 e 114). Nesse sentido, nas fls. 112 c/c 118 do processo, acrescentou que “Fica claro, diante dos depoimentos colhidos, que a autora foi discriminada por ser transexual” e que, por isso, julgaria procedente o pedido inicial da parte autora.

uma majoração do *quantum* indenizatório para 40 salários mínimos⁸. Tal aumento operaria rumo a uma “dissuasão em relação à empresa no que se refere à prática de abusos daquela natureza”. Ou, tal como transcritas as palavras redigidas na fl. 3 do recurso, ratificar-se-ia um “caráter pedagógico/punitivo do instituto”.

O shopping réu limitou-se a reafirmar que não houve tratamento vexatório por parte dos funcionários e que, ainda, a autora fora incapaz de produzir meios de probatórios suficientes que justificassem a demanda do aumento da indenização o qual, para eles, sequer deveria ter sido sentenciado.

Apesar das divergências – que não se mostraram poucas – entre os polos ativo e passivo da ação em tela, em um ponto ambas as partes sinalizaram convergência: o anseio de que o processo chegasse a uma instância superior. Contudo, a parte autora, por ter movido a ação em um Juizado Especial, ansiava pela Turma Recursal do TJSC⁹. Contudo, os autos foram direcionados à 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina¹⁰.

1.1.2.2 Quando o TJSC entra em cena.

Quando da apelação interposta pelo réu e do recurso inominado interposto pela autora, junto às contrarrazões, os autos ascenderam ao TJSC. Em 15 de maio de 2012, o TJSC publicou o acórdão sobre a Apelação Cível nº 2012.019304-1 com relatoria do Desembargador Fernando Carioni, reformando a sentença monocrática anteriormente fixada. Na ementa, os desembargadores destacaram o que chamaram de “FRAGILIDADE DO ACERVO PROBATÓRIO” e de “AUSÊNCIA DE CONDUTA CULPOSA ATRIBUÍVEL AO ESTABELECIMENTO COMERCIAL”;

8 O limite de 40 salários mínimos para indenização de danos morais está previsto no art. 3º, inciso I, da Lei nº 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais).

9 Artigo 41, caput, e § 1º, da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais).

10 Vide fls. 149 e 159 do AREsp 405509/SC.

e, ainda, adjetivaram os fatos ocorridos contra a autora como “MERO DISSABOR” (STJ, 2013, fl. 186)¹¹.

1.2 A chegada do processo n. 20120193041 ao STF e sua transformação em RE n. 845.779.

Em 13 de agosto de 2012, a defesa de Ama interpelou dois novos recursos contra o acórdão da 3ª Câmara Civil do TJSC: moveu um Recurso Especial, junto ao STJ, com base no art. 103, inciso III, alíneas “a” e “c” CF/1988, e um Recurso Extraordinário, junto ao STF, com base nos arts. 102, inciso III, alínea “a” da CF/1988.

1.2.1 Tentativa de interpelação de Recurso Especial frente o STJ.

Ama declarou-se “inconformada” com o acórdão da 3ª Câmara Civil do TJSC. Por isso, fundamentou um Recurso Especial¹² sobre os seguintes pilares: suposta incompetência do TJSC para julgar recursos de Juizados Especiais, com fundamento na Lei 9.099/1995 e no art. 535 CPC/1973; divergência jurisprudencial quanto à ilicitude de vedar o uso de banheiros; divergência jurisprudencial quanto à existência de ato discriminatório ou não caracterizada pela proibição de uso do banheiro feminino por mulheres transexuais; divergência jurisprudencial sobre a relação de consumo ou

¹¹ Em seu voto, o Desembargador Fernando Carioni afastou-se totalmente da sentença monocrática proferida na primeira instância: disse que, apesar de se tratar de uma relação de consumo o trânsito de uma pessoa num shopping center, em função do art. 14, § 1º do Código de Defesa do Consumidor (CDC), não há de se falar em “defeito” a produto nem a serviço prestado, fato que ensejaria numa responsabilidade objetiva do estabelecimento réu; assim, nessa linha, sustentou que a responsabilidade civil do shopping seria subjetiva. Sendo subjetiva, caberia à autora, uma vez que não há inversão do ônus da prova, demonstrar culpa por parte do réu, o que, segundo o desembargador, não foi feito, impossibilitando aferição de qualquer obrigação de indenizar por parte do réu.

¹² Recursos Especiais são recursos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), conforme art. 105, inciso III da Constituição Federal de 1988 (CF/1988). Nesse sentido, entende-se que o Estado designa ao referido órgão jurisdicional a missão de sentenciar acórdãos ou para casos em que haja confronto entre a decisão já recorrida e uma lei federal ou para casos em que haja interpretação divergente entre a atribuída pela fundamentação do tribunal que sentenciou o recurso à lei federal invocada.

não estabelecida entre shoppings e serviços gratuitos oferecidos por eles¹³. Os trâmites processuais e as disputas técnicas que se estenderam a partir de então, formal e materialmente, não acrescentariam informações de grande relevância para a discussão que o presente artigo se propõe a estabelecer. Quando duas partes frente um processo complexo arriscam-se na interpelação de sucessivos recursos, muito se repete da petição inicial e da contestação. Quando definitiva e propriamente for lançado o olhar sobre os debates de gênero e sexo, do modo como ele fora abordado no processo e o que se deve deixar claro rumo à adoção de uma posição jurídica ante o caso, resgatar-se-á os pontos úteis e importantes estabelecidos nos autos processuais para a discussão¹⁴.

1.2.2 Tentativa de interpelação de Recurso Extraordinário frente o STF.

Além do Recurso Especial, Ama interpelou um Recurso Extraordinário¹⁵, junto ao TJSC. Recursos Extraordinários versam sobre um caso específico de um sujeito específico, a fim de estabelecer um precedente vinculante a casos semelhantes e que ainda não são contemplados por um posicionamento judicial específico – seja por divergência jurisprudencial ou por mera lacuna do próprio ordenamento. A fim de sustentar a necessidade do recurso e, conseqüentemente, de requerer uma resposta jurídica aos casos semelhantes, redigiu a recorrente:

13 Em suma, o Recurso Especial se apresentou como extremamente necessário para clarear as divergências jurisprudenciais apresentadas, além da que a parte chama de “divergência jurisprudencial quanto à aplicabilidade do CDC e incidência da responsabilização objetiva” (STJ, 2013, fl. 251).

14 O Recurso Especial fora negado pelo TJSC. Por isso, Ama interpelou um Agravo de Instrumento, fazendo com que os autos fossem remessados ao STJ – mas o referido órgão jurisdicional negou o agravo. Por fim, em sua última tentativa de vingar o Recurso Especial, a defesa de Ama interpelou “Agravo da Decisão Monocrática que julgou o Agravo em Recurso Especial” (STJ, 2013, fls. 470 a 477), o qual foi improvido novamente pelo STJ, pondo, assim, fim ao Recurso Especial em Apelação Cível nº 2012.019304-1/0002.00.

15 O ordenamento jurídico brasileiro prevê que, em casos de violação de matéria constitucional, cabe ao STF o dever de julgar a ação na qual tal violação se verifique. Nesse sentido, Recursos Extraordinários são processos de tutela jurisdicional do STF que, em regra, dizem respeito a uma impugnação apresentada por uma das partes frente à decisão proferida por um tribunal, ou por uma turma recursal de um juizado especial, sob a alegação de contrariedade direta e frontal à Constituição Federal (art. 102, III, a CF/1988). O Recurso deve ser acolhido pelo Tribunal de Justiça do estado competente para, depois, ser encaminhado à Suprema Corte.

A manutenção da decisão recorrida abriria um arriscado precedente jurisprudencial, autorizando o Poder Judiciário a ignorar uma gama de direitos fundamentais assegurados pela ordem constitucional pátria, pilares básicos do Estado Social e Democrático de Direito.

(STJ, 2013, fl. 325).

Nesse sentido, como requer a Constituição Federal brasileira de 1988, fixou a recorrente a fonte jurídico-normativa do RE na violação aos arts. 1º, inciso III, 5º, incisos V, X, XXXII, LIV e LV, e 93, todos do referido diploma legal.

1.2.2.1 Fonte jurídico-normativa.

Quanto ao art. 1º, inciso III do diploma em análise, alegou a recorrente que, por ser a “dignidade da pessoa humana” um dos fundamentos da República, cabe ao STF analisar que houve clara violação a tal fundamento em dois momentos: na medida em que a ação dos seguranças do shopping evidenciou claro desconforto e humilhação à recorrente e, também, na inexistência das peças processuais do réu se referirem à autora através do gênero masculino.

Já em relação ao art. 5º, alegaram os advogados de Ama que o acórdão apresenta uma contradição em termos: diz, primeiro, que não há dano sofrido pela autora; depois, diz que não cabe indenização por danos morais a ela pelo dano ter sido “ínfimo”. Por esse motivo, a recorrente explicita haver clara violação dos incisos V e X, pois, mesmo afastando-se a possibilidade de indenização ou caracterizando o constrangimento como ínfimo, os desembargadores ferem “(...) os direitos fundamentais de proteção à intimidade e à honra da Recorrente, na medida em que está negando o efeito vinculante e a aplicabilidade imediata daqueles”¹⁶. Além disso, arguiram os advogados violação ao inciso XXXIII, que versa sobre a proteção aos di-

¹⁶ Ama completa: “Seja pelas razões que for, o Tribunal não pode fechar os olhos a uma pessoa, e negar a esta, a proteção aos seus direitos”.

reitos do consumidor. Argumentaram que, admitida a relação de consumo no acórdão¹⁷, deve haver inversão do ônus da prova e responsabilidade civil objetiva do shopping réu. Por fim, advogaram no sentido de que o acórdão sobre os embargos declaratórios proferido pela turma recursal do TJSC violou o “devido processo legal” e a “ampla defesa” em sua fl. 4, uma vez que o juiz sustentou que “(...) não está o magistrado (...) obrigado a refutar cada um dos pontos ou dispositivos legais questionados por elas [as partes], desde que já possua convicção formada”. Nesse sentido, configurar-se-ia violação aos preceitos fundamentais dispostos nos incisos LIV e LV.

O art. 93, por sua vez, traz os princípios gerais da magistratura. Segundo a parte agravante, “[O TJSC] não prestou adequadamente a tutela jurisdicional que lhe é conferida pelo Estado” no momento em que teria violado os dois preceitos fundamentais apresentados no parágrafo anterior.

Como o Recurso Especial, o Recurso Extraordinário foi negado pela Terceira Vice-Presidência do TJSC (STJ, 2013, fl. 286). Apesar de reconhecer a chamada “Repercussão Geral”, o TJSC entendeu que, por ser a ofensa denunciada pela recorrente “mera ofensa reflexa ao texto constitucional” (STJ, 2013, fl. 385), a decisão de admissão ou de não admissão do recurso dependeria de exame de legislação infraconstitucional; nesse sentido, segundo orientação jurisprudencial do STF¹⁸, “Tal hipótese não viabiliza[ria] a ascensão do recurso extraordinário (...)” (STJ, 2013, fl. 385). Além disso, o desembargador do TJSC lançou mão da Súmula 279¹⁹ para não admitir o recurso extraordinário, uma vez que julgou tratar o caso de uma tentativa de reexame de prova.

Contudo, os advogados de Ama também interpelaram Agravo de Decisão Denegatória de Seguimento do RE da apelação cível em tela, com fulcro no art. 544 do CPC/1976. Argumentaram no sentido de ratificar a fl. 16 do recurso, reforçando violação aos arts. 5º e 93 da CF/1988, afas-

17 “[...] evidenciada a condição de consumidor daquele que transita em shopping center (...)” (fl. 5 do acórdão originário).

18 “A alegada ofensa à Carta da República, se existente, dar-se-ia de forma reflexa ou indireta, não ensejando a abertura da via extraordinária.” (STF, Al-AgR n. 587.991/RS, rel. Min. Carlos Britto, j. 15/9/2006).

19 Súmula 279 STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

tando a Súmula 279 e a tese de “Inocorrência de mera ofensa reflexa aos dispositivos constitucionais”, haja vista que se trataria, respectivamente, não de uma tentativa de reavaliar os fatos, mas sim de discutir matéria de direito por haver violação de dispositivos constitucionais, e também de justificar o requerimento da matéria constitucional levada a juízo para apreciação do STF²⁰. Em 21 de outubro de 2014, o min. Luís Roberto Barroso determinou “conversão do (...) agravo em recurso extraordinário”.

1.2.2.2 Debate no STF

A chegada do RE 845.779 ao plenário do STF, à luz da breve retrospectiva processual que foi até agora apresentada, foi marcada não somente pelas disputas jurídicas das partes litigantes; ela foi marcada, sobretudo, pela grande discussão social intrínseca ao caso, independentemente das suas discussões técnico-jurídicas. Nesses termos, pode-se resumir o caso e se debruçar sobre ele a partir de duas indagações: mulheres transgênero podem ou não podem usar banheiros femininos? Proibi-las de fazê-lo atenta contra sua dignidade humana e contra seus direitos da personalidade?

1.2.2.2.1 Verificação de violação de matéria constitucional

A avaliação de violação de matéria constitucional é naturalmente a primeira avaliação a que o Supremo se atenta quando da admissibilidade ou não de um processo, de modo a legitimar ou não a tutela jurisdicional da Suprema Corte. Assim, os ministros assumem a responsabilidade de declarar se há violação de dispositivos da CF/1988. O STF posicionou-se de modo favorável à tese de violação de matéria constitucional, seguindo o relator, min. Barroso, vencidos os ministros Marco Aurélio e Teori Zavascki. Não se manifestaram os ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia²¹.

20 Nas suas contrarrazões, o recorrido estabelecimento reagiu; acusou a autora de pretender “(...) o reexame de provas e reforma[r] (d) o julgado com base na Lei nº 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor.”. (fl. 447) e destacou que a matéria relativa à inversão do ônus da prova estaria “(...) preclusa (art. 183, CPC/1973) para o Recorrente, sendo vedado discuti-la nesse momento processual (art. 473, CPC/1973)” (STJ, 2013, fl. 449).

21 Em sua manifestação, o relator destacou que o caso “Envolve a projeção social da identidade sexual do indivíduo, aspecto diretamente ligado à dignidade da pessoa humana e a diversos direitos da personalidade (CRFB/1988, arts. 1º, III, e 5º, V e X)”, e que “Constitui, portanto, questão constitucional saber se uma pessoa

1.2.2.2 Verificação de repercussão geral

O art. 102, § 3º da CF/1988 definiu que, para que um caso seja julgado mediante Recurso Extraordinário na Suprema Corte brasileira, ele deve ser dotado de um caráter transcendental para a resolução de insurgência; isto é, ele deve ultrapassar o caso concreto em questão e expressar, por isso, uma “repercussão geral” para toda a sociedade. Isso significa que, além de o caso violar dispositivos da Carta Magna, ele deve incidir sobre outros de mesma natureza, em grande proporção. O Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencidos os ministros Marco Aurélio e Teori Zavascki. Não se manifestaram os ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia²².

Dessa prévia manifestação do Supremo, extrai-se o retrato da sociedade brasileira que muito se vê representada fielmente no mais importante tribunal brasileiro. Ao afastarem de si a responsabilidade de se manifestar sobre a repercussão geral, bem como sobre a violação de matéria constitucional do RE 845.779, os ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia se afastam de assumir as rédeas da efetivação de direitos fundamentais de cidadãos brasileiros e associam-se aos ministros Marco Aurélio e ao memorável ministro Teori Zavascki, que injustificadamente negaram as teses de repercussão geral e de violação de matéria constitucional. O Brasil é o país que mais mata pessoas trans no mundo²³, de acordo com relatório da ONG “Transgender Europe”, que publica revistas com relatórios de dados

pode ou não ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente.” (BARROSO, 2014, p. 10).

22 Defendeu o relator que: A subsistência do acórdão recorrido – que traz interpretação flagrantemente contrária aos dispositivos supracitados – seria uma regressão a todas as conquistas efetivadas por esta egrégia Corte, no sentido de proteger os direitos fundamentais e humanos das minorias sociais. E, não bastasse, a manutenção da decisão recorrida abriria um arriscado precedente jurisprudencial, autorizando o Poder Judiciário a ignorar uma gama de direitos fundamentais assegurados pela ordem constitucional pátria, pilares básicos do Estado Social e Democrático de Direito. (BARROSO, 2014, p. 7).

23 De acordo com a ONG Transgender Europe, entre 1º de outubro de 2017 e 30 de outubro de 2018, 167 transexuais foram assassinadas no Brasil. (Disponível em: <http://paradasp.org.br/segundo-relatorio-tgeu-brasil-segue-no-1o-lugar-do-ranking-de-assassinatos-de-transexuais/>. Acesso em 1º de fevereiro de 2020).

sobre a população trans no mundo (TGEu)²⁴, e, além disso, contém no mínimo 770 processos semelhantes ao de Ama segundo dados do próprio STF, justamente pela falta de posicionamento da Suprema Corte sobre o assunto. Negar a esses sujeitos a possibilidade de efetivar seus direitos constitucionais e, mais que isso, de protegê-los contra as violências transfóbicas latentes na sociedade brasileira é igualmente decepcionante quanto posicionar-se contrariamente a essa possibilidade.

Em plenário, manifestaram-se o relator e o min. Edson Fachin, favoravelmente ao RE 845.779. Em 19/11/2015, o min. Luís Fux pediu vista dos autos, alegando necessidade de ouvir a sociedade sobre a questão. Desde então, o processo encontra-se estagnado na Suprema Corte, enquanto os casos de expulsão de mulheres trans de banheiros femininos tornam-se cada vez mais frequentes.

2. O processo e suas relações práticas: exposição teórica sobre sexo e gênero, eficiência da discussão processual no cenário empírico e devida representação do processo

2.1 Dos gêneros.

2.1.1 Construção social dos corpos: Princípio da Divisão Social, sexo e gênero.

Quando se fala de seres humanos, fala-se invariavelmente de corpos específicos que se socializam de maneiras distintamente determinadas. Assim, à luz do que determinou Bourdieu, podemos definir os corpos humanos como o conjunto de quatro elementos: a parte da frente (local de diferenciação sexual), a parte de trás (“sexualmente indiferenciadas e potencialmente femininas”) (BOURDIEU, 2012[1998], p. 26), a face (parte relacionada massivamente à identidade social do indivíduo) e, por último, as partes privadas (que seriam os “pontos de honra”; as partes cobertas do corpo, as “vergonhas”). Nesse sentido, naturalmente se deduz que as diferenças

24 In. Transgender Europe. “2,190 murders are only the tip of the iceberg – An introduction to the Trans Murder Monitoring Project”. TvT Publication, vol.14, 2016.

biológicas dos corpos das fêmeas humanas e dos machos humanos sejam fatores suficientemente determinantes para designar como esses quatro elementos dispor-se-ão. Em outras palavras: as diferenças anatômicas entre os órgãos sexuais em si seriam justificativas naturalmente inquestionáveis para a definição do modo como o sujeito deveria ser socializado.

Esse princípio “naturalizante” Pierre Bourdieu denominou de “Princípio de Divisão Social”. Nessa linha de raciocínio, entende-se que a natureza nada cria de significações ao modo como o corpo humano é instituído; é o referido princípio que “constrói a diferença anatômica [enquanto] (...) esta diferença socialmente construída (...) se torna o fundamento e a caução aparentemente natural da visão social que a alicerça” (BOURDIEU, 2012[1998], p 26). Assim, “a definição social dos órgãos sexuais (...) é produto de uma construção efetuada (...) através da acentuação de certas diferenças, ou do obscurecimento de certas semelhanças” entre os corpos, não tendo a natureza responsabilidade alguma sobre isso.

Estando inscrito numa sociedade, o indivíduo passa, desde a sua concepção e até sua morte, por um massivo, denso e irreversível processo de “socialização”. Isso significa, básica e essencialmente, que ele será apresentado às disposições de gênero da sociedade, ou seja, ao binarismo antitético homem/mulher, que, a partir de então, submeterá seu corpo a essas disposições e às expectativas dos moldes que elas lhe designarão em virtude da sua genitália. As disposições biológicas dos corpos inferem em estruturas de dominação sociais cujo único critério determinante é o sexo biológico.

Há uma dicotomia sexual fundamental para a estruturação da sociedade: o paradigma antitético entre homem e mulher, masculino e feminino, o qual se associa em última instância às determinações “homem-pênis” e “mulher-vagina”. Segundo Bourdieu (1998), o que se entende por “masculino” refere-se à negação do que se entende por “feminino”. Como pares antitéticos clássicos de uma experiência dialética, “homem” e “mulher” se desdobram, respectivamente, em quente e frio, duro e mole, seco e úmido, público e privado, sagrado e profano, fora e dentro, aberto e fechado, sólido e líquido etc. Nesse momento, criam-se dois polos, ativo e passivo, que

são responsáveis pela socialização dos seres humanos, cada qual referente a seu paradigma essencial “homem-pênis” e “mulher-vagina”, por meio de padrões comportamentais e construções simbólicas exclusivas de cada um desses polos.

Dessa explicitação, depreendem-se duas premissas básicas: o modo como o sujeito se apresenta biologicamente diante da sociedade nada tem de natural – sequer sua anatomia como a compreende socialmente o tem –; e, além disso, o modo como esse sujeito associa-se às representações próprias de cada polo sequer se relaciona a uma autonomia de suas vontades, uma vez que se encontra inscrito “na ordem social das coisas”. A essa primeira premissa, atribui-se o termo “sexo”. Já à segunda, atribui-se o termo “gênero”.

2.1.2 Relações de interação entre os corpos e identidades sociais: cisgênero, transgênero, transexual e travesti.

Simbolicamente, o chamado “discurso mítico” e os chamados “ritos de instituição”²⁵ envolvem o sujeito no polo comportamental referente a seu sexo, instituindo o que se denomina “identidade social”. Assim, “os princípios antagonônicos da identidade masculina e da identidade feminina se inscrevem (...) sob forma de maneiras permanentes de se servir do corpo, ou de manter a postura, que são como que a (...) naturalização de uma ética” (BOURDIEU, 2012[1998], p. 20) e de uma estética. Contudo, esse processo de socialização por meio do qual os corpos humanos passam pode ser pacífico ou não. Isso significa que há casos nos quais o sujeito atende passiva e indiferentemente às designações as quais lhe foram determinadas pelo seu respectivo polo – ou seja, sua “identidade de gênero”²⁶ converge com sua disposição biológica –, e casos nos quais esse atendimento é, no mínimo, desconfortável.

25 “Eventos” que inferem verdadeira instituição do padrão comportamental dos gêneros e de suas construções simbólicas.

26 O conceito “Identidade de gênero” pode ser definido como: “reconhecimento que o indivíduo possui de si mesmo, diante de padrões de gênero instituídos pelas normas sociais estabelecidas”. (SILVA, B., CERQUEIRA-SANTOS, 2014, p. 32).

Àqueles sujeitos cujo processo de socialização desempenhado pela instituição de uma identidade social típica do polo previamente designado ao seu sexo é pacífico, isto é, não despontando incongruência entre o sexo do indivíduo e o gênero a ele atribuído, dá-se o nome de sujeitos cisgênero²⁷. Essa seria a “regra geral” para a operabilidade clássica entre os polos “masculino” e “feminino”. Tido esse fenômeno de subsunção do sexo ao gênero como natural, seria essa a “ordem natural das coisas”. Entretanto, como já pontuado, um grande marco da contemporaneidade são as reivindicações políticas e jurídicas dos “novos sujeitos de direitos”, ou seja, dos indivíduos que transgridem os polos “homem-pênis” e “mulher-vagina” de modo a questionar a relação entre os gêneros culturais e simbolicamente instituídos e o sexo biológico. Para esses indivíduos, o processo de socialização pelo qual lhes foram instituídos seus gêneros não condiz com seus próprios anseios em relação ao que projetam para si nem com a forma como eles se percebem perante o restante de sua coletividade. A esses indivíduos determina-se o prefixo “trans”. Nesse momento, as disposições tidas como “naturais” e “imutáveis” dos gêneros confundem-se: os sujeitos “trans” mostram, através da sua própria existência, que “ser mulher” e “ser homem” não é tão simples quanto à subsunção do “pênis” e da “vagina” aos polos “homem” e “mulher”.

A expressão “transgênero” seria, como comumente é empregada, uma “expressão guarda-chuva”. Isso porque ela designa vários casos de pessoas cujo gênero assumido não corresponde àquele designado ao seu sexo biológico. A grande discussão, e deveras a maior problemática acerca dessas definições, dentro do termo “transgênero”, é aquela referente às distinções entre os termos “transexual” e “travesti”. Comumente lança-se mão da realização ou não da cirurgia de redesignação sexual (ou de transgenitalização) para diferenciar ambas as nomenclaturas e/ou do grau de desconforto do sujeito com o pênis. Contudo, há uma evidente problemática nesse primeiro argumento: se se admite que a cirurgia de transgenitalização seja a responsável por tornar um sujeito “transexual” – e, assim, capaz de aproximá-lo às

27 O prefixo “cis” significa “deste lado” ou “aquém”, enquanto o prefixo “trans” significa “do outro lado” ou “além”. Assim, a palavra “cisgênero” é usada como antônimo da palavra “transgênero”.

mulheres cisgênero –, admite-se que haja seu afastamento de uma “travesti”²⁸. Assim, inevitavelmente, reforçar-se-iam duas ideias equivocadas em se tratando de gênero e sexo: a ideia de que o gênero é determinado pelo sexo biológico – naturalmente instituído ou cirurgicamente determinado – e a de que, por isso, as travestis seriam “menos mulheres” que as transexuais que realizassem a cirurgia de transgenitalização, invalidando, assim, toda a discussão levantada até aqui. Além disso, muito se discute justamente sobre o termo “travesti”. Algumas das pessoas que assim se identificam, além de ressignificar o tom pejorativo do termo o assumindo para si como forma de demonstração de orgulho, advogam no sentido de que a categoria “travesti” seria como um terceiro gênero, ou um não gênero. Em função dessas problemáticas distinções, adotar-se-á aqui, a fim de expandir a abrangência da categoria “mulher” jurídica e tecnicamente abordada de modo a não excluir nenhum sujeito de direitos e garantias, a expressão “transgênero” em associação à orientação da ativista brasileira Jaqueline Gomes de Jesus, que destaca: o que determina a condição transexual é como a pessoa se identifica, e não um procedimento cirúrgico (JESUS, 2012).

2.1.3 Da prévia separação entre os gêneros.

Desde a infância humana, os sujeitos nascidos com a genitália referente ao sexo masculino subordinam-se inconscientemente a um processo de desligamento do universo feminino. Segundo o terceiro capítulo de “A dominação masculina”, seja através das representações familiares²⁹, das referências culturais³⁰ ou da instituição escolar, categorias estigmatizantes³¹

28 Nesse sentido, não se pode ignorar o tom pejorativo que essa segunda nomenclatura carrega – que será abordado adiante.

29 Na qual a divisão sexual do trabalho designa às mulheres as relações privadas e aos homens as atividades públicas ligadas, sobretudo, ao sustento da família.

30 A moral patriarcal é o maior exemplo de como “mulher” e “homem” se distanciam.

31 A palavra “estigma” e suas variáveis serão amplamente abordadas no artigo. Isso porque ela é uma palavra fundamental que reúne em si a ideia de qualquer característica que não se coaduna com as expectativas sociais que se tem de um determinado sujeito. Refere-se, basicamente, ao processo de generalizar um sujeito em virtude de características específicas dele, de modo a esvaziar sua individualidade.

se encarregam de designar como cada indivíduo, através do seu gênero, deve se comportar, se perceber e ser percebido enquanto membro da coletividade humana. Assim estabelece-se uma prévia separação entre os gêneros através de linhas muito bem demarcadas sobre as características fundamentais e intrínsecas de cada um deles. Os processos de “masculinização” e de “feminização” dos corpos se apresenta como produto de sucessivas e progressivas (re)modelagens aplicadas pelas relações de dominação da estrutura masculina, de modo a distanciá-la do universo feminino e de suas representações.

2.2 Dos banheiros.

O banheiro, enquanto espaço, é o local específico para realização de necessidades fisiológicas inerentes aos seres humanos. Contudo, tal definição não abarca a sucessão de interações entre os indivíduos de uma mesma sociedade que se estabelecem a partir e em função da arquitetura dos banheiros. Homens e mulheres, como genericamente se estabelece, são separados em banheiros distintos. Danieli Siqueira (2014), em seu periódico “O banheiro: um prisma para reflexões sobre relações de gênero a partir da perspectiva simmeliana”, a partir da obra “A Ponte e a Porta”, de Simmel, lança mão de uma metáfora de Simmel, para elucidar o que ocorre entre os banheiros: “Tal como Simmel retrata este processo relacional a partir da separação das margens do rio pela ponte, o mesmo ocorre com o banheiro, que separa os elementos que a priori estão unidos, o ‘feminino’ e o ‘masculino’³².”

Assim, a separação entre os banheiros se dá também a partir do próprio paradoxo fundamental: sujo e limpo, coletivo e individual, rápido e lento, malcheiroso e cheiroso configuram polos opostos que se estendem até a mais íntima manifestação da individualidade humana (utilizar um banheiro para aliviar-se)³³. A separação dos banheiros em sua máxima expres-

32 A autora continua: “(...) O banheiro, (...) pode ser ponte e pode ser porta. Ponte no momento em que separa, demarcando e criando diferenças, colocando em extremidades, a partir de um desejo que podemos chamar de relacional, elementos que podem e estão relacionados com a natureza e a cultura ao mesmo tempo, sexo e gênero, feminino e masculino”. (SIQUEIRA, 2014, p. 358).

33 Para ilustrar, basta que se analise as características comportamentais dos homens ao urinar em comparação às das mulheres: homens urinam em pé, e, quanto pior a sua pontaria no vaso, mais eles “demarcam território”

são da dicotomia entre os gêneros pauta-se, essencialmente, num critério biológico, naturalizando-o como necessariamente interligado à expressão de gênero coincidente à do gênero a que se designa o espaço. À categoria “mulher-vagina” é reservado o banheiro “feminino”; enquanto à categoria “homem-pênis” é reservado o banheiro “masculino”.

2.2.1 Da prévia separação entre os banheiros masculino e feminino.

Embora a ideia de banheiro exista há milhares de anos, os banheiros privados, segregados por gênero, foram uma invenção moderna da Europa Ocidental, no período marcado pela urbanização, pela reforma sanitária no século XIX, pela privatização das funções do corpo e pela ideologia de separação das esferas de cada gênero (PENNER, GERSHENSON, 2009, p. 5). Houve, a partir de então, uma evolução nas formas de se entender o banheiro: de local para poupar “as vergonhas” à ideia de higiene. O padrão civilizatório que se alastrava pela Europa pregava como uma de suas bandeiras comportamentais justamente essa ideia de “privacidade” dos atos fisiológicos, expressando-se, em última instância, no fato de sequer entrar em contato com o corpo humano do sexo oposto³⁴.

À luz desse momento histórico, entende-se o papel fundamental da medicina higienista da época nas suas ferozes implicações na maneira como as casas burguesas se organizavam, sobretudo quanto sua limpeza. Até então, o interior das casas estava designado às mulheres, ou seja, ao ambiente escuro, insalubre, úmido; em contraposição, aos homens estava designado o espaço público: claro, saudável, seco. Quando as mulheres começaram a ocupar as ruas, ensejou necessariamente a necessidade de se criar banhei-

e, assim, mais se mostram viris. As mulheres, por sua vez, urinam discretamente: sentadas, silenciosas, sozinhas e, ainda, necessariamente, limpam-se no final do ato sob pena de serem chamadas de “porcas”.

34 Para ilustrar isso, podemos citar o seguinte extrato, retirado da obra de Jean-Baptiste de La Salle, “Les Règles de la bienséance et de la civilité chrétienne”, comentado por Norbert Elias em sua obra “O Processo Civilizatório”: “É muito contrário à decência e à propriedade tocar ou ver em outra pessoa, principalmente do sexo oposto, aquilo que os Céus proíbem que você olhe em si mesmo. Quando precisar urinar, deve sempre retirar-se para um local não frequentado. E é correto (mesmo no caso de crianças) cumprir outras funções naturais em locais onde não possam ser vistas.” (LA SALLE apud ELIAS, 1994, p. 138).

ros também para elas. Antes, os banheiros públicos eram exclusivamente masculinos, ratificando a ideia de que as mulheres sequer frequentavam o ambiente público. Criar banheiros públicos também para as mulheres significaria trazê-las para esse espaço, definitivamente; seria como convidá-las a sair de suas casas e de sua rotina privada, o que contrariava frontalmente toda a própria estrutura de violência e de dominação simbólicas.

Assim, a separação dos banheiros entre os sexos mostra-se uma herança direta do movimento higienista europeu do século XIX. Noutro prisma, ainda mais aprofundado, podemos tê-la, também, como consequência, prova e ilustração clara da manifestação da estruturação paradoxal entre os gêneros: se a dominação masculina se encarregava de manter o espaço público exclusivamente destinado aos homens, os banheiros desses espaços, naturalmente, seriam projetados de tal maneira apenas a contemplá-los; a partir do momento em que se democratiza o espaço público de modo a contemplar também as mulheres, enseja a necessidade de lhes garantir também banheiros próprios, porém distintos dos masculinos.

Destarte, evidencia-se pacífica a estipulação de que os homens devam utilizar os banheiros masculinos, e as mulheres, os femininos. Contudo, essa dicotomia homem/masculino e mulher/feminino não se conservaria imutável ao longo do tempo. A grande questão sobre o uso de banheiros por mulheres transgênero, nesse sentido, desperta a partir de uma discussão mais profunda e mais controversa do que essa. Contemporaneamente, atravessa-se uma onda massiva de ressignificações de conceitos e ideários tidos, há muito, como naturalizados. Assim, a discussão sobre os banheiros em si encontra-se permeada pela discussão do que se entende pelo conceito de “mulher” e quem ele pretende abarcar especificamente.

2.2.2. Performance de feminilidade: ser mulher como ser percebido pelo outro.

A discussão que orbita a definição do que se entende por “mulher” é, hoje, uma das problemáticas que mais se encontra em pauta tanto nos

movimentos feministas quanto no movimento LGBTQ+. O objetivo do presente artigo não é se debruçar especificamente sobre esse tema e sobre essa discussão teórica; aqui, tendo em vista os paradigmas jurídicos que têm se estabelecido de modo a garantir e promover a dignidade de todos, buscar-se-á extrair as problemáticas dessa definição na esfera de debate sobre indivíduos que, independentemente de seu sexo, se percebem e se expõem perante a sociedade como contemplados pelo polo passivo do paradoxo sexual fundamental que fora tomado como marco teórico.

Para a sociedade como um todo³⁵, “ser mulher” se resume, basicamente, a dois elementos: ter uma vagina e “se comportar/parecer mulher”. Isso significa que, genericamente, para um sujeito poder gozar de reconhecimento social e de aprovação geral dele enquanto mulher, ele deve reunir em si o órgão sexual humano que se refere à feminilidade, invariavelmente, junto da ornamentação clássica do polo passivo, ou seja, daquilo que se entende por “feminino”. Em síntese: o indivíduo deve conjugar em si o sexo feminino e o gênero feminino.

Quando se pede a alguém que caracterize uma mulher, certamente o sujeito descreverá, em maior ou menor quantidade de detalhes: “cabelos longos, estatura média ou baixa, corpo coberto com roupas claras, talvez os pés apoiados num salto, com um rosto sem traços muito fortes e marcantes, geralmente coberto por maquiagem e acompanhado de um par de brincos nas orelhas, anéis nos dedos, pulseiras nos punhos etc”. À apropriação desse conjunto de características internalizadas nos indivíduos por meio do próprio papel da dominação masculina e da divisão social e às quais se associam os ideais de feminilidade, a essa ornamentação clássica que é associada ao polo passivo do paradoxo sexual fundamental dá-se o nome de “performance de feminilidade”. Performar feminilidade significa, em síntese, expressar-se estética e habitualmente de acordo com o modelo idealizado a que se associa o conceito de “feminino”.

35 Aqui é importante que se deixe claro que não se trata de ignorância ou de preconceitos, mas sim, na maioria das vezes, de uma concepção de mundo fixada a partir da estrutura sexual positivada nos corpos e nas mentes humanas, social e imperceptivelmente, de modo a ratificar o paradoxo sexual fundamental.

Diante disso, conclui-se que, para a sociedade em geral, legitimar um indivíduo enquanto mulher passa, além de julgar sua genitália, por validar ou não a maneira como ele está se expressando perante si próprio e perante a sociedade em que está inserido.

Bourdieu defende a tese de “ser feminino como ser-percebido”. Para o autor, a relação do sujeito com o próprio corpo depende de uma representação subjetiva (*self-esteem* do sujeito) e de uma representação objetiva (*feedback* enviado pelos outros)³⁶. Nesse sentido, explicita-se que, no imaginário do senso comum, para que o indivíduo seja reconhecido e legitimado enquanto mulher, ele deve invariavelmente performar feminilidade. A grande problemática dessa questão é: tal concepção é cisnormativa, como haveria de ser em virtude do modo como as disposições de gênero naturalizaram o paradigma “mulher-vagina” e “homem-pênis”. A partir do momento em que se estabelece que os sujeitos que nascerem com vagina devem ter “cabelos longos, estatura média ou baixa, corpo coberto com roupas claras, talvez os pés apoiados num salto, com um rosto sem traços muito fortes e marcantes, geralmente coberto por maquiagem e acompanhado de um par de brincos nas orelhas, anéis nos dedos, pulseiras nos punhos etc”, invisibiliza-se outras tantas possibilidades que podem despontar dos anseios de tantos outros sujeitos.³⁷

36 O autor destaca, ainda, que não é somente isso. Ainda segundo ele: “O corpo percebido é duplamente determinado socialmente. Por um lado, ele é (...) um produto social, que depende de suas condições sociais de produção, através de diversas mediações, tais como as condições de trabalho (...) e os hábitos alimentares (...). Por outro lado, essas propriedades corporais são aprendidas através de esquemas de percepção cujo uso nos atos de avaliação depende da posição ocupada no espaço social”. (BOURDIEU, 2012[1998], p. 80).

37 Aqui é importante que se suscite um ponto o qual não será exposto mais adiante de forma tão cautelosa, necessária e detalhada. A partir da definição que fora estabelecida acima, lança-se mão de enfatizar que as problemáticas sobre “ser mulher” não se resumem às pessoas transgênero. Há casos de mulheres cisgênero cuja percepção de si enquanto sujeito desvincula-se dos padrões estético-comportamentais que se espera de sua performance. Nesse sentido, mulheres cisgênero cujas características sejam dissociadas das redigidas e exemplificadas acima serão chamadas de “masculinas”, “esquisitas”, “desleixadas”, “porcas”, “estranhas” etc. Além disso, é de suma importância destacar que a sexualidade dessas mulheres também será posta à prova. À medida que se estabeleceu que o paradigma “mulher-vagina” e “homem-pênis” fosse complementado pela palavra “heterossexual”, inseriu-se nas discussões de gênero e sexo a sexualidade, exigindo que os indivíduos não somente se comportassem como se esperava que se comportassem em virtude da genitália, mas que, ainda, se relacionassem amorosa e sexualmente com o sexo/gênero oposto àqueles aos quais pertenciam. A sexualidade é entendida como a manifestação sexual do sujeito; isto é, o modo como ele se relaciona com outros sujeitos de sua comunidade. Ela nada tem a ver com o gênero do sujeito nem com o seu sexo. São institutos completamente dissociados no que se refere à sua manifestação no indivíduo em si. Contudo, muito se confunde os

Nessa esteira, ressalta-se um dos eixos centrais deste artigo, que pode ser extraído a partir da reflexão sobre as seguintes indagações: apropriar-se de símbolos tidos como “femininos” e ornamentar-se de acordo com tal estereótipo é uma condicionante justa e teoricamente eficaz para determinar, portanto, quem é uma mulher? Não se estaria reforçando os padrões estético-comportamentais impostos pela dominação masculina quando os moldes tidos como “femininos” fossem legitimados como fonte de validação de feminilidade?

Como já exposto, há indivíduos que transgridem o paradoxo sexual fundamental ao distanciarem-se das categorias estigmatizantes dos gêneros impostos em virtude do sexo. Além disso, há aqueles que se distanciam, também, do seu próprio sexo, ou seja, da genitália biológica. Essas distâncias se devem em razão dos mais variados motivos, cabendo à psicologia aprofundar-se nesse quesito. À comunidade jurídica interessa a compreensão de como os direitos dos “novos sujeitos de direitos” devem ser efetivamente tutelados.

Num primeiro prisma, já que novas possibilidades de ressignificações dos próprios sexos e dos gêneros vêm constantemente emergindo, deve-se trazer à luz a composição dos corpos femininos através de sujeitos que não foram socialmente designados para tal processo. Nesse sentido, Bourdieu explicitou que:

O trabalho de construção simbólica [do gênero] não se reduz a uma operação estritamente performativa de nominação que oriente e estructure as representações. (...) Ele se completa e se realiza numa transformação profunda e duradoura dos corpos (e dos cérebros), (...) e tende a excluir do universo do pensável e do factível tudo que caracteriza pertencer ao outro gênero. (BOURDIEU, 2012[1998], p. 32).

três, associando-os intrinsecamente muito em virtude da visão cis-hetero-normativa na qual nossa sociedade se inscreveu. A título de esclarecimento e de ilustração, cite-se, aqui, um exemplo de mulher trans, ressaltando sua respectiva sexualidade. Duda Salabert é uma professora mineira e primeira pessoa transexual a se candidatar ao Senado Federal; casada com uma mulher e mãe de uma filha – nota-se como o gênero de Duda nada tem a ver com sua orientação sexual (mulher trans lésbica).

Isso significa que os sujeitos que se identificam com o gênero feminino, mas que não foram biológica e socialmente designados para ele, dependem de um trabalho duplo para assumir a identidade social feminina: performar os padrões e as representações femininas, e afastar-se de todas as maneiras do universo do gênero masculino. Contudo, isso não significa que haja uma espécie de “transgênero ideal”. O que Bourdieu tenta explicitar é que não basta uma “reforma externa” do indivíduo; há uma psicologia interna e subjetiva que se distancia dos símbolos masculinos. Assim, por mais que os gêneros sejam objetivamente designados aos sujeitos desde o momento da descoberta de seus sexos biológicos, é subjetivo do indivíduo perceber-se enquanto “homem” ou enquanto “mulher”, desvinculando-se ou não daquela performance social que lhe fora designada.

“Ser homem”, socialmente, implica necessariamente num “dever ser”. Assim, a “honra” se estabelece como uma “força superior” que dirige os pensamentos e as atitudes do homem sem obrigá-lo automaticamente e sem se impor como regra racional, mas afirmando a virilidade como dogma central da performance de masculinidade. A virilidade tem por princípio o medo de qualquer associação ao feminino. Ela é uma carga que, por sua vez, impõe ao homem o “dever ser” de afirmar, perante outros homens, em toda e qualquer circunstância, sua masculinidade, associada, diretamente, à força, à bruteza, e nunca à fraqueza e à fragilidade, sob pena de remissão pelo grupo às categorias tipicamente femininas dos “fracos”, dos “delicados” dos “mulherzinhas”, dos “veados” (BOURDIEU, 2012[1998], p. 66).³⁸

As mulheres transgênero são aquelas mulheres que, nascendo com o sexo biológico “macho” e, em função do paradoxo sexual fundamental, tendo sido designadas ao gênero masculino e a esse “dever ser” narrado, não se sentindo como pertencentes à performance masculina e à sua categorização, transgridem o polo ativo e “tornam-se mulheres”³⁹.

38 É por isso que transgredir o polo ativo é tão difícil. A associação dos homens a qualquer símbolo estabelecido como feminino corrói, em certa medida, a “dignidade” do sujeito, no olhar dos outros homens.

39 Nota-se que a expressão “tornar-se mulher” encontra-se, taxativamente, entre aspas. Isso porque ela não é empregada num sentido literário ou metafórico, ou até mesmo dramático, como ocorre por exemplo na tese de Simone de Beauvoir “Ninguém nasce mulher, torna-se mulher”. Aqui, a expressão quer dizer apropriar-se dos

Nesse cenário, as cortes constitucionais têm sido constantemente postas à prova pelos “novos sujeitos de direitos”. As mulheres transgênero têm se organizado perante o Estado de forma a reivindicar sua dignidade e seus direitos enquanto cidadãs. É nesse contexto que a reinvidicação pela possibilidade de uso dos banheiros femininos se insere.

2.2.2.1 A gradação de performance de feminilidade: parâmetro para uso de banheiros femininos?

Se os banheiros são divididos entre “homens” e “mulheres”, deve-se identificar o parâmetro que se adota como filtro para segregar a entrada nesses espaços. Hoje, entendemos que esse parâmetro é a aproximação do sujeito em si dos padrões comportamentais e estéticos que se espera de cada um dos respectivos gêneros. Logo, quanto mais distante desse padrão o sujeito estiver, menos legítimo ele será considerado para utilizar o banheiro determinado a seu gênero. Em outras palavras, nos casos das mulheres, é como se o critério objetivo para permitir ou negar a uma mulher o uso de um banheiro em função do seu gênero seja exclusivamente o quão próxima ela está do padrão que se exige de uma mulher (tradicionalmente instituído a partir do padrão de uma mulher cisgênero-hetero-normativa). Assim, estabelece-se uma espécie de “escala de gradação” do que se considera “feminino” para legitimar o uso dos banheiros femininos pelas mulheres.

É justamente a consagração dessa escala como critério objetivo que tem justificado tantos casos de expulsão de mulheres transgênero de banheiros femininos. Exige-se que o sujeito tenha um padrão comportamental específico e uma ornamentação tal qual para que não seja constrangido e retirado do banheiro. Limita-se o “ser mulher” ao tom de voz, à roupa e aos traços do sujeito⁴⁰.

símbolos característicos do polo passivo do paradoxo sexual fundamental e/ou do sexo feminino de modo que tal sujeito inserido nesse processo assuma no seio da sociedade, legitimamente, a figura do que essa própria sociedade entende por “mulher”.

40 Tal fato é, inclusive, precipitadamente verificado nos autos processuais da própria defesa de Ama, no caso do RE 845.779. Em uma das justificativas da autora para que ela fosse possibilitada de usar o banheiro, sua defesa argumentou: “A fisionomia, timbre vocal, a postura etc, evidenciam a sua aparência feminina [da autora]” (STJ,

Contudo, em se tratando de uma mulher cisgênero, entra em cheque a questão da genitália: para muitos, bastava que a mulher trans realizasse a cirurgia de transgenitalização para utilizar o banheiro feminino. Ora, se assim se argumenta, novamente ratifica-se a tese que tanto se relutou para afastar até aqui de que o sexo biológico não define a forma como o indivíduo opta por se expressar na sociedade no tocante a seu gênero.

Além disso, nos casos das mulheres transgênero cuja genitália é a referente ao sexo masculino, a situação se complica: são essas mulheres trans rebaixadas às adjetivações pejorativas, como “traveco”, tendo sua identidade social de mulher totalmente diminuída e, quando não, retirada por pessoas cisgênero. Fora tal como se sucedeu a humilhação dos seguranças do shopping Beiramar no caso de Ama.

Exposto isso, entendemos que a referida “escala de gradação de performance de feminilidade” é, no mínimo, simplista demais para atender aos “novos sujeitos de direitos”, além de ter padrões valorativos. Ademais, a simples verificação da genitália feminina também como critério objetivo legitimaria a violação da dignidade, da honra e da privacidade das mulheres transgênero que não realizam a cirurgia de transgenitalização. É por isso que urge tanto uma resposta do Judiciário sobre como resolver essa questão a fim de evitar que esse conflito se transforme em mais e mais lides, sem respostas unificadas.

2.2.3 Afinal, banheiros são espaços públicos ou privados?

Definir se uma mulher transgênero pode ou não pode utilizar um banheiro feminino enseja necessariamente em discutir se banheiros são espaço público ou espaço privado. Sendo espaço público, não é cabível qualquer

2013, fl. 100) (Vide fl. 94 e-AREsp 405509/SC com a foto de Ama). Por mais que se trate de uma tentativa da defesa de comprovar que, sendo a performance de feminilidade o critério para adentrar o banheiro a autora deveria ter podido fazê-lo, a utilização desse argumento fomenta a tese de que somente mulheres transgênero – e cisgênero também – que se ornamentem com adereços e símbolos tidos socialmente como femininos podem entrar no banheiro. A partir desse argumento, nega-se a dignidade e os direitos das mulheres trans que não necessariamente “usam vestidos, cabelos longos, acessórios e maquiagens”. Ademais, renega-os, ainda, às próprias mulheres cisgênero que não o fazem.

tipo de restrição quanto ao seu acesso. Por outro lado, sendo privado, cabe à entidade que o gerencia determinar as regras para a utilização. Em verdade, acertou o shopping Beiramar, recorrido do Recurso Extraordinário 845.779, ao dizer em seu Recurso de Apelação que “não há no ordenamento pátrio, qualquer norma que discipline sobre a utilização de sanitários” (STJ, 2013, fl. 130). Apesar de o ordenamento jurídico não disciplinar sobre o assunto, ele disciplina que as regras internas de um estabelecimento não podem violar a legislação positiva do ordenamento jurídico nacional⁴¹. Portanto, nesse sentido, entende-se que as regras de utilização ou não de banheiros não podem violar a honra, a imagem, a privacidade e, acima de tudo, a dignidade humana, por serem esses institutos jurídicos os ditames legais que o próprio apelado evidenciou no RE 845.779.

Assim, como evidenciou o STF, “constitui questão constitucional saber se uma pessoa pode ou não ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta socialmente”. Assim, resta infundada a alegação do shopping de que “não configura ato ilícito impedir uma mulher transgênero de utilizar o banheiro feminino”.

É importante destacar que há divergência jurisprudencial sobre a licitude de vedar a utilização de banheiros⁴². No REsp 279273/SP, que versa sobre a trágica explosão no shopping de Osasco-SP, a min. Nancy Andrighi se pronunciou favoravelmente à equiparação dos transeuntes de shoppings centers a consumidores, ainda que não haja a intenção de comprar bens, nos termos dos arts. 2º e 17 do CDC. Assim, deve haver uma associação direta à feliz tese da defesa da autora, que destaca que:

O mero impedimento à utilização do banheiro é passível de gerar o dever de indenizar, porquanto de tratar de um serviço,

41 Como bem salientou o apelado no mesmo documento anteriormente citado, “o Beiramar Shopping [é] um empreendimento privado, de forma que a sua administração cabe disciplinar a utilização de suas dependências, respeitando os ditames legais” (STJ, 2013, fl. 130).

42 Como destacou a recorrente, o Acórdão de Relatoria do Des. Luís Francisco Aguillar Cortez, da Nona Câmara de Direito Privado do TJSP, reconheceu o dever de um Shopping Center de indenizar por furto sofrido dentro do referido estabelecimento. Destaca-se o fato de aplicabilidade de indenizar mesmo se tratando de serviço gratuito (como no caso dos banheiros, por analogia).

em que todo e qualquer transeunte espera poder fazer normalmente o uso deste, uma vez que se encontra disponível à coletividade.

(STJ, 2013, fl. 259)

Além desse ponto, estabelecer a natureza pública ou privada dos banheiros importa para estabelecer os limites entre a privacidade das mulheres transgênero e das mulheres cisgênero num mesmo banheiro. O estabelecimento apelado alegou que “não se pode impor às mulheres que utilize [sic] o toailete feminino, uma vez que seu gênero é masculino na concepção biológica e certamente [isso] causará constrangimento no local” (STJ, 2013, fl. 111). Em suma, defende que o simples fato de haver uma genitália masculina no banheiro feminino seria potencialmente constrangedor para as mulheres cisgênero; entretanto não explica como e em que medida isso aconteceria. Válido lembrar que os banheiros femininos são separados por cabines individuais, nas quais, privadamente, cada sujeito se alivia sozinho, isolado dos demais – diferentemente dos mictórios dos banheiros masculinos. Nesse sentido, proferiu o juiz de primeira instância do caso: “Inconsistente o argumento trazido pelo demandado, eis que lavabos localizados dentro do banheiro feminino são individuais e fechados”. Se sequer a genitália das mulheres transgênero pode ser vista nos lavabos dos banheiros femininos, como elas poderiam constranger as mulheres cisgênero? Há outro argumento para justificar o absurdo de negar às mulheres transgênero a possibilidade de elas utilizarem os banheiros femininos que não a transfobia velada?

2.2.3.1 Por que mulheres transgênero incomodam tanto em banheiros femininos.

O modo como as mulheres cisgênero lidam com as mulheres transgênero quando compartilhado o espaço do banheiro reflete naturalmente o modo como as relações entre pessoas cisgênero e transgênero se dá na própria sociedade. Se é fato que o mundo tem avançado significativamente no

que se refere às discussões de ressignificação dos padrões de gênero, de sexo e de sexualidade, é fato também que forças conservadoras se reorganizem de modo a tentar restabelecer o paradoxo sexual fundamental e, assim, os limites para quem nasce com um pênis e para quem nasce com uma vagina.

No Brasil, despontam ao mesmo tempo os movimentos sociais progressistas e identitários, bem como as forças conservadoras de estruturas arcaicas e pouco flexíveis. Essas duas forças postas em uma mesma sociedade inevitavelmente acarretam num debate aguçado entre suas visões de mundo. Como o Brasil se estruturou, a partir daqueles três prismas pontuados no ponto 3.1.3⁴³, entende-se que as mulheres trans serão necessariamente marginalizadas. Elas transgridem as estruturas familiares ao inverter a lógica representativa de “pai” a “mãe”; elas vão contra os valores e as representações instituídas culturalmente pelo cristianismo segundo o qual “deus criou o homem e a mulher”, os quais legitimam argumentos criacionistas que carecem de análises sociológicas, como “Se deus o criou homem, você não pode se sentir mulher, pois, fazendo-o, estaria admitindo que deus errou na sua criação, e deus jamais erra”; e, por fim, elas, no ambiente escolar, não se enquadram ao processo de socialização que se espera delas enquanto “meninos”, fazendo com que as demais crianças, baseadas no modo de pensar culturalmente instituído o qual já pontuamos, excluam-nas dos ciclos de convívio por pura e simples “aversão” àquela “anomalia” do que se entende por natural segundo os ditames de gênero.

Nesse cenário, muitos argumentam que às mulheres transgênero estaria renegado o direito a utilizar o banheiro feminino em função da “segurança” das mulheres cisgênero. Essa falácia nada mais é que um argumento transfóbico revestido de certa solenidade para mascarar um preconceito latente em relação às mulheres transgênero: a associação delas à figura masculinizada da “travesti predadora”. Esse estigma está muito mais associado às mulheres transgênero que não realizaram a cirurgia de transgenitaliza-

43 Quais sejam: as representações familiares segundo a qual a divisão sexual do trabalho designa às mulheres as tarefas domésticas e aos homens as atividades públicas; as referências culturais de uma moral cristã, hetero-cis-normativa patriarcal e as instituições escolares, as quais contribuem para traçar não só os destinos sociais dos sujeitos como modos de pensar.

ção. Argumentam pessoas cisgênero no sentido de estigmatizar as mulheres transgênero que não realizaram a cirurgia como seres “agressivos”, “predatórios”, “de baixo nível” e “ligados à perversidade sexual”. Essa estigmatização logo emerge em argumentos do tipo: “Eu não gostaria que minha filha estivesse num banheiro com um homem [sic] com pênis”, de modo a associar as referidas mulheres a comportamentos masculinos típicos das disposições do polo ativo dos gêneros e que ratificam a dominação masculina nos próprios homens cisgênero.

Falar em segurança nos banheiros femininos não é falar de violência contra as mulheres cisgênero. Muito pelo contrário. Falar sobre isso é falar em violações de direitos das mulheres transgênero que, se não são moralmente violentadas ao fazer uso de um banheiro feminino, são fisicamente retiradas ou eschachadas à força. Não há dados ou levantamentos sobre atos discriminatórios ou de violações sexuais de mulheres transgênero a mulheres cisgênero. Em compensação, todos os dias há manchetes de jornais que mostram atos transfóbicos e violação de direitos da população transgênero em banheiros femininos. Em 8/8/2012, foi Ama; em 26/12/2015, foi Hanna (NASSER, 2020); em 24/08/2019, foi Danielle (MARTINS, 2020); e em 4/01/2020, foi Lanna (BARDELLA, 2020). Esses casos são apenas alguns exemplos retirados de uma rápida pesquisa sobre o assunto em um site online de buscas. Segundo pesquisa publicada pela revista “Gênero e Número”, realizada a partir de dados do Ministério da Saúde, 11 pessoas trans são agredidas por dia no Brasil (SILVA, V., 2020). Esses sim são fatos e dados os quais não se pode ignorar.

Caso o STF decida por impedir que mulheres transgênero utilizem banheiros femininos, desencadear-se-ão uma série de reações para essas cidadãs brasileiras que, em verdade, potencialmente põem em risco direitos e garantias desses “novos sujeitos de direitos”. Objetiva e categoricamente, depreende-se, a partir de uma cadeia lógica de reflexão consequencial, que se o ordenamento jurídico negar que mulheres transgênero utilizem o banheiro feminino, elas terão de utilizar o masculino. Utilizando o banheiro masculino, oras, estariam essas mulheres expostas não somente às arbitra-

riedades do machismo, mas também às da transfobia. Destaca-se, nesse sentido, o que aconteceria caso uma mulher trans, que performe feminilidade em sua máxima potência, fosse coagida pelo ordenamento a entrar num banheiro masculino. Já no ato de adentrar o recinto, subjetivamente, aquela mulher teria sua honra violada, pois não há como se respeitar a honra de um indivíduo se não se respeita a imagem através da qual ele se apresenta. Ademais, o Estado estaria rebaixando aquele sujeito a uma categoria inferior à de “mulher legítima” – essa categoria a qual se restringiria a mulheres cisgênero que performam feminilidade – e retirando-a sua autonomia de exercer seus direitos como tal, violando, assim, sua dignidade humana. Estar-se-ia ratificando que elas não são “tão mulheres quanto as mulheres cis” e, mais ainda, validar-se-ia que os banheiros sejam separados por sexo, e não por gênero. Nesse sentido ainda, deve-se antecipar como essa mulher seria recepcionada pelos homens cisgênero nesses banheiros. Piadas morais, ofensas pessoais, violência física, violações e estupros são, corriqueiramente, elementos que acompanham as manchetes de jornais em se tratando da população transgênero feminina nas próprias ruas; imagine-se, assim, como seriam em banheiros (esses os quais, apesar de serem públicos, são delimitados por paredes as quais cercam homens num ambiente na qual a virilidade se aflora e a performance de masculinidade se aguça, pois deve ser legitimada pelo “bando” de outros homens que ali se encontram).

Em contrapartida, caso a Suprema Corte decida por legalizar e, assim, legitimar que mulheres transgênero utilizem banheiros femininos, estar-se-ia, à luz de tudo o que fora suscitado ao longo do ponto 3 do artigo, diante de uma efetivação direta dos direitos fundamentais e civis daquelas mulheres. Isso porque se tornaria ilegal constranger os “novos sujeitos de direitos”, de modo a violar suas respectivas dignidades humanas. Num primeiro momento, se reconheceria, definitivamente, que para o Estado brasileiro mulheres transgênero são “tão mulheres quanto” mulheres cisgênero⁴⁴. Além disso, às mulheres cisgênero não haverá nenhum prejuízo, uma vez que, como já fora apontado, as cabines femininas são individuais,

44 A intimidade de um indivíduo em sua máxima manifestação pode se associar a sua liberdade de se expressar como se sente à vontade e de se expressar em sua mais perfeita forma no uso íntimo de um banheiro.

nada interferindo na ordem das coisas se a genitália da mulher que ali está corresponde ou não corresponde ao paradigma “mulher-vagina”. Nesse sentido, a performance de feminilidade não mais seria o critério objetivo para legitimar ou não o uso dos banheiros femininos pelas mulheres transgênero.

2.2.3.2 Porque a criação de um terceiro banheiro não é válida.

Poder-se-ia supor válida a ideia de se criar um terceiro banheiro. Ela, pelo mesmo motivo elencado anteriormente, mostra-se uma proposta fraca. Se esse terceiro banheiro fosse dirigido às pessoas transgênero, estar-se-ia, novamente, negando às pessoas trans a possibilidade de serem reconhecidas enquanto mulheres/homens perante a sociedade, sendo renegadas, simplesmente, ao prefixo “trans” e, conseqüentemente, a uma “terceira categoria de gêneros”, que não gozaria de reconhecimento e de status tal qual “feminino” e “masculino”, sendo os banheiros, portanto, divididos entre “pessoas cis” e “pessoas trans”. Por outro lado, se o terceiro banheiro fosse um banheiro que se pretendesse “neutro”, no qual entraria qualquer pessoa, estaríamos validando que mulheres cis não entrassem em banheiros femininos “por medo de encontrarem uma mulher transgênero lá dentro”. Isso também não parece aceitável.

3. Posicionamento do STF: a força da ADI 4.275 e da Resolução 73/2018 do CNJ.

Diante dos embates apresentados e da evidente necessidade de uma resposta por parte do Judiciário para a problemática em questão, o STF deverá, assumindo seu papel decisivo de guardião da Constituição Federal, admitir o RE 845.779 ou negá-lo. Ou seja, ou o STF permitirá que mulheres transgênero acessem banheiros femininos, ou não permitirá. A tomada de um desses dois caminhos deve observar impreterivelmente duas forças vinculantes advindas uma da própria Suprema Corte, outra advinda do Conselho Nacional de Justiça (CNJ): a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.274 e a Resolução nº 73/2018 do CNJ, respectivamente.

A ADI 4.275 é uma ação movida pela Procuradoria Geral da República (PGR) que visa, em síntese, a uma reinterpretação do art. 58 da Lei de Registros Públicos – LRP⁴⁵, o qual determina que “O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios”. Nesse sentido, argumentou a PGR que a expressão “apelidos públicos notórios” deveria ser reinterpretada de modo a contemplar também o nome social dos sujeitos transgênero, viabilizando, assim, a mudança do prenome no Registro Civil (RG) das pessoas trans, garantindo-lhes consonância entre a forma como se expressam perante a sociedade e o modo como o Estado as reconhece. Além disso, tal ADI foi a responsável por positivar que, para a mudança do nome social e do sexo no Registro Civil da pessoa transgênero, a cirurgia de transgenitalização, o tratamento hormonal ou laudos técnicos de médicos ou psiquiatras não são imprescindíveis⁴⁶”.

O raciocínio basilar para positivação de tal interpretação fixa-se sobre a seguinte tese:

A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer (...) dispõe do direito fundamental **subjeto** à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil (...), independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

(BRASIL, 2018. Grifo nosso)

Determinando que a possibilidade de o indivíduo verificar uma disjunção entre seu gênero instituído pela sua genitália e aquele gênero com o qual ele realmente se identifica garante ao sujeito a possibilidade de mudar seus documentos oficiais, o STF positivou que o gênero dos cidadãos é

⁴⁵ Lei nº 6.015 de 1973.

⁴⁶ Como argumentou o relator min. Marco Aurélio em seu voto: “Impossível, juridicamente, é impor a mutilação àqueles que, tão somente, buscam a plena fruição de direitos fundamentais, a integral proteção assegurada pela dignidade da pessoa humana”. No mesmo sentido, fixou como premissa de seu voto o min. Edson Fachin que “A pessoa não deve provar o que é e o Estado não deve condicionar a expressão da identidade a qualquer tipo de modelo, ainda que meramente procedimental”.

uma construção social através da qual os sujeitos, subjetivamente, se auto-identificam com um ou com o outro dos gêneros instituídos. Nesse sentido, extraem-se dois posicionamentos fundamentais do STF frente à temática de garantia e proteção dos direitos das pessoas transgênero que servem como premissa para orientar o RE 845.779: repeliu-se a tese de que o gênero é eterno e imutável e, acima de tudo, objetivamente fixado a partir do sexo biológico dos cidadãos; e, além disso, consagrou apenas a manifestação de vontade do sujeito transgênero como condição para a alteração dos dados (nome e sexo)⁴⁷.

A segunda força vinculante que deve orientar a decisão do RE 845.779 trata-se, como adiantado, da Resolução nº 73/2018, do CNJ. Essa resolução determinou, a partir do entendimento positivado pela ADI 4.275 e da nova interpretação dada ao art. 58 da LRP, as disposições procedimentais para alteração do prenome e do gênero nos assentos documentais de Registro Civil das pessoas transgênero⁴⁸. O art. 4º do documento estabelece a autonomia do requerente como critério para possibilidade de alteração dos documentos, e elenca os documentos necessários para o procedimento⁴⁹.

Ora, se a autoidentificação do indivíduo é o único critério para haver a mudança do sexo e do gênero do sujeito perante o próprio ordenamento legal brasileiro por força das próprias disposições vinculantes tanto do STF quanto do CNJ, a partir do momento em que essa mudança é realizada, a mulher transgênero passa, perante o Estado, a ser reconhecida enquanto pertencente àquele gênero com o qual se identifica. Assim, perante esse

47 Dessa maneira, a Suprema Corte manifestou sua associação à tese socioantropológica da instituição dos gêneros – ou seja, àquela que não condiciona a identificação de um sujeito com um gênero a nenhum fator hormonal ou corporal, mas apenas à psicologia e à autonomia de vontade.

48 É válido destacar, aqui, como é feliz o documento em, sempre, referir-se aos sujeitos trans como “transgênero”.

49 Hoje, para realizar a inclusão do nome social no CPF, basta que o sujeito preencha um formulário (<http://www.guiadareceitafederal.com.br/downloads/requerimento-inclusao-exclusao-nome-social-cpf-anexo1-norma-execucao-cocad-02-2017.pdf>) e o leve a uma unidade de atendimento da Receita Federal, juntamente com um documento de identidade original com foto. Já para solicitação da inclusão do nome social e do gênero com o qual a pessoa trans se identifica na certidão de nascimento ou de casamento, o indivíduo deve comparecer a um cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais (RCPN), com o RG, CPF e certidão de nascimento ou casamento (originais), dentre outros documentos previstos nos incisos do art. 4º da Resolução nº 73/2018 do CNJ, preencher um formulário, assinar uma declaração exclusiva do cartório e aguardar análise. Após aprovação, o documento oficial é emitido em até cinco dias úteis com alteração do prenome e sexo.

mesmo Estado, ela passa a ser tão sujeito de direitos quanto uma mulher cisgênero. Não há, assim, como negar àquelas primeiras os direitos conferidos às mulheres, cis, uma vez que essa distinção deixa de existir aos olhos do ordenamento, tornando todos os sujeitos que estão legalmente registrados como “mulheres”, apenas mulheres, sem nenhum sufixo.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que não há como se adotar critérios objetivos que permitam ou não a entrada dos indivíduos em banheiros de acordo com seu gênero, haja vista que o gênero de um sujeito em si é subjetivamente apropriado por ele mesmo. Argumentou-se, ao longo de toda Parte 3 deste artigo, sobre como o paradoxo fundamental da separação dos gêneros é uma verdadeira característica estruturante das relações em sociedade; além disso, expôs-se as relações de dominação que se estabelecem a partir da vinculação desse paradoxo e de seus dois consequentes polos ativo e passivo, quais sejam “masculino-homem-pênis” e “feminino-mulher-pênis”. A partir deles, a relação entre o gênero socialmente construído a partir do que se considera naturalmente advindo do sexo biológico foi esmiuçada de modo a clarear o papel dos “novos sujeitos de direitos” como verdadeiros agentes transcendentais dos polos estigmatizantes citados.

Assim, o que cabe é a fixação de critérios objetivos para a permanência, e não para a entrada, das mulheres transgênero nos banheiros femininos. É a adoção dos ditos critérios a partir da previsão de conflitos em potencial que emergem se um sujeito, estranho às mulheres cisgênero, entra no banheiro feminino. Dado o apreço que nossa sociedade tem pela legalidade e pelos documentos oficiais, bem como o momento em que a mulher transgênero surge enquanto tal para o próprio Estado, os documentos com nome social feminino e a alteração desse dado e do sexo do sujeito, independentemente de cirurgia de transgenitalização, em suas certidões, comporiam os parâmetros capazes de assegurar às mulheres trans a legitimidade e, mais do que isso, a legalidade de frequentarem banheiros femininos. Assim, a partir do momento em que essa mulher trans é reconhecida pelo próprio Estado

como mulher, ela ganha indiscutivelmente o direito de todas as mulheres de utilizarem um banheiro feminino⁵⁰. Se houver constrangimento na abordagem dessas mulheres nessa situação ou em qualquer outra situação similar, o ordenamento jurídico já assume para si a forma clássica de indenizar isso na figura dos “danos morais”. A questão passaria a ser de outra ordem e natureza; às mulheres trans, o direito de utilizar um banheiro feminino estaria finalmente assegurado. Assim, seguindo a máxima do brocardo jurídico *in eo quod plus est semper inest et minus*, ou seja, “quem pode o mais pode o menos”, é natural que se deduza, objetiva e racionalmente, que, se há a possibilidade de “se fazer o mais”, ou seja, de se alterar em todos os documentos oficiais do Estado brasileiro o nome e o sexo do indivíduo, seria no mínimo controverso não permitir que “se faça o menos”, ou seja, que a mulher trans utilize o banheiro determinado ao gênero feminino.

REFERÊNCIAS

BAGAGLI, Beatriz Pagliarini. A diferença trans no gênero para além da patologização. **Revista de estudos indisciplinados em gêneros e sexualidades**. Publicação periódica vinculada ao Grupo de Pesquisa CUS, da Universidade Federal da Bahia – UFBA. Salvador, n. 5, v. 1, maio-out.2016.

BARDELLA, Ana. Impedida de usar banheiro, mulher trans denuncia shopping de Maceió. 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/01/04/impedida-de-usar-banheiro-mulher-trans-denuncia-shopping-de-maceio.htm>. Acesso em 23/01/2020.

BARROSO, Luis Roberto, STF. TRANSEXUAL. PROIBIÇÃO DE USO DE BANHEIRO FEMININO EM SHOPPING CENTER. ALEGADA VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A DIREITOS DA PERSONALIDADE. PRESENÇA DE RE-

50 Importante citar, aqui, a fl. 34 do processo da AREsp 405509/SC. Nela, a defesa do shopping Beiramar, para legitimar a retirada de Ama do banheiro feminino, argumenta que “pois sendo o autor do sexo masculino, é forçoso reconhecer [que o] sanitário a ser utilizado por ele deve ser o destinado aos homens e não o das mulheres” porque “a Carteira de Identidade (...) dá conta de que não houve alteração do registro civil do autor para constar nome feminino”.

PERCUSSÃO GERAL. Recurso Extraordinário 845.779. Manifestação da existência de Repercussão Geral. Recorrente André dos Santos Fialho, recorrido Beiramar Shopping. Relator min. Luís Roberto Barroso, 13 de novembro de 2014.

BOURDIEU, Pierre [1998]. **A dominação masculina**. Bertrand Brasil, 11ª edição, 2012.

BRASIL. Decreto-lei nº 8.727, de 28 de abril de 2016. Institui o nome social para pessoas trans na administração pública.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

FREITAS, Cláudia Regina Miranda de. O cárcere feminino: do surgimento às recentes modificações introduzidas pela lei de execução penal. **Revista Fac Arnaldo Janssen Direito**. 2014;4(4):125-45.

GREENAWAY, Peter. Ladies and Gents: Public Toilets and Gender. Edited by Olga Gershenson and Barbara Penner, **Temple University** Press, 2009. JSTOR, www.jstor.org/stable/j.ctt14btdn9. Acessado em 2001/2020.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Guia técnico sobre pessoas transexuais, travestis e demais transgêneros, para formadores de opinião**, 2012.

STJ. RECURSO ESPECIAL : AREsp 405509/SC. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Agravante: André Dos Santos Fialho. Agravado: BEIRAMAR EMPRESA DE SHOPPING CENTER LTDA. Autuado em 19/09/2013.

LA SALLE apud ELIAS. **O Processo Civilizatório**, 1994

MARTINS, Felipe. Mulher trans é impedida de usar banheiro feminino por policiais. 2019. Disponível em: <https://riogaylife.com.br/mulher-trans-e-impedida-de-usar-banheiro-feminino-por-policiais/>. Acesso em 23/01/2020.

NASSER, Júlio. Transexual diz que está sem chão após ser impedida de usar banheiro feminino. 2015. Disponível em: <https://www.dm.jor.br/cotidiano/2015/12/transexual-diz-que-esta-sem-chao-apos-ser-impedida-de-usar-banheiro-feminino/>. Acesso em 23/01/2020.

SILVA, B. B., & CERQUEIRA-SANTOS, E. (2014). Apoio e suporte social na identidade social de travestis, transexuais e transgêneros. **Revista da SPAGESP**, 15(2), 27-44, 2014.

SILVA, Vitória Régia da. Transfobia: 11 pessoas trans são agredidas a cada dia no Brasil. 2019. Disponível em: <http://www.generonumero.media/transfobia-11-pessoas-trans-sao-agredidas-a-cada-dia-no-brasil-2/>. Acesso em 23/01/2020.

SIQUEIRA, D. (2014). O banheiro: um prisma para reflexões sobre relações de gênero a partir da perspectiva simmeliana. **Revista de ciências sociais – política e trabalho**, 1(40), p. 358. Recuperado de <https://periodicos.ufpb.br/index.php/politicaetrabalho/article/view/13426>.

STF, AI-AgR n. 587.991/RS, rel. Min. Carlos Britto, j. 15/9/2006

SUIAMA, Sérgio Gardenghi. Um modelo autodeterminativo para o direito de transgênero. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 11 – n. 37, p. 101-139 – Edição Especial 2012.

VIANA, Fabrício. Segundo relatório TGEU, Brasil segue no 1º lugar do ranking do assassinato de transexuais. 2018. Disponível em: <http://paradasp.org.br/segundo-relatorio-tgeu-brasil-segue-no-1o-lugar-do-ranking-de-assassinatos-de-transexuais/>. Acesso em 01/02/2020.

PERSPECTIVAS SOBRE A SUPERAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO PROVINCIANO PELO TRANSCONSTITUCIONALISMO

José Roque Nunes Marques

Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP e Doutor em Programa Multi-institucional de Pós-graduação em Biotecnologia pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM. Professor Adjunto da Universidade Federal do Amazonas - UFAM.

Leonam da Costa Portela

Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM. Especialista em Direito Público pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus - FDDJ. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus - FDDJ. Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM.

Recebido em: 01/07/2020

Aprovado em: 31/08/2020 e 11/09/2020

RESUMO: O presente artigo traz reflexões sobre as novas perspectivas jurídicas introduzidas a partir da análise do transconstitucionalismo em contraponto ao constitucionalismo provinciano - este entendido como a jurisdição constitucional adstrita às amarras do Estado Nacional. A opção metodológica envolve uma pesquisa descritiva e de revisão sistemática da literatura, realizada por meio de pesquisa bibliográfica e documental, com análise dos instrumentos jurídicos, textos normativos, doutrina e jurisprudência. Far-se-á, inicialmente,

te, uma abordagem sociojurídica que permita efetuar pesquisas nos aspectos teóricos que envolvem o tema, por intermédio da análise da literatura já publicada em forma de livros, revistas, artigos, publicações avulsas, enfim, publicações especializadas, imprensa escrita e dados oficiais publicados na internet, que abordem direta ou indiretamente o tema em análise das áreas de Teoria do Estado, Teoria do Direito, Direito Constitucional, Direitos Fundamentais, Direito Internacional e Direito da Integração. Busca-se analisar as profundas transformações que têm ocorrido na sociedade mundial a partir do surgimento da teoria transconstitucionalista em superação ao constitucionalismo provinciano. Embora fundamental e indispensável, o Estado não mais detém o privilégio da análise e resolução de problemas constitucionais. Trata-se apenas de um dentre os diversos detentores dessa competência na busca do tratamento desses problemas, que estão muito além da jurisdição dos Estados.

PALAVRAS-CHAVE: constitucionalismo; constitucionalismo provinciano; superação; transconstitucionalismo.

ABSTRACT: This article reflects on the new legal perspectives introduced from the analysis of transconstitutionalism as opposed to provincial constitutionalism - the latter understood as the constitutional jurisdiction attached to the National State. The methodological option involves a descriptive research and systematic review of the literature, carried out through bibliographic and documentary research, with analysis of legal instruments, normative texts, doctrine and jurisprudence. Initially, there will be a socio-legal approach that allows research on the theoretical aspects that involve the theme, through the analysis of the literature already published in the form of books, magazines, articles, separate publications, in short, specialized publications, written press and official data published on the Internet, which directly or indirectly address the topic under analysis in the areas of State Theory, Theory of Law, Constitutional Law, Fundamental Rights, International Law and Integration Law. We seek to analyze the profound transformations that have occurred in world society since the emergence of the transconstitutionalist theory in

overcoming the provincial constitutionalism. Although fundamental and indispensable, the State no longer has the privilege of analyzing and solving constitutional problems. It is just one of several holders of this competence in seeking to address these problems that are far beyond the jurisdiction of States.

KEYWORDS: constitutionalism; provincial constitutionalism; overcoming; transconstitucionalism.

1 INTRODUÇÃO

A partir do contexto histórico do surgimento da teoria do transconstitucionalismo, a pesquisa investiga o entendimento contemporâneo acerca dos conflitos entre normas internas e internacionais, em vista da dificuldade em respeitar a soberania dos países e sintonizar harmonicamente a regulação protetiva.

Diante de mudanças cada vez mais ávidas e de novos interesses globais, e em atenção à necessidade, cada vez maior, de salvaguardar direitos transterritoriais, Marcelo Neves apresenta sua obra *Transconstitucionalismo*, na qual defende como solução dessas dificuldades um diálogo jurídico entre os Estados e as Instituições Internacionais, a fim de alcançar uma solução para conflitos constitucionais que envolvam interesses mútuos.

Os problemas constitucionais, por vezes, possuem interesses pluridimensionais. Por isso uma cooperação entre correntes jurídicas internas e externas se faz necessária, possibilitando um compartilhamento de conhecimentos fundamental para uma resolução mais justa.

A cooperação jurídica entre os Estados e entre Instituições Internacionais, através do intercâmbio de decisões constitucionais de outros Estados, a fim de resolver problemas constitucionais internos de interesses globais, surge como alternativa viável. O modelo apresenta uma gama de ordenamentos jurídicos que reivindicam discursos jurídicos sob um mesmo espaço.

Atualmente, normas nacionais e internacionais são elaboradas considerando os interesses da sociedade mundial (interesses pluridimensio-

nais). Diante desses interesses transterritoriais cada vez mais presentes no mundo, os tratados internacionais ganham força, buscando uma forma de orientar conflitos.

Nessa ordem de ideias, o aproveitamento dos fundamentos jurídicos normativos e das decisões das cortes de ordens jurídicas externas permite um aprendizado mais rápido com a experiência vivenciada lá fora, possibilitando o enfrentamento eficaz dos problemas com grande repercussão jurídica a nível global.

Assim, busca-se demonstrar os desafios que esse novo modelo vem enfrentando para, efetivamente, se estabelecer como meio para solucionar litígios no heterogêneo plano do Direito global, em contraponto ao modelo provinciano, estruturado na ideia de resolução de questões constitucionais com base apenas nas normas constitucionais internas.

Os parâmetros para a pesquisa foram estipulados a partir da hermenêutica e da investigação dos entendimentos contemporâneos acerca dos conflitos entre normas internas e internacionais sob uma ótica pluralista da jurisdição constitucional.

O problema a ser esclarecido no presente trabalho, nesse contexto de intensas transformações sociais, baseia-se na investigação da possibilidade de construção de um constitucionalismo transnacional, de uma ordem supranacional, e da necessidade ou não de uma Constituição global.

Busca-se também analisar os reflexos da interação dialógica entre os tribunais nacionais e internacionais, e se essa interação se justifica como a melhor abordagem teórica a legitimar a tutela dos direitos constitucionais comuns.

Assim, este trabalho apresenta uma nova questão jurídica, enfocando os aspectos convergentes e divergentes, como uma nova possibilidade de harmonia entre as ordens jurídicas plurais (transnacionais, supranacionais, internacionais e internas), com base em uma nova perspectiva capaz de melhorar a tutela de direitos fundamentais globais.

O objetivo central desta pesquisa é a apresentação de ideias sobre as pluralidades sociojurídicas da jurisdição constitucional a partir da utilização

dos fundamentos da teoria transconstitucionalista como meio de tutela jurídica protetiva, em níveis múltiplos, dos problemas constitucionais globais.

Busca-se analisar o fenômeno da pluralidade das ordens normativas e propor as alternativas possíveis, tendo como ótica de partida o Direito Constitucional, assim como estabelecer os pressupostos teóricos necessários para o entendimento do contexto em que surgem os sistemas de proteção dos direitos e entender, a partir desses pressupostos, como se forma a estrutura desses sistemas. Por fim, fomentar a discussão sobre o transconstitucionalismo e analisar as implicações dessa nova perspectiva de jurisdição constitucional multinível.

A metodologia escolhida para a consecução dos objetivos da pesquisa é bibliográfica, através da revisão da literatura existente sobre o tema. Seguir-se-á o método de abordagem hipotético-dedutivo, capaz de proporcionar a elaboração de fundamentação jurídica sólida para o alcance do objetivo proposto. Far-se-á, inicialmente, uma abordagem sociojurídica que permita efetuar pesquisas nos aspectos teóricos que envolvem o tema.

Buscar-se-á explicar o problema por intermédio da análise da literatura já publicada em forma de livros, revistas, artigos, publicações avulsas, enfim, publicações especializadas, imprensa escrita e dados oficiais publicados na internet, que abordem direta ou indiretamente o tema em análise das áreas de Direito Constitucional, Direitos Fundamentais, Direito Internacional e Direito da Integração.

As fontes de investigação serão os textos normativos, doutrina e jurisprudência.

A pesquisa tomará como fundamento a ideia da teoria da proteção de direitos em níveis múltiplos (ou, nos dizeres de Canotilho, teoria da interconstitucionalidade), atrelada à teoria do transconstitucionalismo e o seu contexto histórico de surgimento, tendo como principais marcos teóricos de investigação as obras de Marcelo Neves e de Vítor Soliano, assim como os demais autores vinculados à temática.

O texto encontra-se organizado em seis seções, sendo a primeira esta introdução, na qual se segue a análise da superação ou não do constitucio-

nalismo provinciano. Seguidamente, delinea-se, sucintamente, os diversos esboços teóricos propostos em direção ao constitucionalismo ultraestatal. Posteriormente, analisa-se a compreensão da teoria do transconstitucionalismo e sua manifestação através do diálogo entre cortes como fundamento de decisões judiciais. Para cumprir esse objetivo, o capítulo registrará os principais aspectos sobre o transconstitucionalismo de Marcelo Neves, principal referencial teórico deste trabalho. Em seguida, a ênfase será na análise das interações institucionais brasileiras respaldadas na teoria transconstitucionalista, em que o Supremo Tribunal Federal (STF) utilizou-se do diálogo entre cortes para decidir questões complexas. Por fim, foram analisados os desafios e obstáculos enfrentados pelo modelo transconstitucionalista para a construção de um novo paradigma jurídico.

2 A SUPERAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO PROVINCIANO OU PAROQUIAL?

Acostumado à supremacia da Constituição, a qual reconhecia somente a existência de ordens jurídicas estatais, o ordenamento jurídico não gerou regras claras de convivência entre o Direito Internacional e o Direito Interno.

Com o advento de uma sociedade mundial globalizada e com a formação de um sistema protecionista em níveis múltiplos, tornou-se necessária a releitura da visão do Direito separado em duas ordens independentes entre si, bem como do conceito de soberania absoluta do Estado.

Hodiernamente, segundo Wolkmer,

assiste-se ao descortinar complexo de processos novos e de potencialidades criadoras, capazes de instaurar direções múltiplas que favorecem representações conceituais, individualidades subjetivas e fluxos diferenciados. A nova normatividade rompe e transpõe os cânones clássicos da dogmática jurídica contemporânea, mitificada pelos princípios da neutralidade científica da completude formal, do rigor técnico e da autonomia absoluta. A nova juridicidade revela-se por meio de um

espaço crescente, transgressor e pluralista pulverizado pelas dimensões do que se pode chamar de “novos” direitos. Trata-se de verdadeira revolução em que fenômenos novos e desafiadores impõem-se à ciência jurídica da modernidade, seja na esfera da teoria do direito (público e privado), seja no âmbito do direito processual convencional (WOLKMER, 2016, p. 11).

Conforme leciona Marcelo Neves, tem ocorrido uma transformação profunda nas condições hodiernas da sociedade mundial, no sentido da superação do constitucionalismo provinciano ou paroquial pelo transconstitucionalismo. Segundo o autor:

Essa transformação, que procurei demonstrar nesse trabalho com a análise de casos diversos, deve ser levada a sério. O Estado deixou de ser um “*locus*” privilegiado de solução de problemas constitucionais. Embora fundamental e indispensável, é apenas um dos diversos “*loci*” em cooperação e concorrência na busca do tratamento desses problemas. A integração sistêmica cada vez maior da sociedade mundial levou à desterritorialização de problemas-caso jurídico-constitucionais, que, por assim dizer, emanciparam-se do Estado (NEVES, 2009, p. 297).

Nessa ordem de ideias, surgiram várias teorias para explicar a relação entre os ordenamentos interno e internacional. No cenário global, a problemática da eficácia e aplicabilidade do Direito Internacional na ordem jurídica interna constitui questão bastante discutida.

Mazzuoli (2015, p. 05) explicita que a busca pela definição da relação entre o ordenamento jurídico interno e o internacional decorre de duas necessidades: a necessidade teórica de definir a hierarquia entre as duas ordens jurídicas; a necessidade prática de se determinar qual é a solução a ser dada a conflitos que porventura surjam entre a normativa internacional e a do direito doméstico.

Diante desse panorama, a partir das transformações ocasionadas pela globalização mundial, surge, dentre outras, a teoria do pluralismo jurídico, a

qual, segundo Carvalho Ramos (2011/2012, p. 499-500), reconhece a existência de um sistema multinível de proteção de direitos, os quais coexistem e se reforçam mutuamente, sem relação hierárquica.

Nos dizeres do autor:

A temática da pluralidade das ordens jurídicas é investigada há muito pela doutrina constitucionalista, com várias denominações, como, por exemplo, constitucionalismo multinível (Pernice, ao que tudo indica, um dos pioneiros), pluralismo constitucional (Walker), interconstitucionalidade (Canotilho), transconstitucionalismo (Neves), cross-constitucionalismo (Ramos Tavares), constitucionalismo transnacional (Aragón Reyes), entre os mais diversos autores estrangeiros e nacionais que trataram sobre o tema recentemente. Essas denominações explicitam a ótica de partida, que é o direito constitucional e demonstram a saudável preocupação dos constitucionalistas com a ascensão do Direito Internacional (RAMOS, 2011/2012, p. 499-500).

Wolkmer (2001, p. 219) vale-se do termo pluralismo jurídico e o define como “multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sociopolítico, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais”.

Diante da existência de problemas jurídico-constitucionais que vão além das fronteiras físicas, torna-se necessário o incremento de uma teoria do direito transconstitucional sem renegar o constitucionalismo provincial ou estatal. Este continuará sendo fundamental para a identidade do sistema jurídico interno.

Essa é a conclusão a que chega Soliano (2016, p. 83), ao ressaltar a importância de se pensar e construir um constitucionalismo para além do Estado, para além dos limites construídos pela dogmática e pelas instituições do constitucionalismo estatal.

Conforme o autor, “sempre poderá haver particularidades do sistema jurídico-constitucional estatal que não encontram paralelo em outros sistemas ou que divergem substancialmente dos sistemas que se interage” (SOLIANO, 2016, p. 83).

As mudanças da sociedade no tempo tornam possível, e até necessário, falar em uma transformação do constitucionalismo provinciano pelo transconstitucionalismo, a partir da retroalimentação daquele com novos horizontes.

Neves (2009, p. 131), na mesma linha de pensamento, afirma que a fragilidade do constitucionalismo estatal para enfrentar os graves problemas da sociedade mundial globalizada, devido à sua incapacidade de oferecer respostas complexamente adequadas, faz emergir o transconstitucionalismo como modelo de entrelaçamento entre ordens jurídicas diversas, trazendo uma pluralidade de perspectivas para a solução de problemas constitucionais.

Nesses termos:

Por fim, cabe observar que o transconstitucionalismo tem-se desenvolvido intensa e rapidamente no plano estrutural do sistema jurídico, mas ele ainda se encontra muito limitado no âmbito da semântica constitucional da sociedade mundial. Isso, em parte, deve-se à persistência do provincialismo constitucional, especialmente no âmbito do direito estatal. É claro que o transconstitucionalismo não pode eliminar a dogmática constitucional clássica no interior de uma ordem jurídica estatal: essa ainda constitui uma dimensão importante do sistema jurídico da sociedade mundial e há problemas constitucionais intraestatais de suma importância. Mas a abertura do direito constitucional para além do Estado, tendo em vista a transterritorialização dos problemas jurídico-constitucionais e as diversas ordens para as quais eles são relevantes, torna necessário o incremento de uma teoria e uma dogmática do direito transconstitucional. Para isso, evidentemente, serão precisos

novos aportes metodológicos, a serem desenvolvidos em face de uma casuística complexa. Esse é o grande desafio do transconstitucionalismo para os juristas, especialmente os constitucionalistas. As análises dogmáticas e as investidas teóricas permanecem ainda muito fragmentadas e eventuais. No plano metodológico, a situação continua embrionária. Faltam ainda os elementos de uma teoria abrangente do transconstitucionalismo e uma dogmática compreensiva que sirva à estabilização do direito transconstitucional, ambas pressupondo reciprocamente aportes metodológicos (NEVES, 2009, p. 131-132).

Dentro desse contexto de intensificação de interações que atravessam as fronteiras, insere-se a transnacionalização da dimensão jurídica e o surgimento de algo novo, um espaço intermediário que já não se encaixa mais nas velhas categorias, evidenciando novas tendências na teoria constitucional.

3 ESBOÇOS TEÓRICOS EM DIREÇÃO AO CONSTITUCIONALISMO PARA ALÉM DO ESTADO

Diante de todo esse quadro de efetiva interdependência do pluralismo jurídico contemporâneo e da ocorrência de uma verdadeira reconstrução desse cenário jurídico (VIEIRA, 2015, p. 164), ganham relevo os esboços teóricos que vêm sendo desenvolvidos no sentido de vislumbrar o constitucionalismo para além do Estado. Torna-se imperioso investigar as influências desse novo modelo ao fenômeno jurídico. Dentre as diversas tendências propostas, faz-se uma breve imersão nas teorias mais destacadas no cenário jurídico mundial.

Cita-se, inicialmente, a teoria afirmada por Ingolf Pernice (2001, p. 2), trazendo o esboço do Constitucionalismo Multinível. A elaboração delineada por Pernice de “Constituição Multinível” é definida por ele como aquela

“formada mediante a relação entre as Constituições dos Estados membros vinculados por um corpo constitucional com-

plementar, argumentando tratar-se de um sistema de poderes divididos para enfrentar os desafios da globalização na era pós-nacional, coexistindo as constituições nacionais e o desenvolvimento progressivo de uma autoridade supranacional” (PERNICE, 2001, p. 2).

De outro lado, merece lembrança a teoria do Estado Constitucional Cooperativo, de Peter Haberle (2007, p.10). Para o constitucionalista alemão, a inter-relação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional se dá “como uma resposta interna de abertura do Estado Constitucional livre e democrático à mudança no Direito Internacional, e ao seu desafio que levou a formas de cooperação”.

Gunter Teubner e Fischer-Lescano (2004, p. 1007) também contribuíram de forma relevante, ao elegerem as chamadas “constituições civis da sociedade mundial”, em pluralismo jurídico, instrumentos aptos a lidar com os novos desafios globais. Nos dizeres dos autores (2004, p.1007-1008), a unidade do direito global não é mais baseada estruturalmente, como o era no caso do Estado Nacional, dentro de uma consistência normativa assegurada institucionalmente, mas sim processualmente baseada, simplesmente derivando dos modos de conexão entre as operações jurídicas.

Cass Sunstein (2011, p. 7) apresentou um contributo importante para a análise das interações judiciais transnacionais, através de um estudo mais amplo da teoria da Constituição. Trata-se da sua teoria da “Constituição de Muitas Mentes” (*A Constitution of Many Minds*). Segundo o seu raciocínio, pergunta-se: “Se muitas pessoas aceitam uma visão específica sobre determinada questão importante, não deveria a Suprema Corte e outros pensando sobre o significado da Constituição, consultar essa visão?”. Em resposta, Sunstein acredita que há motivos evolutivos, de diversidade e republicanos para sustentar que existe uma sabedoria no pensamento de multidões, razão pela qual as “muitas mentes” devem ser consultadas (SUNSTEIN, 2011, p. 7).

A partir do “argumento de muitas mentes”, Cass Sunstein estabelece o conceito de Cosmopolismo Constitucional, cuja ideia principal consiste

em ampliar as possibilidades a partir da consulta a outras decisões tomadas ao redor do mundo. Nas palavras dele, “o mundo jurídico vem, em certo sentido, se tornando menor e mais transparente e a consulta de julgamentos estrangeiros é, assim, inevitável” (2011, p. 189).

Por outro lado, vê-se surgir também a contribuição de Canotilho, com o desenvolvimento da sua teoria da interconstitucionalidade (CANOTILHO, 2006, p. 266).

Segundo o autor:

Em vez de lidarmos com os conceitos de “constitucionalismo multilateral” (*multilevel constitutionalism*), de “constitucionalismo cooperativo e multidimensional”, de “federalismo e confederalismo constitucional”, preferimos servir-nos de uma teoria da interconstitucionalidade que, como o nome indica, estuda as relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e poderes constituintes no mesmo espaço político (CANOTILHO, 2006, p. 266).

André Ramos Tavares (2012, p. 120) leciona que a utilização da jurisprudência estrangeira por tribunais nacionais na fundamentação de suas decisões já é relativamente comum ao redor do mundo.

No entanto, essa interação vem sendo feita sem um consistente arcabouço metodológico e teórico para tanto. Nas suas palavras, “as diversas formas de interação entre tribunais são chamadas, pelo autor, de ‘modelos de incidência’ da jurisprudência constitucional estrangeira em determinada Justiça Constitucional” (TAVARES, 2012, p. 120).

Para o autor,

“identifica-se a existência de cinco modelos diferentes de interações judiciais transnacionais: o modelo de submissão, o modelo de repulsa, o uso decorativo, o uso unilateral e o modelo de interlocução. Os quatro primeiros são modelos que devem

ser evitados e o último o que pode ser estimulado” (TAVARES, 2012, p. 120).

O modelo de submissão, para André Ramos Tavares (2012, p. 123), corresponde à deferência irrefletida de materiais constitucionais produzidos por tribunais de outros Estados. Segundo o autor, a adoção desse modelo corresponderia a uma forma de neocolonialismo.

O modelo de repulsa, nas palavras do autor (2012, p. 127), trata-se de um modelo que “rechaça abertamente a utilização de elementos não nacionais”.

No uso decorativo, leciona André Ramos Tavares (2012, p. 128), “não há, em verdade, diálogo, aprendizado ou intercâmbio. Há, apenas, a utilização de decisões estrangeiras como forma de argumento de autoridade”.

O modelo de unilateralismo “é a postura simplesmente cega ao material produzido por tribunais não nacionais. Não constitui verdadeira repulsa, pois não há expressa negação de interação. Contudo, também não há interação por falta absoluta de consulta” (TAVARES, 2012, p. 128).

O modelo de interlocução, segundo André Ramos Tavares (2012, p. 129), é um modelo dialógico que permite a expansão de perspectivas sobre determinada questão, bem como a melhor solução constitucional para ela, o qual aponta para a abertura para a compreensão, discussão, reflexão e eventual aproveitamento dessas decisões e de suas razões de decidir, mas considerando a perspectiva, particularidades e nacionalidade do caso apresentado para julgamento.

Vicki Jackson (2007, p. 161-185) elaborou um estudo profundo a respeito das interações judiciais transnacionais no âmbito constitucional. A autora defende a teoria do Engajamento Constitucional em uma Era Transnacional, destacando três modelos distintos de interações judiciais transnacionais em matéria constitucional, que podem ser adotados por julgadores: um modelo de resistência (*resistance*), um modelo de convergência (*convergence*) e um modelo de engajamento (*engagement*). Os dois primeiros

devem ser evitados, e o terceiro deve ser incentivado. Em síntese, a autora constata que a postura do engajamento pode ser defendida como uma possibilidade legítima de interpretação, ao considerar o direito estrangeiro e internacional a partir de um quadro de aprendizagem, através da consideração das fontes transnacionais.

Por fim, cumpre destacar o conceito de Constituição Transversal do Estado Constitucional, de Marcelo Neves (2009, p. 62), descrito na sua tese do Transconstitucionalismo. O autor afirma que:

“ultrapassando-se o puro conceito de acoplamento estrutural, pode-se conceber a Constituição do Estado constitucional não apenas como filtro de irritações e influências recíprocas entre sistemas autônomos de comunicação, mas também como instância da relação recíproca e duradoura de aprendizado e intercâmbio de experiências com as racionalidades particulares já processadas, respectivamente, na política e no direito. Isso envolve entrelaçamentos como ‘pontes de transição’ entre ambos os sistemas, de tal maneira que pode desenvolver-se uma racionalidade transversal específica” (NEVES, 2009, p. 62).

Ressalte-se que, em vista da grande influência da obra de Marcelo Neves na presente pesquisa, a sua teoria será abordada de forma um pouco mais aprofundada no decorrer deste trabalho.

4 O MODELO TRANSCONSTITUCIONALISTA

O transconstitucionalismo é um fenômeno recente. No cenário atual, segundo Marcelo Neves (2009, p. 297), a integração sistêmica cada vez maior da sociedade mundial faz com que questões constitucionais complexas atinjam diversos ordenamentos jurídicos, o que exige tratamento jurídico fundado na interação dialógica entre eles.

Trata-se de uma teoria baseada na troca transversal entre os mais diferentes tipos de experiências constitucionais nos planos locais, nacionais, regionais, internacionais e transnacionais. Observando a inevitável globa-

lização do direito constitucional, a teoria transconstitucionalista busca dar um passo além nesse debate. Assim, a partir de uma nova perspectiva, desvenda-se a maneira como o mundo jurídico está respondendo aos novos desafios e aos problemas complexos de dimensão inédita.

Nessa perspectiva, Wolkmer leciona:

Tal situação estimula e determina o esforço de redescobrir novas fontes de juridicidade, bem como de propor novos instrumentos jurídicos mais flexíveis, mais ágeis, mais democráticos e mais abrangentes, capazes de regular situações complexas, diversidade de conhecimento e fenômenos novos (WOLKMER, 2016, p. 13).

Diante disso, pode-se definir transconstitucionalismo, segundo a teoria de Marcelo Neves (2009, p. 297), como o esforço da construção de pontes de transição entre as mais diferentes espécies de Constituição. Em síntese, trata-se de um diálogo entre os Estados a fim de salvaguardar interesses mútuos. É o reconhecimento de diversas ordens jurídicas entrelaçadas, a fim de solucionar problemas constitucionais relevantes.

Para Marcelo Neves (2009, p. 129), o que caracteriza o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas é, portanto, ser um constitucionalismo relativo a (soluções de) problemas jurídico-constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens.

Não se defende, segundo Marcelo Neves (2009, p. 131), uma inter-relação entre sistemas jurídicos baseada na autoridade hierárquica, mas sim em uma interpretação e atribuição de sentido das normas a partir de uma reconstrução coletiva, através do diálogo e mútuo aprendizado entre as ordens jurídicas diversas.

Marcelo Neves (2009, p. 131) destaca que os modelos de constitucionalismo internacional, supranacional ou transnacional, “como alternativas à fragilidade do constitucionalismo estatal para enfrentar os graves problemas da sociedade mundial, levam a perspectivas parciais e unilaterais”.

Em suma, tais modelos não oferecem, quando considerados isoladamente, soluções adequadas para os problemas constitucionais da atualidade.

A teoria do transconstitucionalismo foi pensada considerando o cenário de uma sociedade mundial caracterizado por uma pluralidade de sistemas funcionais. As constantes transformações sociopolíticas vêm acarretando uma verdadeira descentralização de poder decisório dos Estados. Em virtude da relevância cada vez maior dos interesses globais, não mais se mostra razoável atribuir a salvaguarda dos direitos transterritoriais às normas constitucionais internas.

Neves (2009, p. 26) leciona que a sociedade moderna “constitui-se como uma conexão unitária de uma pluralidade de âmbitos de comunicação em relações de concorrência e, simultaneamente, de complementariedade. Trata-se de uma *‘unitas multiplex’*. Não se confunde com a ordem internacional, pois essa diz respeito fundamentalmente às relações entre Estados. A ordem internacional é apenas uma das dimensões da sociedade mundial”.

Neves (2009, p. 272) ressalta a necessidade de um entrelaçamento entre o direito e a política social, de uma interação entre pessoas e sistemas sociais:

O transconstitucionalismo depende de um método que não se concentre em uma identidade cega. Ordens jurídicas isoladas são evidentemente levadas, especialmente mediante os seus tribunais supremos ou constitucionais, a considerar em primeiro plano a sua identidade, pois, caso contrário, diluem-se como ordem sem diferença de seu ambiente. Mas, se elas estão confrontadas com problemas comuns, especialmente quando esses são de natureza jurídico-constitucional, impõe-se que seja considerada a alteridade. Caso contrário, a tendência é o bloqueio recíproco. Nesse sentido é fundamental, no plano da construção de uma metodologia do transconstitucionalismo, que se considere ser indispensável a reconstrução permanente da identidade constitucional por força de uma

consideração permanente da alteridade. Isso não significa a negação da identidade conforme um modelo inocente de pura convergência, e sim a prontidão para uma abertura não apenas cognitiva, mas também normativa para outra(s) ordem(ns) entrelaçada(s) em casos concretos. Evidentemente, permanece uma incerteza dos resultados, mas só mediante essa disposição é possível absorver o dissenso originário. O caminho contrário leva ao bloqueio recíproco na solução de relevantes problemas constitucionais, tanto no plano dos direitos humanos e fundamentais quanto no âmbito da organização (controle e limitação) do poder (NEVES, 2009, p. 272-273).

A esse respeito, Angela Calixto e Luciani Coimbra de Carvalho (2017, p. 12) ressaltam:

“a consagração de valores comuns cuja proteção incumbe a toda a comunidade internacional destaca a necessidade de coordenação entre os diversos ordenamentos com o fim primordial de concretização da salvaguarda dos direitos humanos. Desse modo, modifica-se a visão que o ordenamento internacional tinha do direito nacional e vice-versa, ressaltando a necessidade de articulação entre os regimes para a consecução de objetivos comuns” (CALIXTO; CARVALHO, 2017, p.12).

Ao encerrar um dos capítulos da sua obra, Marcelo Neves (2009, p. 277) sintetiza a densa proposta de todo o livro ao enfatizar que o método transconstitucional precisa construir “pontes de transição” aptas a possibilitar um relacionamento mais construtivo entre ordens jurídicas, mediante a articulação pluridimensional de seus princípios e regras em face de problemas jurídico-constitucionais comuns.

De logo, constata-se que a temática do transconstitucionalismo é de veras atual e complexa. Em verdade, trata-se de um fio condutor da evolução do constitucionalismo, que descortina a abertura cada vez mais permanente em direção a uma globalização do diálogo constitucional para uma dimensão transnacional, defendendo uma concepção mais aberta, descen-

tralizada e espontânea do constitucionalismo e permitindo uma ampliação de horizontes, pelo alargamento da análise dos problemas que atingem, de forma comum, os povos.

5 INTERAÇÕES INSTITUCIONAIS BRASILEIRAS RESPALDADAS NO TRANSCONSTITUCIONALISMO

Em matéria constitucional, as interações judiciais transnacionais já são uma realidade, inclusive no Brasil. O Supremo Tribunal Federal, mesmo que de forma tímida, segundo Beatriz de Mattos Queiroz (2018, p. 13), possui exemplos de interações transnacionais, principalmente em lides envolvendo questões ambientais.

Nos dizeres de Vitor Soliano (2016, p. 248), “uma das principais manifestações da expansão e revitalização do constitucionalismo ao redor do mundo são as interações judiciais transnacionais em matéria constitucional”, posto que “a consulta e referência a precedentes em matéria constitucional de juízes, tribunais e cortes estatais, regionais, internacionais e supranacionais se tornou algo recorrente”.

Cortes dos mais variados Estados passam a se valer de decisões tomadas fora de sua ordem jurídica para aprimorar suas argumentações, e o STF não é uma exceção. Soliano (2016, p. 249) destaca que “ainda que o desenvolvimento deste expediente esteja em fase embrionária, o Tribunal vem, principalmente nos últimos anos, se valendo de precedentes estrangeiros para fundamentar suas decisões” (SOLIANO, 2016, p. 249).

Na experiência brasileira recente, cabe considerar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.112, em 02 de maio de 2007 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 3.112. Tribunal Pleno. 02/05/2007). Julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade dos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15 e do artigo 21 da Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003 (Estatuto do Desarmamento), ganhou destaque, principalmente, pelo uso de precedentes da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão (ALEMANHA, Tribunal Constitucional Federal. BVerfGE 7, 377, 1958).

No julgamento do Habeas Corpus 82.424/RS, em 17 de novembro de 2003, a invocação da jurisprudência constitucional estrangeira foi fundamental para que o STF declarasse ser crime de racismo a publicação de livro negando a existência do holocausto. Na oportunidade, discutia-se se a publicação de livro com conteúdo antissemita caracterizaria ou não crime de racismo. A Ementa do Acórdão assim dispôs:

9. Direito Comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento [de] que [se] aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.424/RS, 2003).

Segundo Marcelo Neves (2009, p. 179-180), ao analisar esse caso, nos votos dos ministros, houve uma ampla discussão sobre precedentes jurisprudenciais, dispositivos constitucionais e legislação de estados estrangeiros, tendo sido relativamente insignificante a referência à jurisprudência nacional e internacional.

Um outro exemplo de interação entre ordens jurídicas diversas, no qual o STF utilizou ideias e conceitos do transconstitucionalismo, consiste no julgamento do caso de redução dos campos eletromagnéticos pelas redes de distribuição de energia elétrica (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Recurso Extraordinário 627.189, 2017). Nesse caso, o STF considerou válida a adoção de normas estrangeiras, decidindo pela legalidade da aplicação de parâmetros propostos pela Organização Mundial de Saúde utilizados pela Lei 11.934/2009, conforme registrado na Ementa:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CONSTITUCIONAL E AMBIENTAL. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE, ALÉM DE IMPOR NORMATIVA ALIENÍGENA, DESPREZOU NORMA TÉCNICA MUNDIALMENTE ACEITA. CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. AUSÊNCIA, POR ORA, DE FUNDAMENTOS FÁTICOS OU JURÍDICOS A OBRIGAR AS CONCESSIONÁRIAS DE ENERGIA ELÉTRICA A REDUZIR O CAMPO ELETROMAGNÉTICO DAS LINHAS DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA ABAIXO DO PATAMAR LEGAL. PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE NÃO ELIDIDA. RECURSO PROVIDO. AÇÕES CÍVIS PÚBLICAS JULGADAS IMPROCEDENTES.

[...] no atual estágio do conhecimento científico, que indica ser incerta a existência de efeitos nocivos da exposição ocupacional e da população em geral a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por sistemas de energia elétrica, não existem impedimentos, por ora, a que sejam adotados os parâmetros propostos pela Organização Mundial de Saúde, conforme estabelece a Lei nº 11.934/2009 [...] (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Recurso Extraordinário 627.189, 2017).

Segundo Carvalho Ramos (2011/2012, p. 499), decisões contraditórias oriundas dos planos doméstico e internacional podem ocasionar o choque de ordenamentos. A esse respeito, tal autor ressalta que, “no Brasil, o choque de placas tectônicas ocorreu, com estardalhaço, em 2010, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 pelo STF” e, meses depois, “na condenação do Brasil no Caso Gomes Lund perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos”, quando o mesmo objeto (lei brasileira de anistia aos agentes da ditadura militar, envolvidos em graves violações de Direitos Humanos) foi apreciado por dois Tribunais

vinculados a ordens jurídicas distintas, com decisões aparentemente contraditórias (RAMOS, 2011/2012, p. 499).

Lado outro, o mesmo autor também ressalta um caso de harmonia entre as ordens internacional e nacional, a partir da utilização da *ratio decidendi* internacional para fundamentar a decisão nacional. Trata-se do caso da obrigatoriedade do diploma de jornalista para o exercício da profissão de jornalismo. A respeito desse caso, esclarece Carvalho Ramos (2011/2012, p. 509): “Para o STF, a obrigatoriedade de diploma era incompatível com as liberdades de profissão, de expressão e de informação previstas nos arts. 5, IX e XIII, e 220, da CF, bem como violava o disposto no art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos”.

O STF, mais recentemente, utilizou as ideias do modelo transconstitucionalista em lides envolvendo questões ambientais, esclarece Patryck Ayala (2010, p. 312). O autor sinaliza a importante influência da jurisprudência da Suprema Corte Venezuelana na construção do entendimento brasileiro acerca do chamado “mínimo existencial ecológico”. Para ele, “é possível conceber a noção de mínimo ecológico de existência na condição de resultado que decorre da combinação do exercício da iniciativa estatal e dos particulares” (AYALA, 2010, p. 312).

Galbiatti (2015, p. 1189), em artigo publicado no ano de 2015, defendeu a utilização do modelo transconstitucionalista pelo STF, através do diálogo entre experiências constitucionais semelhantes. Segundo a autora, “o Estado Ambiental é um paradigma além do Estado de Direito, tratando-se de um Estado que coloca em sua ordem constitucional fundamentalmente a proteção ambiental”.

A partir da verificação de como diferentes padrões podem se formar, torna-se possível formular hipóteses sobre as manifestações de acoplamento entre os distintos sistemas. Assim, resta cristalino que as interações institucionais cumprem um relevante papel para o desenvolvimento de possibilidades voltadas para a efetivação de direitos no plano nacional, permitindo o surgimento de novos atores constitucionais, inclusive transnacionalmente.

6 DESAFIOS E OBSTÁCULOS DO TRANSCONSTITUCIONALISMO: A CONSTRUÇÃO DE UM NOVO PARADIGMA JURÍDICO

Da análise dos limites e possibilidades da teoria do transconstitucionalismo de Marcelo Neves (2009, p. 280), constata-se uma ordem de problemas, a exemplo da possibilidade de colisão entre textos normativos de origens diversas e entre decisões de órgãos nacionais e internacionais.

No entanto, Dupuy (1999, p. 795) ressalta que “há refinamento na interpretação normativa”. Segundo o autor, “há benefícios advindos da existência de uma pluralidade de ordens jurídicas, pois a comparação recíproca e o diálogo interinstitucional gerado promovem a emergência de interpretações jurídicas extraídas de profunda reflexão”.

Entretanto, alguns parâmetros devem ser estabelecidos a fim de sindicar se o diálogo entre ordens jurídicas plurais foi travado, sob pena de esse modelo se tornar mero instrumento de retórica doutrinária.

Carvalho Ramos (2009, p. 805-850) sugere, para parametrizar a harmonia e diálogo entre as ordens internacional e nacional, os seguintes parâmetros:

- 1) menção à existência de dispositivos internacionais convencionais ou extraconvencionais vinculantes ao Brasil sobre o tema; 2) menção à existência de caso internacional contra o Brasil sobre o objeto da lide e as consequências disso reconhecidas pelo Tribunal nacional; 3) menção à existência de jurisprudência anterior sobre o objeto da lide de órgãos internacionais aptos a emitir decisões vinculantes ao Brasil; 4) peso dado aos dispositivos e à jurisprudência internacionais (RAMOS, 2009, p. 805-850).

Marcelo Neves (2009, p. 279), consciente de que o mundo globalizado é plurifacetado, demonstrou a relevância das condições empíricas negativas à efetividade do transconstitucionalismo:

Pode-se também afirmar que o transconstitucionalismo carrega em si uma dimensão positiva, o desenvolvimento da racionalidade transversal entre ordens jurídicas, e uma dimensão negativa, as relações bloqueadoras e destrutivas entre elas. Os seus limites não são, portanto, apenas determinados a partir do exterior do sistema jurídico, mediante a sobreposição ou “colonização” de ordens jurídicas por sistemas sociais que instrumentalizam o direito. Também do ponto de vista interno ao sistema jurídico, o transconstitucionalismo é autobloqueado pelas assimetrias das formas de direito, embora essas assimetrias estejam condicionadas por aqueles fatores externos (NEVES, 2009, p. 279).

Tais condições empíricas negativas podem ser descritas por duas formas de bloqueios, segundo Marcelo Neves (2009, p. 279): internos e externos. No tocante aos bloqueios internos, considera-se que o transconstitucionalismo, em sua vertente negativa, pode ser patologicamente unilateralizado por formas de direito mais fortes, a exemplo das formas ligadas ao sistema econômico. Com relação aos bloqueios externos, constata-se a tendência à hiperexpansividade dos subsistemas sociais globalizados, o que leva inevitavelmente a externalidades negativas e à autodestrutividade.

Assim, continua Marcelo Neves (2009, p. 280), as externalidades provocadas por sistemas inflacionados, na atual conjuntura da sociedade globalizada, podem induzir assimetrias em outros subsistemas sociais mais fracos. Por essas razões, as experiências efetivas demonstradoras do modelo transconstitucionalista ainda são escassas.

Nesse sentido:

Mediante as assimetrias das formas de direito, o transconstitucionalismo é obstaculizado ou prejudicado em virtude do fato de que, em determinados contextos, uma delas apresenta-se demasiadamente forte em relação a uma outra, desconsiderando-lhe as pretensões e exigências. Essa maneira de sobreposição de uma forma de direito a uma outra não implica

a formação de uma ordem ou organização hierárquica no sentido tradicional de uma estrutura escalonada, mas, antes, conduz a mecanismos difusos de opressão ou negação da autonomia de formas de direito por outras (NEVES, 2009, p. 280).

Nas palavras de Flávia Piovesan (2015, p. 63), a abertura do sistema jurídico pode ser viabilizada pela mútua influência entre direito interno e externo. “Uma permeabilidade do Direito mediante o diálogo entre jurisdições; empréstimos constitucionais; e a interdisciplinariedade, a fomentar o diálogo do Direito com outros saberes”.

No entanto, o sistema jurídico-constitucional de um Estado não deve se mostrar subserviente e submisso, a fim de preservar a sua identidade constitucional. O engajamento, a interlocução e o entrelaçamento não devem se transformar em convergência ou submissão. O sistema jurídico de um Estado nacional deve possuir particularidades próprias, cujos sentidos atribuídos a ele apresentem um certo tipo de pertencimento, de identidade.

Soliano (2016, p. 222), focando na preservação da identidade, assevera que “a manifestação de problemas comuns em diversas partes do globo, assim como de haver instrumentos e ideias similares no cenário transnacional, não significa que os diversos sistemas jurídicos não possuam uma identidade própria”.

O autor arremata alegando que “a transnacionalização do direito não aponta para a construção de um Estado global nem para a destruição dos Estados nacionais”. O que se pretende, segundo ele, “é desenvolver mecanismos que articulem de forma adequada a identidade presente nos sistemas jurídicos estatais com a(s) alteridade(s) que emerge(m) em um mundo progressivamente mais transnacionalizado” (SOLIANO, 2016, p. 222).

Do mesmo modo, Russel Kirk (2014, p. 280), explicando que entender as interações transnacionais como imposição hierárquica é equivalente a defender uma postura de perda de identidade, leciona: “Parece constituir uma lei que governa todo tipo de vida, das formas unicelulares inanimadas até as mais sofisticadas culturas humanas, todo organismo vivo de todo

gênero e espécie empenhar-se para preservar a própria identidade”. Conforme o autor, “não nos deveria surpreender que homens e nações resistam de maneira desesperada – e talvez irrefletidamente – a qualquer tentativa de assimilar o próprio caráter a algum outro corpo social”.

As palavras de Russel Kirk chamam à reflexão sobre as dificuldades encontradas para a preservação das identidades jurídico-constitucionais dos sistemas jurídicos estatais. Nessa perspectiva, sintetiza o autor: “Há uma maneira certa de criarmos um inimigo mortal; consiste em propor a qualquer um: ‘Submeta-se a mim, e melhorarei a sua condição, aliviando-o da carga da própria identidade e reconstruindo a sua substância à minha imagem” (KIRK, 2014, p. 280).

Não obstante todos esses desafios relatados para a compreensão das interações transnacionais como solução para os problemas jurídicos, trata-se da tese mais adequada à realidade do tempo presente, posto que permite uma mais rápida adaptação dos sistemas legais às transformações da sociedade, a partir do mútuo reconhecimento de um ordenamento jurídico sobre o outro, fundado na cooperação entre ordens jurídicas diversas, para a efetivação de direitos constitucionais comuns.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, foi apresentado o modelo transconstitucionalista e as suas influências no constitucionalismo provinciano estatal. Sem exaurir o tema, demonstrou-se a necessidade de um entrelaçamento de conhecimentos entre as cortes constitucionais dos diversos países, a partir de um verdadeiro intercâmbio jurídico.

Atualmente, a proteção de uma gama de valores e direitos vem sendo desenhada num cenário dialético a partir do diálogo entre cortes.

O presente ensaio apresentou casos paradigmáticos nos quais foram verificadas interações institucionais entre cortes diversas.

Constatou-se, ainda, uma crescente aplicação da teoria transconstitucionalista, lembrada em alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, o

qual aplicou influências de cortes superiores estrangeiras na fundamentação de suas decisões.

Diante disso, o presente trabalho demonstra a importância do transconstitucionalismo e como a abordagem transconstitucional surge como alternativa para a aplicação e eficácia da proteção dos bens jurídicos.

No aspecto jurídico, o transconstitucionalismo se manifesta ao redor do mundo a partir de interações judiciais transnacionais em matéria constitucional. A consulta a precedentes das cortes constitucionais se tornou algo recorrente. A Corte Suprema brasileira não é uma exceção.

Assim, mostra-se urgente o debate teórico sobre as diversas normatividades locais, nacionais e supranacionais, não mais adstritas à estreita juridicidade estatal. Em tempos de inseguranças jurídicas e descontinuidades paradigmáticas, a ordenação de uma prática normativa mais intercultural deve ser reconhecida e aprofundada, a fim de impulsionar métodos alternativos e diferenciados na produção e aplicação de processos jurisdicionais.

Nessa quadra, o ensaio procurou mostrar à comunidade jurídica algumas reflexões de maior alcance a respeito de uma nova forma de interpretação da ordem jurídica apta a enquadrar a realidade contemporânea das nossas comunidades políticas. O reconhecimento dessa nova alternativa teórica de jurisdição constitucional traz consigo um conjunto de consequências que a jurisprudência dos dias atuais não poderá ignorar.

Constatou-se, ainda, a necessidade de repensar as bases constitutivas dos sistemas jurídicos, considerando um novo olhar sobre a estrutura da organização estatal e as bases conceituais em que se firmou o constitucionalismo, a partir da utilização de uma nova lógica pluralista que permita encarar o direito de forma a fomentar as conquistas sociais. Trata-se de assumir um novo paradigma, reconhecendo que a teoria constitucional não poderá ficar inerte, devendo acompanhar as mudanças de seu tempo, a partir, principalmente, do reconhecimento de processos democráticos e multiculturais de decisão e da reinvenção de modelos de solução concreta de conflitos.

Nessa perspectiva, novas abordagens teóricas devem ser adotadas para a atual realidade constitucional, capazes de descrever as possibilidades de

interação entre diferentes níveis. Precisamos defender as interações mútuas como o modelo que melhor interpreta a Constituição. O modelo transconstitucionalista apresenta um leque de ordenamentos que reivindicam discursos constitucionais sobre um mesmo espaço, conjugando a jurisdição interna à necessidade de harmonização global na tutela de direitos.

A matéria é oceânica, complexa e interdisciplinar, na medida em que possibilita a inclusão de uma vasta pluralidade de perspectivas normativas possíveis no trato dos problemas constitucionais. O modelo hierárquico ainda dominante se mostra incapaz de lidar com a complexidade da sociedade mundial globalizada. Como alternativa, o modelo transconstitucionalista desponta, sugerindo a adoção de uma abordagem policêntrica em que vários ordenamentos jurídicos reconhecem a necessidade de aprendizado com os demais, ao invés de afirmarem a autonomia de sua competência.

Por último, uma vez esboçada a realidade na qual está inserida a teoria, registre-se que somente poderemos enfrentar as novas questões constitucionais mediante a formulação de novos instrumentos analíticos, políticos e culturais. Daí a necessidade de pensar em descontinuidades e mudanças paradigmáticas, devendo a teoria do direito se voltar para a unicidade pluralmente compartilhada do mundo - a intersubjetividade.

REFERÊNCIAS

AYALA, Patryck de Araújo. *Mínimo existencial ecológico e transconstitucionalismo na experiência jurídica brasileira: uma primeira leitura de jurisprudência comparada*. In: Revista de Direito Ambiental. Ano 15. n. 59. jul.-set./2010. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 312.

CALIXTO, Angela Jank; CARVALHO, Luciani Coimbra de. *Pluralismo Jurídico: uma Nova Perspectiva a Respeito da Relação entre os Sistemas Jurídicos Internacional e Interno*. In FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coords.); GERBER, Konstantin (Org.). *Constitucionalismo multinível e pluralismo jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p.12.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Brançosos” e *Interconstitucionalidade*: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional. Coimbra: Almedina, 2008.

DUPUY, Pierre-Marie. *The danger of fragmentation or unification of the international legal system and the International Court of Justice* in 31 New York University Journal of International Law and Politics (1999), pp.791-807, em especial p.795.

FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Ancaro. *Constitucionalismo multinível e pluralismo jurídico*. / Coordenadores: Marcelo Figueiredo, Luiz Guilherme Arcaro Conci; Organizador: Konstantin Gerber ... [et.al.].-1. Ed. –Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

HABERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 10.

JACKSON, Vicki. *Constitutional comparisons*: convergence, resistance, engagement. Harvard Law Review, v. 119, p. 109-128, 2005; JACKSON, Vicki. *Transnational challenges to constitutional law*: convergence, resistance, engagement. Federal Law Review, v. 35, p. 161-185, 2007; JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

KIRK, Russel. *A política da prudência*. Trad.: Gustavo Santos e Marcia Xavier de Brito. São Paulo: É Realizações, 2014, p. 280.

MAZZUOLI, Valério; TEIXEIRA, Gustavo. *Tutela Jurídica do Meio Ambiente na Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. In PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês, (coords.). Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF. Salvador: JusPodium, 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 9 edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- PERNICE, Ingolf. *Multilevel Constitutionalism in the European Union*. WHI – Paper 5/02. Walter Hallstein-Institut. Für Europäisches Verfassungsrecht Humbolt-Universität zu Berlin. 2001. In: www.whi-berlin.de/documents/whi-paper0502.pdf. Acesso em: 11/06/2020. p.2.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e diálogo entre jurisdições*. In MEZZETTI, Luca; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro, coords. *Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita*. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015.p.63.
- QUEIROZ, Beatriz de Mattos. *Transconstitucionalismo ecológico: a proteção do meio ambiente pelo Supremo Tribunal Federal através do diálogo entre Cortes*. 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/25822>>. Acesso em 11/06/2020.
- RAMOS, André de Carvalho. *O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do e JUBILUT, Liliana Lyra (Org.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 805-850.
- RAMOS, André de Carvalho. Artigo: *pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional*. jan./dez. 2011/2012 p. 499-500.
- SILVEIRA, Paula Galbiatti. *O papel do Estado na proteção do meio ambiente: novos caminhos de interpretação da norma ambiental pelo Supremo Tribunal Federal em busca da efetividade da Constituição*. RJLB, n 6, p. 1189-1225, 2015, p.1189.
- SOLIANO, Vitor. *Jurisdição constitucional e transnacionalidade do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SUNSTEIN, Cass R. *A constitution of many minds: why the Founding Documents doesn't mean what it meant before*. Princeton: Princeton University Press, 2011, p. 7.

TAVARES, André Ramos. *O juiz constitucional perante a jurisprudência constitucional estrangeira*. In: _____. Paradigmas do judicialismo constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEUBNER, Gunter; FISCHER-LESCANO, Andreas (2004). “*Regime-Collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law*”. Michigan Journal of International Law 25(4), 999-1046.

VIEIRA, Gustavo Oliveira. *Constitucionalismo na mundialização: desafios e perspectivas da democracia e dos direitos humanos*. Ijuí: Unijuí, 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. Antonio Carlos Wolkmer e José Rubens Morato Leite (organizadores) – 3.ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

WOLKMER, Antonio Carlos. 2001: 219. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

O NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO E O RACISMO AMBIENTAL: EFETIVAÇÃO DO ODS N° 06?

Priscila Elise Alves Vasconcelos

Estágio Pós-Doutoral em Direito das Cidades (UERJ), Doutora em Direito (UVA RJ), Mestra em Agronegócios (UFGD MS). Especialista em Meio Ambiente (COPPE UFRJ) e Direito Público e Direito Privado (EMERJ ESA). Pesquisadora GGINNS. Professora da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da Universidade Federal da Grande Dourados (FADIRI UFGD). Bolsista PROSUP CAPES UVA.

Luiza Lins Veloso

Defensora Pública do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Público e Direito Privado (EMERJ ESA).

Recebido em: 26/07/2020

Aprovado em: 27/07/2020 e 13/08/2020

RESUMO: Após 20 anos de tramitação, em 15 de julho de 2020, foi sancionado o novo marco legal de saneamento básico do Brasil. Muito já vem sendo discutido no âmbito científico e político sobre as normas e se realmente irá combater um dos problemas históricos nacionais: o racismo ambiental. Este artigo tem por objetivo abordar a temática racismo ambiental dentro do contexto da nova norma, bem como se através dela será efetivado o ODS n° 06 da ONU, que trata do acesso ao saneamento básico. Para tanto, foi realizada uma pesquisa bibliográfica, com base em artigos científicos e legislações, além de dados oficiais, a fim de verificar se a Agenda 2030 será efetivamente implementada nesse contexto. Ao final, é possível constatar que o caminho é árduo e que mudanças comportamentais e educativas precisam ser tomadas, além de uma cobrança social junto ao Poder Público.

PALAVRAS-CHAVE: saneamento, cidades, racismo ambiental, Agenda 2030.

ABSTRACT: After 20 years of processing, on July 15th, 2020, the new legal framework for basic sanitation in Brazil was sanctioned. Much has already been discussed in the scientific and political sphere on the norms and whether it will really combat one of the national historical problems: environmental racism. This article aims to address the issue of environmental racism within the context of the new standard, as well as whether through it will be implemented the UN SDG No. 06, which deals with access to basic sanitation. To this end, a bibliographical research was carried out, based on scientific articles and legislation in addition to official data in order to verify whether the 2030 Agenda will be effectively implemented in this context. In the end, it is possible to see that the path is arduous and that behavioral and educational changes need to be taken, in addition to a social collection with the Federal Public.

KEYWORDS: sanitation, cities, environmental racism, the 2030 Agenda.

INTRODUÇÃO

Passados 20 anos de tramitação no Congresso Nacional, no dia 15 de julho de 2020, foi sancionado o novo marco legal de saneamento básico do Brasil. Contendo doze vetos consideráveis, a Lei n° 14.026/2020¹ provocou diversas reações no contexto político e social.

Para que a temática seja enfrentada, é necessário que alguns pontos sejam abordados. O primeiro aspecto diz respeito ao poder regulatório definido pela Carta de 1988. De acordo com o artigo 30², trata-se de competência municipal gerir sobre assuntos de interesse local. Além disso, o artigo

¹ Lei n° 14.026/2020. *Marco Legal do Saneamento Básico*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14026.htm> Acesso em 17 jul 2020.

² Art. 30. *Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local;*[...] Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 18 jul 2020.

35 da Carta de 1988³ aborda a não interferência de outros entes federais, garantindo assim o respeito à autonomia e competência de cada um.

Apesar de a lei federal apontar diretamente a alteração na Lei n° 9.984/2000, que criou e regulamentou a Agência Nacional de Águas – ANA – e na Lei n° 11.107/2005, Política Nacional de Recursos Hídricos – PNRH –, é preciso verificar até que ponto a regulamentação federal interfere na gestão municipal, bem como se há incompatibilidade com o dispositivo constitucional.

A importância dessa abordagem está no fato de a Lei n° 14.026/2020 tratar diretamente da atuação municipal no processo licitatório. Inclusive, dentre os pontos vetados pelo Presidente da República, encontra-se colocar o Poder Público e a iniciativa privada em igualdade de condições na concorrência para execução do serviço.

Quanto ao racismo ambiental, é preciso inicialmente conceituá-lo. Há muitas controvérsias e até mesmo falta de conhecimento técnico sobre o que é o racismo ambiental. Entretanto, é preciso constatar a relação direta do tema ao meio ambiente equilibrado previsto no artigo 225, *caput*, da Constituição da República de 1988. Além de se tratar de um direito fundamental de 3ª geração, o meio ambiente não se limita ao âmbito natural e tem relação direta com a falta de acesso ao saneamento básico. Assim, há mais três vertentes – artificial, trabalho e cultural – que têm impacto direto na sociedade e no seu cotidiano. Inclui-se aqui a realidade dos centros urbanos brasileiros.

O terceiro ponto da pesquisa trabalha o direito fundamental à saúde. De acordo com a Organização Mundial de Saúde – OMS –, o direito a água potável e a coleta e tratamento de esgoto é categorizado como direito humano, imprescindível à sobrevivência e a uma sadia qualidade de vida.

Por fim, há uma análise sobre a Agenda 2030 e precisamente o objetivo de desenvolvimento sustentável n°06 – ODS 06⁴. Isso ocorre porque

3 Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando: [...] Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm > Acesso em 18 jul 2020.

4 ODS 06 – Água potável e saneamento. Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e sanea-

há a previsão de até 2030 se garantir o acesso à água limpa e ao tratamento de esgoto para a população dos países em desenvolvimento, como o Brasil. Será feita uma análise do compromisso internacional, bem como se o novo marco legal brasileiro é uma medida de efetivação desse objetivo.

Para tanto, a pesquisa foi desenvolvida com base numa análise bibliográfica, de dados oficiais, artigos científicos extraídos de sítios eletrônicos como *Scopus*, *Web of Science* e *Google Scholar*, bem como das atuais políticas vigentes no âmbito brasileiro.

Ao final do trabalho, é possível demonstrar como o novo marco pode influenciar no contexto urbano e, uma vez efetivamente aplicado, se há o cumprimento do ODS n° 06 da Agenda 2030.

DO PODER REGULATÓRIO E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Com a democratização do país, o texto constitucional de 1988 estabeleceu uma nova repartição de competências dos entes federados, bem como, pela primeira vez, foi reconhecida a autonomia municipal.

No que tange ao saneamento básico, compete à União instituir suas diretrizes gerais⁵. Há competência comum⁶ dos entes federados quanto à promoção de programas. Entretanto, cabe aos Municípios⁷ legislar sobre assuntos de interesse local; organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local; e promover o adequado ordenamento territorial. Por fim, a Constituição da República de 1988 dispõe também que compete ao SUS participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico⁸.

mento para todas e todos. Agenda 2030. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/pos2015/ods6/> > Acesso em 18 jul 2020.

5 Artigo 21, inciso XX, da Constituição da República de 1988.

6 Artigo 23, inciso IX, da Constituição da República de 1988.

7 Artigo 30, inciso V, da Constituição da República de 1988.

8 Artigo 200, inciso IV, da Constituição da República de 1988.

Alinhado aos dispositivos constitucionais, tem-se o Estatuto da Cidade – Lei nº 10.257/2001, que estabelece as diretrizes gerais da política urbana e, dentre elas, a garantia do direito a cidades sustentáveis compreendidos o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações⁹.

Ainda sobre o Estatuto da Cidade, o diploma traz como uma das atribuições de interesse da política urbana a competência comum dos entes federados para promoção de programas de saneamento básico¹⁰.

Percebe-se que, também em consonância com a previsão constitucional, o marco legal do saneamento básico – Lei nº 11.445/2007 - define saneamento básico; apresenta diretrizes gerais; estabelece a necessidade de planejamento integrado; atribui ao Governo Federal a responsabilidade pela elaboração de um Plano Nacional de Saneamento Básico – PLAN-SAB¹¹. Desse modo, não trata sobre a titularidade dos serviços de saneamento básico, visto não ser competência da União legislar sobre a matéria¹².

Ocorre que a Constituição da República de 1988 não foi expressa quanto à titularidade para prestação do serviço público de saneamento básico. Ainda assim, é inegável trazer o destaque para a competência municipal, face à existência de interesse local e à autonomia dos Municípios na atual ordem constitucional.

9 Artigo 2º da Lei 1.257/2001. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm Acesso 21 jul 2020

10 Artigo 3º, inciso III, da Lei 10.257/2001. Art. 3º Compete à União, entre outras atribuições de interesse da política urbana: III - promover, por iniciativa própria e em conjunto com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais, de saneamento básico, das calçadas, dos passeios públicos, do mobiliário urbano e dos demais espaços de uso público. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm Acesso 21 jul 2020.

11 Artigo 52 da Lei nº 11.445/2007.

12 A competência da União se encontra prevista no artigo 21 da Constituição da República de 1988, sendo a competência para os serviços de fornecimento de água e coleta de esgoto da esfera municipal por se tratar de interesse local, na forma do artigo 30.

Nesse cenário, em que pese a titularidade dos Municípios quanto ao saneamento básico, é possível encontrar no Brasil situações diversas em que o serviço público essencial de saneamento básico é executado por Municípios¹³, por Estados¹⁴ e até mesmo pela iniciativa privada¹⁵.

Com isso, a matéria foi objeto de disputa, sendo encaminhada para análise do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.842/RJ. O debate, que começou em 2004 e teve sua conclusão em março de 2013, em síntese, refletiu sobre a titularidade do poder concedente para prestação de serviços públicos de interesse metropolitano¹⁶.

O julgamento da Corte Suprema confirmou a existência do interesse local e, portanto, dos Municípios, sem negar o interesse comum no caso de instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões¹⁷.

Para o Ministro Gilmar Mendes, relator do acórdão final, a instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões pode vincular a participação de municípios limítrofes, com o objetivo de executar e planejar a função pública do saneamento básico, seja para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, seja para dar viabilidade econômica e técnica aos Municípios menos favorecidos, o que não esvaziaria a autonomia municipal.

13 O Município de São José do Rio Preto, por exemplo, presta serviço de abastecimento de água e coleta de esgoto através da autarquia municipal SEMAE – Serviço Municipal Autônomo de Água e Esgoto. Disponível em <https://semae.riopreto.sp.gov.br/>. Acesso em 21 jul 2020.

14 A Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP é uma sociedade autônoma de economia mista responsável pelo fornecimento de água, coleta e tratamento de esgoto em Municípios do Estado de São Paulo. Disponível em: <http://site.sabesp.com.br/site/interna/Default.aspx?secaoId=505#:~:text=A%20Sabesp%20%C3%A9%20uma%20sociedade,do%20mundo%20em%20popula%C3%A7%C3%A3o%20atendida>. Acesso em 21 jul 2020.

15 Na iniciativa privada, a AEGEA é responsável pelo saneamento básico de 57 Municípios. Disponível em <https://www.aegea.com.br/quem-somos/>. Acesso em 21 jul 2020.

16 STF. ADI 1842-RJ. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1714588>. Acesso em 20 jul 2020.

17 O artigo 25, §3º, da Constituição da República de 1988 dispõe que: Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

Concluiu a Suprema Corte pela necessidade de uma gestão compartilhada na esfera metropolitana a ser realizada pelos entes envolvidos e não somente pelos Municípios e Estados que formam a região metropolitana. Assim, o poder concedente do serviço de saneamento básico não é fracionado entre os Municípios nem transferido para o Estado, mas regulado por estrutura colegiada, a fim de dar viabilidade técnica e econômica à prestação do serviço de interesse coletivo.

Em que pese o minucioso julgamento, não ficou estabelecido o modelo ideal de relacionamento entre Estado e Municípios que integram uma mesma região metropolitana para uma gestão compartilhada dos serviços, de forma a garantir a autonomia e participação de todos, bem como a sustentabilidade ambiental necessária para o futuro das cidades e da própria humanidade (ARAÚJO, 2015).

Posteriormente ao enfrentamento da controvérsia pelo Supremo Tribunal Federal, foi editado o Estatuto da MetrÓpole – Lei nº 13.089/2015, que define a necessária governança interfederativa como o compartilhamento de responsabilidades e ações entre entes da Federação em termos de organização, planejamento e execução de funções públicas de interesse comum. Todavia, sem apresentar instrumentos objetivos de integração das diversas esferas de poder legislativo, administrativo e executivo da metrÓpole, especialmente quando esta não possui identidade exata com o território dos entes federados que a integram¹⁸.

Com efeito, a dinâmica realidade vivenciada nas metrÓpoles e nas grandes cidades brasileiras, pontuada pela desigualdade de acesso aos serviços públicos de saneamento básico, exige do administrador público criatividade e cooperação para superação dos obstáculos e concretização da universalização do serviço.

Segundo o IBGE, 35,7% da população brasileira não tem acesso aos serviços de saneamento básico. Somente na região norte do país, oito de cada dez domicÍlios não dispõem de esgoto sanitário¹⁹.

18 Lei nº 13.089/2015. Estatuto da MetrÓpole. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13089.htm. Acesso em 20 jul 2020.

19 IBGE. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101678.pdf> Acesso em 20 jul 2020.

E, sob o argumento de gerar melhores condições de investimento que possam favorecer a ampliação dos serviços de abastecimento de água e de coleta de esgoto, foi, em julho de 2020, sancionada a Lei nº 14.026/20, que altera sensivelmente o marco legal do saneamento básico.

No entanto, na linha do que atualmente ocorre em outras áreas do direito, a lei flerta com inconstitucionalidades e com a desordem de setor ainda muito distante da universalização.

Assim, a nova lei viabiliza atuação e investimentos privados na prestação dos serviços de saneamento básico, uma vez que pessoas jurídicas de direito privado, com fins lucrativos e não destinadas à prestação de serviço público propriamente dito poderão participar das licitações no setor.

Observa-se que, no curso do processo legislativo, o Presidente da República vetou 12 trechos do marco legal. Destaca-se o veto ao texto que permitia a renovação de contratos de programa, realizados até a edição da lei, sem licitação até 31 de março de 2022, com prazo máximo de vigência de 30 anos. Assim, referido modelo foi extinto e as estatais passarão a concorrer com a iniciativa privada em iguais condições.

Outro importante ponto vetado diz respeito aos blocos municipais para prestação do serviço. Atualmente, o serviço de saneamento nos municípios pequenos e com poucos recursos se dá por meio de subsídio cruzado em que grandes municípios atendidos por um mesmo prestador do serviço ajudam a financiar a expansão do serviço nos menores. A nova lei autoriza a formação de blocos, ou seja, um conjunto de prefeituras que poderão contratar de forma coletiva, mas foi vetado por obrigar a União a apoiar com dinheiro e assistência técnica a organização e a formação desses blocos municipais.

Também foi retirada do texto final - através do veto presidencial - a prioridade prevista para projetos de saneamento básico nos órgãos ambientais.

Para o Observatório Nacional dos Direitos à Água e ao Saneamento - ONDAS -, a nova lei pode agravar a precariedade da prestação do serviço, uma vez que irá inviabilizar o abastecimento de áreas com pouca atratividade para a iniciativa privada.²⁰

20 ONDAS BRASIL. Disponível em: <https://ondasbrasil.org/notas-esclarecem-como-projeto-que-privatiza-o-saneamento-causa-desestruturacao-do-setor/> Acesso em 21 jul 2020.

Em Nota Técnica²¹ sobre o PL 3261/19 - que deu origem à nova lei -, o Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico – IBDU – também alerta sobre os riscos para a população mais vulnerável e aponta a inconstitucionalidade da nova lei. A motivação ocorre por violação ao direito à cidade sustentável pela desvinculação da universalidade e integralidade como fundamentos da prestação do serviço público de acesso à água e ao saneamento básico como direitos fundamentais; por supressão da autonomia municipal - enquanto titular do serviço -, ao vedar a realização de novos contratos de programa; por violação do regime jurídico das infraestruturas urbanas, exigidas do empreendedor no processo de parcelamento do solo pela Lei nº 6.766/79 (Lei de Parcelamento do Solo Urbano) e da diretriz de justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização do Estatuto da Cidade (art. 2º, IX, Lei 10.257/01); bem como por ofensa ao princípio da legalidade e ao direito à gestão democrática das cidades pela centralização de poderes em uma agência reguladora e de componentes fundamentais do marco regulatório do saneamento básico brasileiro na edição de decretos pelo Presidente de República.

É importante ressaltar que o saneamento básico é um serviço essencial para a sobrevivência humana e qualidade ambiental, o que coloca em evidência a importância do seu caráter público. Essa prioridade se contrapõe à orientação do governo federal de estimular a privatização do setor, bem como à lógica lucrativa e financeira dominante das empresas concessionárias, tratando-o como mercadoria e não como direito essencial (FERRARA *et al*, 2019).

De fato, na lógica de mercado, de geração de lucros, é melhor atender os locais onde não se cogita a necessidade de fornecimento gratuito de água, aplicação de tarifa social, existência de ligações irregulares ou de padrões especiais de redes. Evidentemente, a favela não constitui um ‘filão de mercado’, pois concentra a população com baixa ou nenhuma capacidade de pagamento. Contudo, o caráter de serviço público e a função social do saneamento são ainda mais relevantes nesses assentamentos, face ao contexto de expressiva vulnerabilidade socioambiental (FERRARA *et al.*, 2019).

21 IBDU. Disponível em: http://wp.ibdu.org.br/wp-content/uploads/2019/12/Nota-%C3%A9cnica-SAN_IBDU.pdf
Acesso em 21 jul 2020.

DO RACISMO AMBIENTAL

Muito tem se falado sobre o racismo ambiental nos últimos tempos. Ocorre que algumas informações ou comentários divulgados se equivocam ao conceituar, levando o leitor a entender que se trata do racismo descrito na Carta de 1988²², na Lei n° 7.716/89²³ e no Código Penal, que trata da injúria racial no seu artigo 140, parágrafo 3°²⁴.

Portanto, o primeiro aspecto a ser abordado é a definição de racismo ambiental. Para Herculano²⁵, racismo ambiental é um tipo de discriminação e injustiça específicas que atinge parcela da população mais vulnerável, não acobertada por políticas públicas. Acrescenta ainda o autor que essa parcela da sociedade sofre pela desigualdade ao acesso e uso de recursos naturais.

Traz-se, ainda, o brilhante conceito de Pacheco²⁶, que assim dispõe:

Chamamos de Racismo Ambiental às injustiças sociais e ambientais que recaem de forma implacável sobre etnias e populações mais vulneráveis. O Racismo Ambiental não se configura apenas através de ações que tenham uma intenção racista, mas, igualmente, através de ações que tenham impacto “racial”, não obstante a intenção que lhes tenha dado origem.

22 Art. 5° [...]XLIII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; [...] Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 18 jul 2020.

23 Lei n° 7.716, de 05 de janeiro de 1989. Define os crimes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm> Acesso em 18 jul 2020.

24 § 3o Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena - reclusão de um a três anos e multa. Código Penal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em 18 jul 2020.

25 HERCULANO, S. *O clamor por justiça ambiental e contra o racismo ambiental*. Disponível em: < <http://www3.sp.senac.br/hotsites/blogs/InterfacEHS/wp-content/uploads/2013/07/art-2-2008-6.pdf>> . Acesso em: 27 jul.2017. p. 16.

26 PACHECO, Tania. *Inequality, Environmental Injustice, and Racism in Brazil: Beyond the Question of Colour*. In: *Development in Practice*. Aug. 2008, Vol.18(6). Versão em português: *Desigualdade, injustiça ambiental e racismo: uma luta que transcende a cor*. Disponível em http://www.justicaambiental.org.br/_justicaambiental/pagina.php?id=1869. Acesso em 18 jul 2020.

Completa Pacheco (2008) o seu conceito de racismo ambiental mostrando que se trata de um verdadeiro desafio da atualidade, para que se alcance um novo paradigma civilizatório, na busca de uma sociedade mais igualitária, justa, com uma democracia plena e uma cidadania ativa, independentemente de cor, origem e etnia de cada um.

Como bem trazido por Rocha e Vasconcelos²⁷, o meio ambiente equilibrado é um dos requisitos necessários e básicos à vida digna. O acesso à água limpa, potável e ao tratamento de esgoto advindos de políticas públicas se encontra inserido dentro desse contexto.

Ocorre que, quando se verifica a existência de racismo ambiental em determinada sociedade, é preciso analisar a realidade local e verificar a existência (ou não) de políticas que possam ser utilizadas para amenizar essa situação. É importante esse aspecto a partir do momento em que envolve um dos setores mais vulneráveis socialmente, sendo, na grande maioria, localizado em regiões de periferia e com pouca ou nenhuma atuação estatal.

Herculano²⁸ aponta muito bem a existência de maior grau de desigualdades e de injustiças socioeconômicas por aqueles que se enquadram como vítimas do racismo ambiental. Lembra também que justiça ambiental engloba o saneamento ambiental no meio urbano e a degradação de terras para acolhimento de assentados na área rural. Logo, não se trata de um problema eminentemente urbano, e sim diz respeito a qualquer localidade.

Pacheco²⁹ ainda lembra que a maioria das pessoas que estão enquadradas como vítimas desse racismo ambiental ocupam, em sua maioria, favelas, arredores de lixões, periferias, locais onde há um grau grave de miserabilidade. Em muitos casos, são regiões dominadas pelo tráfico ou por milícias, como ocorre em grandes centros urbanos como Rio de Janeiro e São Paulo.

27 ROCHA, Jiuliani S.; VASCONCELOS, Priscila E.A. RACISMO AMBIENTAL. In Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça. 2018. Disponível em: <<https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/2294/2036>> Acesso em 18 jul. 2020.

28 Ibid. 25.

29 Ibid. 26.

Em 06 maio de 2020, foram publicados os dados extraídos de pesquisa do IBGE de 2019³⁰, contendo informações acerca do acesso à água e ao tratamento de esgoto pelos brasileiros. Pela pesquisa feita, 18,4 milhões de brasileiros não recebem água encanada, correspondendo a aproximadamente 10% da população nacional.

De acordo com o IBGE, há uma diferença significativa entre as regiões, que pode ser observada na Tabela 01, quando utilizado o indicador recebimento de água encanada regular nos domicílios:

TABELA 01 – ACESSO À ÁGUA ENCANADA NAS REGIÕES DO BRASIL 2019.

Região	Percentual de domicílios com água encanada
Norte	89%
Nordeste	74,20%
Centro-Oeste	94,90%
Sudeste	94,80%
Sul	97%

Fonte: dados extraídos do IBGE, 2019.

Verifica-se assim que nas regiões Norte e Nordeste a realidade é mais dura que nas demais. Segundo a pesquisa, no Nordeste, 25,8% dos lares não possuem abastecimento regular, sendo que, desse percentual, 6% recebe água de forma rudimentar – através de poços, por exemplo.

De acordo com a pesquisa publicada, entre os anos de 2018 e 2019, houve um pequeno aumento no acesso à rede de tratamento de esgoto pelos domicílios brasileiros, passando de 66,3% para 68,3%. É importante essa observação, tendo em vista que se trata de um dos indicadores para a caracterização de racismo ambiental.

30 IBGE. Disponível em: < <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/05/06/cerca-de-184-milhoes-de-brasileiros-nao-recebem-agua-encanada-diariamente-aponta-ibge.ghtml> > Acesso em 18 jul 2020.

A Tabela 02 traz o resultado da pesquisa publicada pelo IBGE sobre o esgotamento sanitário nas regiões do Brasil.

TABELA 02 – PERCENTUAL DE ACESSO A REDE DE ESGOTO POR REGIÃO DO BRASIL – ANO BASE 2019.

Região	Percentual de domicílios acesso à rede de esgoto
Norte	27,4%
Nordeste	42,7%
Centro-Oeste	60%
Sudeste	68,7%
Sul	89%

Fonte: Dados extraídos do IBGE, 2019.

É imprescindível destacar que, segundo as informações extraídas da pesquisa, na comparação entre 2018 e 2019, houve uma melhora no acesso à rede de esgoto pelos municípios brasileiros. Mesmo assim, é possível verificar, com base nos números aqui dispostos, que há uma diferença discrepante entre as regiões do país, deixando evidente o quão são diferentes as realidades neste território continental que é o Brasil.

A pesquisa apontada trouxe um outro dado de suma relevância que também é um dos indicadores característicos do racismo ambiental: acesso a serviços de limpeza. De acordo com as informações coletadas pelo IBGE em 2019, houve um aumento no percentual de domicílios com acesso à coleta de lixo feita por empresas de serviço de limpeza. Em 2018, o percentual era de 83%, sendo no ano de 2019 o correspondente a 84,4%, o que equivale a um acréscimo de 2,1 milhões de domicílios com o serviço à disposição.

Em pleno ano de 2018, cerca de 7,4% dos domicílios brasileiros ainda utilizavam a queimada, incineração, como forma de dar uma destinação ao lixo.

DO DIREITO À SAÚDE: SANEAMENTO BÁSICO

Dentre os objetivos fundamentais do Brasil³¹, está “erradicar a pobreza e a marginalização, assim como reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

Com isso, considerada a sua importância para a vida humana, para a redução da pobreza e das desigualdades sociais, a Constituição da República de 1988 estabeleceu a promoção de programas de saneamento básico como competência comum³² de todos os entes da federação.

E para disciplinar o referido direito, foi editada a Lei nº 11.445/07, alterada pela Lei Federal nº 14.026/20, que define e estabelece as diretrizes básicas do saneamento básico no Brasil.

Assim, como considerado pela Lei nº 11.445/07 em seu artigo 3º, saneamento básico é o conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, e drenagem e manejo das águas pluviais urbanas.

Todavia, segundo dados extraídos do Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgoto da Secretaria Nacional de Saneamento, do Ministério de Desenvolvimento Regional, em 2018³³, cerca de 46% da população não tinha acesso a coleta de esgoto. De acordo com a Tabela 03, é possível verificar os percentuais relativos ao ano de 2018 quanto ao acesso a água potável e tratamento de esgoto.

31 Art. 3º.- Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:[...] III -erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;[...] Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 18 jul 2020.

32 Art. 23 – É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 18 jul 2020

33 SNIS. SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES SOBRE SANEAMENTO. Disponível em <<http://www.snis.gov.br/>> Acesso em 18 jul 2020.

TABELA 03 – PERCENTUAL DE BENEFICIÁRIOS A REDE DE ÁGUA E ESGOTO (2018)

- 83,6% da população brasileira possui abastecimento de água;
- 46,8% da população brasileira não possui coleta de esgoto;
- 46,3% do esgoto gerado é tratado;
- 61,9 % dos Municípios brasileiros não possuem coleta seletiva de lixo;
- 67,7% dos Municípios brasileiros não possuem mapeamento de áreas de risco de inundação.

Fonte: tabela elaborada pelos autores com base nos dados extraídos do Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgoto da Secretaria Nacional de Saneamento. Ano-base 2018. Ministério de Desenvolvimento Regional.

Nesse contexto, o Instituto Trata Brasil apresentou em 2018 um relatório sobre os benefícios econômicos e sociais da expansão do saneamento³⁴. Além de ampliar a produção, gerar renda e empregos, melhorar o aproveitamento escolar, dentre outras vantagens, o acesso ao saneamento básico reduz os altos custos com saúde.

Os dados apresentados pelo país são preocupantes, uma vez que os riscos à saúde pública têm relação direta com o inadequado ou inexistente serviço de saneamento básico em áreas urbanas e rurais do país³⁵.

Alguns exemplos são apresentados pela Fundação Nacional da Saúde – FUNASA, órgão do Ministério da Saúde destinado a promover a saúde pública e a inclusão social por meio de ações de saneamento e saúde ambiental, como: o fornecimento contínuo de água potável assegura a redução e controle de inúmeras doenças como diarreia, cólera, dengue, febre amarela, tracoma, hepatites, conjuntivites, poliomielite, escabioses, leptospirose, febre tifóide, esquistossomose e malária; a coleta regular, acondicionamento e destino final adequado dos resíduos sólidos diminuem a incidência de casos de peste, febre amarela, dengue, toxoplasmose, leishmaniose, cisticer-

34 Instituto Trata Brasil. Benefícios econômicos e sociais da expansão do saneamento no Brasil. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/images/estudos/itb/beneficios/relat%3%b3rio-benef%3%adcios-do-saneamento-no-brasil-04-12-2018.pdf> Acesso em 18 jul 2020.

35 FUNASA. Saneamento para promoção da saúde. Disponível em: <http://www.funasa.gov.br/saneamento-para-promocao-da-saude> Acesso em 19 jul 2020.

cose, salmonelose, teníase, leptospirose, cólera e febre tifóide; o esgotamento sanitário adequado é fator que contribui para a eliminação de vetores da malária, diarreias, verminoses, esquistossomose, cisticercose e teníase. E ainda: melhorias sanitárias domiciliares estão diretamente relacionadas com a redução de doença de Chagas, esquistossomose, diarreias, verminoses, escabioses, tracoma e conjuntivites.

Acertadamente, a Constituição da República já insere dentre as competências do Sistema Único de Saúde participar da formulação da política e execução das ações de saneamento básico³⁶.

Destaca-se aqui que há relação direta entre ofensas ao direito à saúde e a falta de acesso aos serviços públicos essenciais compreendidos no saneamento básico (água potável, coleta de esgoto, coleta de lixo e sistema de drenagem das águas pluviais).

Ocorre que a saúde está prevista no Texto Constitucional como direito fundamental social³⁷, sendo dever do Estado “garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Para a Organização Mundial da Saúde, com base em 2018, estima-se que, em países de renda baixa e média, a falta de sistemas adequados de água, esgoto e higiene causem 842.000 mortes por ano³⁸. Sustenta a OMS que o saneamento inadequado é visto como a principal causa em 280.000 dessas mortes.

36 Art. 200: Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:[...] IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;[...]. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 22 jul 2020.

37 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. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 22 jul 2020.

38 Some 842 000 people in low- and middle-income countries die as a result of inadequate water, sanitation, and hygiene each year, representing 58% of total diarrhoeal deaths. Poor sanitation is believed to be the main cause in some 280 000 of these deaths. Fonte: site da Organização Mundial da Saúde: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs392/en/>, Acesso em 12 jan 2018.

Um dos maiores problemas enfrentados no Brasil, a proliferação do mosquito *aedes aegypti* (mosquito transmissor da zika, chikungunya e a dengue) tem relação direta com a ausência de saneamento básico nos bairros periféricos das cidades. O saneamento básico é fundamental no combate ao mosquito da dengue e deve ser prioridade para evitar a proliferação de doenças (MARICATO, 2016). Assim, a falta de drenagem de águas fluviais aumenta o número de mosquitos. São necessárias a coleta de lixo, a recuperação de córregos.

Observa-se que as Cortes Superiores reconhecem o fornecimento de água tratada e a coleta de esgoto, por exemplo, como instrumentos de saúde pública³⁹ eficazes no combate à eliminação de epidemias.

É possível, portanto, exigir do Estado uma articulação de políticas públicas de acesso ao saneamento básico voltadas à redução de risco de doenças e de acesso universal e igualitário à promoção, proteção e recuperação da saúde (GOUVÊA, 2004).

Atualmente, no entanto, a falta de acesso ao saneamento por grande parte da população ganha destaque no cenário mundial. Com efeito, a Organização Mundial da Saúde estabeleceu dentre as principais orientações preventivas ao combate da pandemia causada por força da COVID-19 lavar as mãos com água e sabão.

Contudo, conforme estudo apresentado por pesquisadores da Universidade de São Paulo⁴⁰, há uma distribuição desigual da pandemia no Brasil, diretamente relacionada à falta de acesso à água potável e à coleta de esgoto. Os pesquisadores demonstram que, na maior parte dos Municípios do Brasil, mais de 50% da população não tem seu esgoto coletado. Assim, cidades

39 "(...) A instalação da rede de distribuição de água tratada e de **coleta de esgotos** não se faz como meio de satisfação do interesse individual dos usuários. **Trata-se de instrumento de saúde pública.** Através desses serviços, eliminaram-se quase totalmente as epidemias, transmitidas anteriormente através da contaminação da água. **A suspensão dos serviços de água e esgoto representaria risco à saúde pública, na medida em que alguns dos integrantes da comunidade poderiam adquirir doenças, evitável através do tratamento de água e esgoto (...)**" (Resp 223.778/RJ, Rel. Min. Gomes de Barros, DJ de 13.03.2000).

40 Le Monde Diplomatique Brasil. Covid-19, desigualdade social e tragédia no Brasil. Publicado em 29 abr 2020. Disponível em: <<https://diplomatique.org.br/covid-19-desigualdade-social-e-tragedia-no-brasil/>>. Acesso em 18 jul 2020.

como Manaus foram fortemente atingidas pela pandemia porque 87,4% da população urbana não é atendida pela coleta de esgoto.

Verifica-se, portanto, que o direito ao conjunto de serviços públicos essenciais que constituem o saneamento básico adequado, em que pese não constar expressamente no rol dos direitos fundamentais, assim deve ser reconhecido, uma vez que integra núcleo mínimo e condicionante do direito à saúde e da própria vida.

DA AGENDA 2030 E O ODS 06

Não há como não abordar a temática saneamento e racismo ambiental sem relacioná-los ao compromisso internacional que o Brasil assinou em 2015. Com a Conferência das Nações Unidas realizada entre os dias 25 e 27 de setembro de 2015, na cidade de Nova Iorque, EUA, em prol de medidas que reduzissem – ou até neutralizassem – a emissão de gases de efeito estufa – GEE – e, por conseguinte, o aquecimento global, foi elaborada a Agenda 2030⁴¹.

Com os 193 países que adotaram formalmente o acordo⁴², a Agenda 2030 tem por objetivo definir e fazer cumprir 17 objetivos chamados de objetivos de desenvolvimento sustentável – ODS – pelos países em desenvolvimento, com apoio e auxílio necessário advindo de países já desenvolvidos.

Percebe-se, portanto, que o Brasil, assim como os demais países signatários da ONU, comprometeu-se a cumprir com os ODSs definidos. Dentre eles, o acesso aos serviços de saneamento até o ano de 2030, que se encontra previsto no ODS n°06, aqui objeto de análise.

41 ONU Brasil. Agenda 2030. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>> Acesso em 18 jul 2020.

42 Agência Brasil. Todos os países da ONU adotam a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Publicado em 25 set 2015. Disponível em: < [Direito em Movimento, Rio de Janeiro, v. 18 - n. 2, p. 208-230, 2º sem. 2020](https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-09/paises-adotam-na-onu-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustentavel#:~:text=Os%20193%20Estados%2DMembros%20da,de%20Desenvolvimento%20Sustent%C3%A1vel%20(O DS).> Acesso em 24 jul 2020.</p>
</div>
<div data-bbox=)

O ODS n° 06 é claro ao dispor sobre “assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todas e todos”⁴³. Nesse contexto, é preciso verificar as metas que foram predeterminadas para que os países seguissem em prol da efetivação da medida.

De acordo com a Agenda 2030, a Tabela 04 traz as metas definidas para o ODS n°06.

Tabela 06 – Metas para o ODS n°06

6.1 Até 2030, alcançar o acesso universal e equitativo a água potável e segura para todos;

6.2 Até 2030, alcançar o **acesso a saneamento e higiene adequados e equitativos para todos**, e acabar com a defecação a céu aberto, com especial atenção para as necessidades das mulheres e meninas e daqueles em situação de vulnerabilidade;

6.3 Até 2030, **melhorar a qualidade da água, reduzindo a poluição, eliminando despejo e minimizando a liberação de produtos químicos e materiais perigosos, reduzindo à metade a proporção de águas residuais não tratadas e aumentando substancialmente a reciclagem e reutilização segura globalmente**;

6.4 Até 2030, aumentar substancialmente a **eficiência do uso da água** em todos os setores e assegurar retiradas sustentáveis e o abastecimento de água doce para enfrentar a escassez de água, e reduzir substancialmente o número de pessoas que sofrem com a escassez de água;

6.5 Até 2030, implementar a gestão integrada dos recursos hídricos em todos os níveis, inclusive via cooperação transfronteiriça, conforme apropriado;

6.6 Até 2020, proteger e restaurar ecossistemas relacionados com a água, incluindo montanhas, florestas, zonas úmidas, rios, aquíferos e lagos;

43 ONU Brasil. ODS 06. Agenda 2030. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/ods6/>> Acesso em 21 jul 2020.

6.6.a Até 2030, ampliar a cooperação internacional e o apoio à capacitação para os países em desenvolvimento em atividades e programas relacionados a água e saneamento, incluindo a coleta de água, a dessalinização, a eficiência no uso da água, o tratamento de efluentes, a reciclagem e as tecnologias de reúso;

6.6.b Apoiar e fortalecer a **participação das comunidades locais, para melhorar a gestão da água e do saneamento.**

Fonte: Nações Unidas. ONU Brasil (2015). Grifos feitos pelos autores.

É importante ressaltar alguns aspectos. Quando a Agenda 2030 estabelece o acesso universal à água potável e ao saneamento, deixa claro que se trata de uma problemática não apenas brasileira, mas de grande parte dos países em desenvolvimento.

Isso reflete a necessidade de políticas públicas nacionais, visando à sua efetiva implementação. Com o advento do novo marco legal de saneamento no Brasil, através da Lei nº 14.026/2020, há uma tentativa de adequar o que foi predeterminado pela Agenda 2030, devidamente ratificada pelo governo brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mediante todos os dados e fatos apontados, a análise da lei publicada em 15 de julho de 2020, Lei nº 14.026, perfar-se-ia imprescindível. Além da própria legislação sancionada, sua relação com o tema racismo ambiental e os vetos presidenciais sobre o projeto originário é necessária.

Apesar do avanço em alguns aspectos, é preciso analisar o contexto teórico com a realidade brasileira nos mais diversos cantos do país. O não acesso à água limpa e potável, bem como à coleta e ao tratamento de esgoto não está concentrado apenas em algumas regiões. É um problema nacional e que precisa ser efetivamente solucionado.

Inclusive, sendo um dos indicadores característicos do racismo ambiental, trata-se de questão de saúde pública. Isso porque há diversas doen-

ças capazes de atingir um percentual considerável da população por não ter o mínimo necessário a uma vida saudável e digna.

É imprescindível que novas políticas públicas surjam, mas que sejam efetivamente aplicadas. No contexto da Política Nacional de Resíduos Sólidos, há a previsão da responsabilidade compartilhada que aqui também pode ser trazida.

Ademais, dentre as metas descritas pela Agenda 2030 no ODS n° 06, consta o item 6.6.b., que traz a participação da sociedade. Não basta apenas o Poder Público agir. É necessário o compromisso social para que se mantenha a fiscalização e controle das medidas.

Em meio à pandemia causada pela COVID-19 e tendo em vista as pesquisas científicas que apontam a necessidade de preservação e tutela ambiental – a fim de evitar novas pandemias –, mais do que nunca é necessário o compromisso e a responsabilidade de todos os setores. O papel da sociedade está em gerir as práticas de conduta sustentável, com a conscientização ambiental para a proteção de todos.

Com efeito, a recente alteração legislativa deve ser compreendida a partir de interpretação conforme ao Texto Constitucional – já sinalizada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1842-RJ – e não pode servir de instrumento para conflitos negativos de competência entre entes federativos ou disputas políticas de poder no que tange à prestação do serviço público e essencial de saneamento básico.

REFERÊNCIAS

Agência Brasil. *Todos os países da ONU adotam a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. Publicado em 25 set 2015. Disponível em: < [228](https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-09/paises-adoptam-na-onu-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustentavel#:~:text=Os%20193%20Estados%2DMembros%20da,de%20Desenvolvimento%20Sustent%C3%A1vel%20(ODS).> Acesso em 24 jul 2020.</p>
</div>
<div data-bbox=)

ARAÚJO, Alexandra Fuchs de. *Recursos Hídricos, Região Metropolitana, Cidade e o Federalismo de Integração: Dificuldades e Desafios*. In *A Crise Hídrica e o Direito. Racionalidade Jurídica a Serviço da Complexidade Ambiental*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015. 347-369.

BRASIL. Código Penal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm > Acesso em 18 jul 2020.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em 18 jul 2020.

_____. Lei n° 7.716, de 05 de janeiro de 1989. Define os crimes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm > Acesso em 18 jul 2020.

_____. Lei n° 14.026/2020. *Marco Legal do Saneamento Básico*. Publicado em 15 de julho de 2020. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14026.htm > Acesso em 17 jul 2020.

FERRARA, Luciana Nicolau *et al.* *Saneamento Básico e Urbanização de Favelas: os desafios para a universalização à luz das especialidades de ocupação dos assentamentos precários*. In *Dimensões do Intervir em Favelas: desafios e perspectivas*. Editora Peabiru TCA./Coletivo LabLaje, 2019. p 111-118.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos*. In *A Efetividade dos Direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p 199-254.

HERCULANO, S. O clamor por justiça ambiental e contra o racismo ambiental. Disponível em: < <http://www3.sp.senac.br/hotsites/blogs/InterfacEHS/wp-content/uploads/2013/07/art-2-2008-6.pdf> > . Acesso em: 27 jul.2017. p. 16.

IBDU. Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico. *Nota Técnica sobre o PL 3261/19 – Ameaça ao direito à água e ao saneamento como componente do direito*

à cidade sustentável. Disponível em: http://wp.ibdu.org.br/wp-content/uploads/2019/12/Nota-t%C3%A9cnica-SAN_IBDU.pdf Acesso em 21 jul 2020.

IBGE. *Cerca de 18,4 milhões de brasileiros não recebem água encanada diariamente, aponta IBGE*. In Globo.com. Publicado em 06 mai 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/05/06/cerca-de-184-milhoes-de-brasileiros-nao-recebem-agua-encanada-diariamente-aponta-ibge.ghtml>> Acesso em 18 jul 2020.

MARICATO, Ermínia. *Saneamento básico é fundamental no combate ao mosquito da dengue*. Disponível em <http://www.redebrasilatual.com.br/saude/2016/02/saneamento-basico-e-fundamental-no-combate-ao-mosquito-da-dengue-4364.html>. Acesso em 25 de abril de 2016.

NAÇÕES UNIDAS. ONU BRASIL. Agenda 2030. Publicado em 2015. Disponível em < <https://nacoesunidas.org/pos2015/ods6/> Acesso em 18 jul 2020.

ONDAS BRASIL. *Notas esclarecem como projeto que privatiza o saneamento causa desestruturação do setor*. Publicado em dez 2019. Disponível em: <https://ondasbrasil.org/notas-esclarecem-como-projeto-que-privatiza-o-saneamento-causa-desestruturacao-do-setor/> Acesso em 21 jul 2020.

PACHECO, Tania. Inequality, Environmental Injustice, and Racism in Brazil: Beyond the Question of Colour. In: *Development in Practice*. Aug. 2008, Vol.18(6). Versão em português: Desigualdade, injustiça ambiental e racismo: uma luta que transcende a cor. Disponível em http://www.justicaambiental.org.br/_justicaambiental/pagina.php?id=1869. Acesso em 18 jul 2020.

ROCHA, Jiuliani S.; VASCONCELOS, Priscila E.A. RACISMO AMBIENTAL. In *Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça*. 2018. Disponível em: <<https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/2294/2036>> Acesso em 18 jul. 2020.

STF. ADI 1842-RJ. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1714588>. Acesso em 20 jul 2020.

DIREITO E JULGAMENTO SOB A PERSPECTIVA DE GÊNERO

Renata de Lima Machado Rocha

Graduação em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Mestre em Direito, Justiça e Saúde pelo Programa de Pós-graduação em Saúde Pública da Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, na Fundação Oswaldo Cruz em convênio com a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - Emerj. Professora instrutora da Escola de Administração Judiciária TJRJ e Juíza de direito - Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Recebido em: 02/03/2020

Aprovado em: 03/03/2020 e 06/09/2020

RESUMO: Busca-se no presente trabalho analisar a influência do patriarcado e dos preconceitos de gênero no ordenamento jurídico brasileiro, seja nas leis, seja na doutrina e na jurisprudência. São tecidas noções históricas sobre a condição da mulher na sociedade, bem como levantados apontamentos formulados por teóricos em torno das categorias de gênero, sexualidade, controle social e violência e como se relacionam com o patriarcado. A influência do sistema patriarcal sobre o direito e o quanto este pode atuar, por vezes, para perpetuação daquele, são observados a partir de exemplos colhidos na legislação, nos estudos doutrinários e na elaboração de decisões judiciais. Em seguida, aborda-se a teoria feminista do direito, que procura questionar os alicerces patriarcais que influenciam o direito ainda nos dias atuais, e sua busca em contribuir para modificar o ponto de vista androcêntrico a partir do qual é produzido o direito. A conscientização acerca da problemática trazida pelos operadores do direito pode contribuir para uma sociedade mais igualitária entre mulheres e homens.

PALAVRAS-CHAVE: Gênero. Patriarcado. Ordenamento jurídico. Teoria feminista do direito.

ABSTRACT: The present work seeks to analyze the influence of patriarchy and gender prejudices in the Brazilian legal system, whether in laws, doctrine and jurisprudence. Historical notions about the condition of women in society are woven, as well as notes made by theorists around the categories of gender, sexuality, social control and violence and how they relate to patriarchy. The influence of the patriarchal system on the Law, and how much it can act, at times, for the perpetuation of that, are observed from examples gathered in the legislation, in the doctrinal studies and in the elaboration of judicial decisions. Then, the feminist theory of law is approached, which seeks to question the patriarchal foundations that influence law even today, and its search to contribute to modify the androcentric point of view from which Law is produced. Awareness about the issue brought up by law enforcement officers can contribute to a more egalitarian society between women and men.

KEYWORDS: Gender. Patriarchy. Legal system. Feminist theory of law.

1- INTRODUÇÃO

Este artigo almeja contribuir para a análise acerca da influência do patriarcado e das questões de gênero na esfera de aplicação do direito por seus intérpretes, seja na elaboração de leis, seja no âmbito da doutrina e da jurisprudência, promovendo uma legitimação e perpetuação dos preconceitos de gênero e da lógica patriarcal.

Em consequência, pretende colaborar para a maior conscientização dos juristas acerca da problemática aqui equacionada, a fim de que possam, na sua prática jurídica, se afastar de concepções do modelo patriarcal e, como tal, colaborar para a maior isonomia formal e material entre mulheres e homens.

O trabalho nasceu das reflexões realizadas na elaboração de Dissertação de Mestrado Profissional em Direito, Justiça e Saúde apresentada ao Programa de Pós-graduação em Saúde Pública da Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, na Fundação Oswaldo Cruz, intitulado “Discutindo gênero: pornografia de revanche”.

O tema será desenvolvido a partir da análise dos conceitos e categorias a ele relacionados gênero, sexualidade, controle social e violência, em especial a simbólica, e patriarcado – a fim de estabelecer as relações entre si e que permitem identificar o quanto o direito funciona e seus intérpretes atuam, por vezes, como perpetuadores do modelo patriarcal, mediante reprodução das discriminações de gênero.

São abordadas considerações acerca da condição histórica e social da mulher, bem como das categorias elencadas, a partir de breve revisão bibliográfica teórica, com buscas em bases de dados da Biblioteca Virtual em Saúde (BVS), na Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações (BDTD) e Scielo e de pesquisa documental de decisões judiciais, realizada em sites de tribunais brasileiros ou citadas nas obras de referência.

Em seguida, são apresentadas as contribuições que a teoria feminista do direito oferece para o debate e suas propostas para modificação do ponto de vista androcêntrico sob o qual se elabora o direito.

2 - CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

Enquanto os povos pré-históricos e agrários desconheciam os princípios da concepção humana e da participação do homem na fecundação, sendo a criança a grande esperança da força de trabalho futura, o feminino e a maternidade ocupavam lugar central e eram cultuados naquelas sociedades (BEAUVOIR, 2016; PEDRINHA, 2009).

Ainda assim, segundo Beauvoir (2016), jamais houve uma idade de ouro para a mulher, na medida em que sempre foi considerada pelo homem como o Outro, e nunca uma igual, posto que cultuada como Deusa, Mãe ou Terra: “a sociedade sempre foi masculina; o poder político sempre esteve nas mãos dos homens [...] O lugar da mulher na sociedade sempre é estabelecido por eles” (BEAUVOIR, 2016, p. 112).

Diria ainda a filósofa:

O triunfo do patriarcado não foi nem um acaso nem o resultado de uma revolução violenta. Desde a origem da humanida-

de, o privilégio biológico permitiu aos homens afirmarem-se sozinhos como sujeitos soberanos. Eles nunca abdicaram o privilégio. [...] Condenada a desempenhar o papel do Outro, a mulher também estava condenada a possuir apenas uma força precária: escrava ou ídolo, nunca é ela que escolhe seu destino. (BEAUVOIR, 2016, p. 112).

A maternidade atrelava a mulher ao próprio corpo, o que inaugurou a divisão sexual do trabalho.

Quando o homem percebeu que a agricultura decorria de sua atuação e ao constatar sua participação na fecundação humana, reivindicou a um só tempo a propriedade e os filhos e, a partir de então, a trajetória da mulher permaneceu atrelada à da propriedade privada, confundindo-se em grande parte com a história da herança (BEAUVOIR, 2016).

Entre as populações gregas e itálicas, a religião, com características domésticas e de culto ao ancestral falecido, era transmitida pela linhagem masculina, com controle sobre a sexualidade, na medida em que o local de suas práticas deveria manter-se casto, afastado de atos tido como impuros, qual o ato sexual (PEDRINHA, 2009).

Com o passar dos tempos, a religião englobou a comunidade e se associou à mitologia e, em seguida, às crenças judaico-cristãs, momento em que a figura masculina adquire importância ainda maior, diante dos mitos da criação do mundo, com destaque para as ideias de tentação, aceitação, vergonha, condenação e expulsão do paraíso, relacionados às noções de pecado, culpa, sexualidade, crime e castigo.

Na Idade Média e início da Idade Moderna, o poder político e religioso sob autoridades eclesiásticas autorizou que questões morais fossem tratadas no plano jurídico, para julgamento dos denominados crimes contra a fé, a moral e os bons costumes, cujo ponto culminante esteve na Inquisição e no Tribunal do Santo Ofício, com ampla utilização de instrumentos de suplício físico, tanto com vistas a fazer o indiciado confessar seus delitos, quanto para expurgá-los.

De um lado, certas virtudes moldavam o modelo comportamental ideal da mulher, próprias da Virgem Maria: castidade, virgindade e pureza (PEDRINHA, 2009).

De outro lado, a mulher era considerada eminentemente um ser lascivo, insaciável, pervertido, de beleza demoníaca e capaz de provocar enfraquecimento do homem, criando o ambiente próprio para a caça às bruxas, em fenômeno com caráter eminentemente sexista (PEDRINHA, 2009).

O movimento liberal de fins do século XVIII e o início do século XIX trouxe noções de indivíduo, autonomia, propriedade privada, igualdade, liberdade, segurança e contrato, que erigiram o conceito de cidadão. As mesmas, contudo, que, segundo Pateman (1993), foram negadas às mulheres quando da elaboração do contrato social entre os indivíduos, porquanto realizou-se, concomitantemente, um pacto sexual que estabeleceu o poder político dos homens sobre as mulheres, a constituir, a um só tempo, tanto a liberdade civil daqueles quanto a sujeição destas aos primeiros. Ou seja, um ajuste entre irmãos, maridos, cidadãos e trabalhadores, no qual as mulheres eram o objeto contratual, transmutando o patriarcado clássico num patriarcado fraternal moderno. Sob as diretrizes teóricas do Positivismo de Augusto Comte e da evolução das espécies de Charles Darwin, o controle social da sexualidade por meio da religiosidade transmutou-se para o discurso médico e jurídico, autorizando a percepção de que os melhores e mais evoluídos tinham o direito natural de domínio sobre indivíduos menos evoluídos, o que deu ensejo a uma separação entre os papéis sexuais, justificando a hegemonia do sexo masculino (PEDRINHA, 2009).

O Positivismo Criminológico de Lombroso, com concepções do criminoso no Direito Penal e na Medicina, rotulou indivíduos supostamente mais inclinados a condutas desviantes e estabeleceu um modelo comportamental, inclusive no âmbito da sexualidade (PEDRINHA, 2009). Em meados do século XIX, a Medicina, cuja maior preocupação era assegurar a força de trabalho, viu na pobreza o maior perigo da sociedade, não somente por sua força revolucionária, mas igualmente por razões sanitárias, por ser portadora e transmissora de doenças. Fez-se rígido o controle sobre

as habitações das camadas mais humildes da sociedade, com o combate às doenças venéreas e outras oriundas da promiscuidade e insalubridade e, conseqüentemente, com o combate de comportamentos ligados à moralidade sexual (FOUCAULT, 2017b).

No lar, o médico tomou o lugar do padre confessor de outrora, com aptidão para qualificar seu paciente como “normal” ou “patológico”, substituindo-se os conceitos de culpa e pecado pelo de “bom” e “mau” sexo: o primeiro seria heterossexual, marital, monogâmico, reprodutivo e não comercial, acontece em casa, entre indivíduos da mesma geração e sem envolver pornografia, objetos ou feticxes sexuais; o segundo seria qualquer sexo que violasse tais regras (RUBIN, 1984).

A mulher era medicada e submetida à higiene, o que indiretamente reforçava a política de dominação masculina.

O poder médico instituiu a figura da “mulher nervosa” (PEDRINHA, 2009), relacionou distúrbios psíquicos com distúrbios da sexualidade feminina ao catalogar a histeria (PEDRINHA, 2009) e apontou que a mulher seria mais predisposta que o homem à loucura;

Nesse diapasão, as “descobertas científicas” da Medicina e da Biologia corroboraram com essa dualidade, ao afirmar que o homem, por ser dono de um cérebro grande, pautava sua conduta na inteligência, racionalidade e lucidez; ao passo que a mulher, por ter um grande coração, guiava-se pela sensibilidade e pela intuição, conduzia-se de forma doce, frágil e submissa. Estabelecido esse padrão de “normalidade”, a mulher louca era aquela que rompia com sua natureza. Logo, aquela que se comportava sexualmente de maneira distoante do seu papel social. Era considerada louca [...] Por conseguinte, as mulheres que não se adequavam aos padrões impostos eram diagnosticadas como doentes: nervosas, loucas e histéricas. (*sic*) (PEDRINHA, 2009, p. 122).

Essas breves considerações acerca da condição da mulher na sociedade ocidental ao longo do processo histórico nos situam quanto à domi-

nação androcêntrica que tem pautado o ambiente social no Ocidente ao longo do tempo.

3 - GÊNERO, SEXUALIDADE, CONTROLE SOCIAL, VIOLÊNCIA E PATRIARCADO

O senso comum procura justificar as desigualdades sociais entre homens e mulheres a partir das suas características biológicas. Contudo, os estudos feministas demonstraram que a forma como essas características são apreciadas é que estabelece o que é o feminino ou o masculino, havendo distinção entre os conceitos de sexo e de gênero: o primeiro aborda que, biologicamente, há machos e fêmeas na espécie humana; e o segundo caminha na direção de que a qualidade de ser homem e de ser mulher é fincada socialmente, por meio da cultura (HEILBORN, 1997).

Segundo Scott (1989), o gênero é um elemento constitutivo de relações sociais fundadas sobre as diferenças percebidas entre os sexos; é o primeiro modo de dar significado às relações de poder. Para a autora, ordinariamente faz-se uma leitura dicotômica e polarizada acerca dos gêneros, compreendendo-se homem e mulher como polos opostos de uma lógica de dominação-submissão, caracterizada pela superioridade do primeiro elemento, ou de tudo que é dele derivado, em relação ao segundo elemento. Assim é que, segundo a concepção comum, existem polos antagônicos entre homens e mulheres: razão-sentimento, público-privado, ativo-passivo, superior-inferior, alto-baixo, duro-mole, reto-curvo, seco-úmido.

As complexidades do gênero, por sua vez, ligam-se intimamente às da sexualidade humana.

Foucault (2017a) destaca a sexualidade como um instrumento elaborado social e historicamente a partir de múltiplos discursos sobre sexo, que regulam, normatizam e inauguram conhecimentos e que se refletem nos corpos, nos comportamentos, nas relações sociais, com profundas consequências nas relações de poder.

Os estudos sobre sexualidade retomaram fôlego a partir das reflexões acerca do gênero, diante da estreita relação entre um e outro desses conceitos, inclusive porque ligados ambos aos movimentos sociais feministas (HEILBORN; BRANDÃO, 1999).

Rubin (1984) esclarece que a sexualidade tem natureza política e é constituída na sociedade e na história, isto é, fincada culturalmente e, portanto, não pode ser compreendida puramente em termos biológicos.

Segundo a estudiosa, a teia social estabelece uma hierarquização sobre as práticas sexuais, impondo uma estrutura social repressiva, sendo o sexo qualificado como “bom” ou “mau”, conforme atenda ou não às condições de ser heterossexual, marital, monogâmico, reprodutivo e não comercial, em ambiente doméstico, entre indivíduos da mesma geração e sem envolver pornografia, objetos ou fetiches. Em consequência, os praticantes do primeiro recebem recompensas sociais, enquanto recebem discriminação os que se conduzem de forma diversa:

Indivíduos cujo comportamento está no topo desta hierarquia são recompensados com saúde mental certificada, respeitabilidade, legalidade, mobilidade social e física, suporte institucional e benefícios materiais. Na medida em que os comportamentos sexuais ou ocupações se movem para baixo da escala, os indivíduos que as praticam são sujeitos à presunções de doença mental, má reputação, criminalidade, mobilidade social e física restrita, perda de suporte institucional e sanções econômicas.

Um estigma extremo e punitivo mantém alguns comportamentos sexuais como baixo status e é uma sanção efetiva contra aqueles que os praticam. A intensidade deste estigma está enraizada nas tradições religiosas do ocidente. Mas muito do seu conteúdo contemporâneo deriva do opróbrio médico e psiquiátrico (RUBIN, 1984, p. 15-16).

Dentro da lógica da construção social, política e como instrumento elaborado nessas condições, a sexualidade, e em especial a sexualidade da mulher, vem sendo utilizada como forma de controle social ao longo de todo o curso da história da humanidade.

A expressão controle social tem sua origem na sociologia e está intrinsecamente associada aos conceitos de poder e de dominação política, sendo designada para conceituar os mecanismos que disciplinam uma sociedade e que submete seus indivíduos a determinados padrões sociais e princípios morais.

Pode ser compreendido como um conjunto heterogêneo de recursos materiais e simbólicos de um organismo social, a fim de garantir que os indivíduos se comportem de maneira previsível e de acordo com as regras e preceitos vigentes em determinada época ou contexto. Sabadell (2017, p. 31) o define como “tudo aquilo que influencia o comportamento dos membros da sociedade”.

O controle social pode ser formal e institucionalizado, exercido pelo próprio Estado, ou informal e difuso, de caráter subliminar, quando exercido pelos grupos sociais (SABADELL, 2017). São formas de controle formal ou institucionalizado as que decorrem do aparelhamento estatal, como os realizados pelo sistema jurídico, sendo seus principais fiscalizadores os agentes estatais. O controle informal ou difuso é praticado espontaneamente pelos membros de uma comunidade, por meio da dinâmica dos próprios grupos sociais, como a família, a escola, amigos, fiéis de uma religião, a educação e outros.

Da mesma forma a mídia, o controle da informação, os meios de comunicação de massa, a exploração do sentimento de medo, as ideologias políticas e sociais, a medicina e a própria sexualidade consistem em importantes instrumentos de controle difuso sobre os indivíduos (PEDRINHA, 2009).

Bocayuva (2007, p. 32) sintetiza que “numa sociedade organizada em torno da meta de garantir a vida, o judiciário funciona ao lado de uma série de aparelhos (medicina, escola, oficina, fábricas, quartéis) que têm funções

reguladoras, disciplinadoras”. Deste modo, o próprio sistema judicial pode funcionar como método de controle social formal.

Neste ponto, é necessário abordar apontamentos em torno do patriarcado.

O tema atinente ao patriarcado e sua manutenção na sociedade hodierna é matéria que acende acirradas controvérsias entre os teóricos, porquanto “a interpretação tradicional da história do pensamento político moderno é a de que a teoria e o direito patriarcais estão mortos e enterrados há 300 séculos (PATEMAN, 1993, p. 38).

Contudo, estudiosas como Pateman (1993) e Saffioti (2015) entendem pela existência de um patriarcado moderno, atual e pungente.

Saffioti (2015) o compreende como uma expressão de poder político e um sistema contínuo de dominação masculina em permanente transformação, que incorpora as dimensões da sexualidade, da reprodução e da relação entre homens e mulheres, e perpassa todas as estruturas sociais, mantendo por vezes intactas as formas de divisão sexual do trabalho. Tem como um de seus elementos basilares o controle da sexualidade feminina, a fim de assegurar a fidelidade da esposa ao marido.

Em sua investigação, Pateman (1993) considera que persiste hodiernamente a negligência que negou às mulheres as liberdades civis conferidas aos homens quando da celebração do contrato social proposto pelas teorias contratualistas, o que inaugurou o patriarcado moderno:

A liberdade não é universal – é um atributo masculino e depende do direito patriarcal. [...] O contrato está longe de se contrapor ao patriarcado; ele é o meio pelo qual se constitui o patriarcado moderno. (PATEMAN, 1993, p. 17).

A constituição e manutenção do patriarcado tem profundas relações com as várias formas de violência.

Para os fins do presente trabalho, sobressai a violência simbólica, de caráter institucional, e que é exercida sem coação física. Funda-se na fa-

bricação contínua de crenças no processo de socialização, que induzem o indivíduo a se posicionar no espaço social seguindo critérios e padrões do discurso dominante, legitimando-o.

Para Bourdieu (2014), a violência simbólica é fundamento da divisão socialmente construída entre os gêneros, fulcrada na “dominação masculina”, que constrói e legitima a suposta superioridade masculina em detrimento da inferioridade feminina. Segundo o autor, a força da ordem masculina dispensa justificação, impondo-se a visão androcêntrica como se fosse neutra e sem que nada precise legitimá-la. O princípio masculino é tomado como medida de todas as coisas, a tal ponto que:

a divisão entre os sexos parece estar ‘na ordem das coisas’, como se diz por vezes para falar do que é normal, natural, a ponto de parecer inevitável; [...] funcionando como sistemas de percepção, de pensamento e de ação. (BOURDIEU, 2014, p. 17).

A violência, por outro lado, é um viés da cultura patriarcal da sociedade, que dela depende. Vale dizer: o patriarcado precisa se utilizar da violência, sem a qual não sobrevive, sendo esta inerente àquele:

no exercício da função patriarcal os homens detêm o poder de determinar a conduta das categoriais sociais nomeadas, recebendo autorização ou, pelo menos, tolerância da sociedade para punir o que se lhes apresenta como desvio. [...] A execução do projeto de dominação-exploração da categoria social homens exige que sua capacidade de mando seja auxiliada pela violência. Com efeito, a ideologia de gênero é insuficiente para garantir a obediência das vítimas. (SAFFIOTI, 2001, p. 1).

Dessa forma, quando a mulher se insurge contra o sistema patriarcal, por conduta que desatenda a comportamentos que dela se espera, inclusive o de romper um relacionamento afetivo ou exercer sua sexualidade livremente, o ambiente social admite uma forma de puni-la pelo suposto desvio, mediante o uso da violência.

De igual modo o entendimento de Sabadell (2017), para quem a violência contra a mulher é um aspecto central da cultura patriarcal, manifestando um poder de posse do homem sobre a mulher, sendo imprescindível para sua manutenção.

Esse cenário cria o ambiente propício para o desenvolvimento e manutenção da denominada “cultura do estupro”, estabelecida sob a premissa de que as mulheres devem resguardar-se moralmente e, quando não o fazem, dão ensejo à violência. Impõe que as mulheres devam se comportar de forma supostamente adequada, que não andem sozinhas, que não vistam roupas provocantes, a fim de evitarem o ato de violência sexual masculino, como se o comportamento feminino lhe desse causa. Assim, num episódio de violência sexual, a sociedade não apenas tolera a violência sexual contra a mulher, como também a incentiva e legitima e, a um só tempo, diminui a culpabilidade do expositor, enquanto aumenta a da vítima (CAMPOS *et al.*, 2017).

Pondo os temas abordados em perspectiva, tem-se que:

Gênero é construção sociocultural, e não decorrente pura e simplesmente de fenômenos biológicos. Todavia, a partir da visão dicotômica acerca das características dos gêneros, a sociedade espera que os sujeitos atuem segundo as características femininas ou masculinas, tal como se decorressem unicamente do sexo biológico.

A sexualidade, por sua vez, é tida como um instrumento elaborado social e historicamente, com profundas consequências nas relações de poder.

O controle social, por outro lado, imbrica-se intimamente ao exercício do poder e da dominação política e procura fazer com que os indivíduos atuem de um modo esperado socialmente, segundo padrões e princípios morais.

Esse controle social é exercido formal ou difusamente.

Um dos instrumentos de controle social difuso é a manipulação da sexualidade e, em especial, da sexualidade da mulher. O sistema jurídico, por outro lado, atua como controle social formal.

Por outro lado, o patriarcado é sistema social no qual a diferença sexual serve como base de opressão e de subordinação da mulher pelo homem, cuja manutenção depende das várias formas de violência, dentre as quais a violência simbólica, exercida pelo meio social, sem exercício de coação ou constrangimento físico.

Adiante, ver-se-ão exemplos de situações em que o direito, a prática jurídica e seus intérpretes atuaram como fatores legitimadores e perpetuadores das opressões próprias do patriarcado, ao naturalizar e reproduzir em seus discursos a lógica da dominação da mulher pelo homem ou os preconceitos de gênero. Nestas oportunidades, o direito e o sistema jurídico estão atuando como dispositivo de controle social formal da sexualidade da mulher, influenciados pela violência simbólica inerente ao patriarcado.

4 – A INFLUÊNCIA DO PATRIARCADO NO DIREITO, NA JURISPRUDÊNCIA E A TERIA FEMINISTA DO DIREITO

Os estudos das disciplinas relacionadas às humanidades vêm concluindo que as ciências em geral, tais como a história, a sociologia e a antropologia, e em particular o direito, sua interpretação doutrinária e jurisprudencial, seus discursos, sua eficácia social e sua aplicação sofreram a influência do patriarcado (SCOTT, 1989).

Sabadell (2017), ao destacar escritos de Gustav Radbrunch do ano de 1929, aponta que o direito é masculino, condicionado em seu conteúdo por interesses do homem, sobretudo em sua interpretação e aplicação, já que seria, em tese, puramente racional e com disposições genéricas duras, por meio das quais o indivíduo e seus sentimentos não são levados em consideração. Essas características atribuídas ao direito seriam qualidades masculinas, enquanto se atribui ao feminino as características de observar sentimentos e o sujeito individualmente considerado.

Beauvoir (2016) declara acerca das mais diversas regras norteadoras dos agrupamentos sociais, desde os tempos longínquos e nas mais variadas culturas:

Na época em que o gênero humano se eleva até a redação escrita de suas mitologias e de suas leis, o patriarcado se acha definitivamente estabelecido: são os homens que compõem os códigos. É natural que dêem à mulher uma situação subordinada. Mas poder-se-ia imaginar que a considerassem com a mesma benevolência com que encaravam as reses e as crianças. Não é o que ocorre. [...] As leis de Manu definem-na como um ser vil que convém manter escravizado. O Levítico assimila-a aos animais de carga que o patriarca possui. As leis de Sólon não lhe conferem nenhum direito. O código romano coloca-a sob tutela e proclama-lhe a 'imbecilidade'. O direito canônico considera-a a 'porta do Diabo'. O Corão trata-a com o mais absoluto desprezo. (BEAUVOIR, 2016, p. 116).

É possível constatar a influência do gênero nas leis quando se apura, por exemplo, que o voto feminino veio garantido em inúmeras legislações, em várias partes do mundo ocidental, somente em pleno século XX.

Ou quando se analisam os bens jurídicos tutelados pelas normas penais brasileiras ao longo do tempo: o Código Criminal do Império situava o estupro e o rapto como crimes contra a honra nos artigos 219 a 228; ou seja, não era a liberdade sexual da mulher o bem protegido pelo direito, mas a honra e a imagem que a mulher deveria manter perante a comunidade, relacionada a um juízo de valor quanto a sua moralidade e sexualidade.

No Código Penal de 1890, as transgressões passaram a integrar os delitos contra a segurança da honra (como juízo de moralidade sexual) e a honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor, nos termos dos artigos 266 a 272; a lei penal, nesses casos, procurava tutelar a honra e a honestidade das famílias ou decoro público, deixando de proteger, uma vez mais, a liberdade sexual da mulher.

Já no Código Penal de 1940 as infrações passaram a ser capituladas como crimes contra os costumes, mais uma vez sendo a moralidade o bem jurídico então escolhido para proteção pelo direito, sem que a mulher em si fosse resguardada.

Na Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, em relação ao delito de sedução, então capitulado no artigo 217, ora revogado, o legislador revelou toda a influência patriarcal por trás da elaboração do referido tipo penal:

71. Sedução é o *nomen juris* que o projeto dá ao crime atualmente denominado defloramento. Foi repudiado este título, porque faz supor como imprescindível condição material do crime a ruptura do hímen (*flos virgineum*), quando, na realidade, basta que a cópula seja realizada com mulher virgem, ainda que não resulte essa ruptura, como nos casos de complacência himenal.

O sujeito passivo da sedução é a mulher virgem, maior de 14 (quatorze) e menor de 18 (dezoito) anos. No sistema do projeto, a menoridade, do ponto de vista da proteção penal, termina aos 18 (dezoito) anos. Fica, assim, dirimido o ilogismo em que incide a legislação vigente, que, não obstante reconhecer a maioridade política e a capacidade penal aos 18 (dezoito) anos completos (Constituição, artigo 117, e Código Penal, modificado pelo Código de Menores), continua a pressupor a imaturidade psíquica, em matéria de crimes sexuais, até os 21 (vinte e um) anos.

Para que se identifique o crime de sedução é necessário que seja praticado “com abuso da inexperiência ou justificável confiança” da ofendida. **O projeto não protege a moça que se convencionou chamar emancipada**, nem tampouco aquela que, não sendo de todo ingênua, se deixa iludir por promessas evidentemente insinceras.

Ao ser fixada a fórmula relativa ao crime em questão, partiu-se do pressuposto de que os fatos relativos à vida sexual não constituem na nossa época matéria que esteja subtraída, como no passado, ao conhecimento dos adolescentes de 18 (dezoito) anos completos. A vida, no nosso tempo, pelos seus costumes e pelo seu estilo, permite aos indivíduos surpreender, ainda bem não atingida a maturidade, o que antes era o grande e

insondável mistério, cujo conhecimento se reservava apenas aos adultos.

Certamente, o direito penal não pode abdicar de sua função ética, para acomodar-se ao afrouxamento dos costumes; mas, no caso de que ora se trata, muito mais eficiente que a ameaça da pena aos sedutores, será a retirada da tutela penal à moça maior de 18 (dezoito) anos, que, assim, se fará mais cautelosa ou menos acessível.

Em abono do critério do projeto, acresce que, hoje em dia, dados os nossos costumes e formas de vida, não são raros os casos em que a mulher não é a única vítima da sedução.

Já foi dito, com acerto, que “nos crimes sexuais, nunca o homem é tão algoz que não possa ser, também, um pouco vítima, e a mulher nem sempre é a maior e a única vítima dos seus pretendidos infortúnios sexuais”. (Filipo Mancini, *Delitti sessuali*). (grifos nossos).

Há até pouco tempo, em redação somente alterada no ano de 2005 pela Lei 11.106, o art. 215 do CP previa o crime de posse sexual mediante fraude, cujo sujeito passivo era somente a “mulher honesta”, a redundar em que a mulher “desonesta” não seria merecedora da proteção estatal.

A expressão “mulher honesta” utilizada pela lei penal traz ínsito um juízo de valor de natureza patriarcal e tem como consequência a apuração, perante os órgãos estatais de persecução penal, da “honestidade” da mulher que se vê vítima de delitos sexuais. Vale dizer, quando a mulher pretende que o crime sexual que sofreu seja devidamente apurado nas instâncias criminais, a sua própria honestidade-moralidade é investigada, invertendo-se as posições de vítima e de algoz naquela investigação. É a denominada “lógica da honestidade”, expressão adotada por Andrade (2005, p. 90-91), que

estabelece uma grande linha divisória entre as mulheres consideradas honestas (do ponto de vista da moral sexual dominante), que podem ser consideradas vítimas pelo sistema, e

as mulheres desonestas (das quais a prostituta é o modelo radicalizado), que o sistema abandona na medida em que não se adequam aos padrões de moralidade sexual impostos pelo patriarcado à mulher. (ANDRADE, 2005, p. 90-91).

Dessarte, quando a discriminação contra a mulher não é realizada pela própria norma, a interpretação doutrinária ou jurisprudencial o faz.

Exemplo da interferência dos preconceitos de gênero se vê de entendimento doutrinário apresentado em importante obra de Direito Penal do ano de 1975:

A vítima deve ser mulher honesta, e como tal se entende, não somente aquela cuja conduta, sob o ponto de vista da vida moral, é irrepreensível, senão também aquela que ainda não rompeu com o *minimum* de decência exigido pelos bons costumes. Só deixa de ser honesta (sob o prisma jurídico-penal) a mulher francamente desregrada, aquela que, inescrupulosamente, *multorum libidini patet*, ainda que não tenha descido à condição autêntica de prostitua. Desonesta é a mulher fácil, que se entrega a uns e outros, por interesse ou mera depravação (*cum vel sine pecunia accepta*). Não perde a qualidade de honesta nem mesmo a amásia, a concubina, a adúltera, a atriz de cabaré, desde que não se despeça dos banais preconceitos ou elementares reservas de pudor. A proteção penal da liberdade sexual deixa de beneficiar a mulher desonesta, não porque esta haja decaído do direito de livre disposição do próprio corpo (pois de outro modo não se compreenderia que pudesse ser, como já vimos, sujeito passivo do crime de estupro), mas porque, em tal caso, o coito fraudulento não tem relevo suficiente para ingressar na esfera da ilicitude penal. O legislador, aqui, absteve-se, como o pretor romano, de cuidar de *minimis*. (HUNGRIA; LACERDA, 1975, p. 150).

A reprodução das questões de gênero igualmente é observada nos discursos contidos em decisões judiciais, como se extrai da ementa do julgado

proferido em 23 de julho de 2015 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em caso de publicação não autorizada de cena de intimidade sexual:

APELAÇÃO CÍVEL – CORPO FEMININO - FOTOS DE PARTES ÍNTIMAS – DIVULGAÇÃO PELA INTERNET - AUTORIA INCERTA – DANOS MORAIS - DEVER DE INDENIZAR - PARTICIPAÇÃO EFETIVA DA VÍTIMA –

INDENIZAÇÃO DIMINUÍDA. - As fotos em posições ginecológicas que exibem a mais absoluta intimidade da mulher não são sensuais. Têm definição mais amarga. A postura de quem fragiliza o conceito de moral pode autorizar avaliação condizente com essa postura. Havendo dúvidas quanto origem da divulgação de fotos tiradas por webcam não se pode fixar um culpado. Vítima que participa de forma efetiva e preponderante para a consumação do fato tem de ser levado em consideração na fixação da condenação. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 16ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 1.0701.09.250262-7/001. Julgado em 23/07/2015. (*apud* SILVA; PINHEIRO, 2017, p. 254).

Nesse caso, em primeira instância entendeu-se que houve comprovação de que o réu divulgou imagens íntimas da vítima, que lhe foram transmitidas por aplicativo de troca de mensagens, arbitrando-se indenização por danos morais de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Todavia, após recurso de apelação pelo condenado, o desembargador revisor assim fundamentou seu voto, diminuindo o valor indenizatório para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais):

[...] Moral é postura absoluta. É regra de postura de conduta – Não se admite sua relativização. Quem tem moral a tem por inteiro. As fotos em momento algum foram sensuais. As fotos em posições ginecológicas que exibem a mais absoluta intimidade da mulher não são sensuais. Fotos sensuais são exibíveis,

não agridem e não assustam. Fotos sensuais são aquelas que provocam a imaginação de como são as formas femininas. Em avaliação menos amarga, mais branda podem ser eróticas. São poses que não se tiram fotos.

São poses voláteis para consideradas imediata evaporação. São poses para um quarto fechado, no escuro, ainda que para um namorado, mas verdadeiro. Não para um ex- namorado por um curto período de um ano. Não para ex-namorado de um namoro de ano. Não foram fotos tiradas em momento íntimo de um casal ainda que namorados. E não vale afirmar quebra de confiança. O namoro foi curto e a distância. Passageiro. Nada sério. A autora ao se exibir daquela forma sabia da possibilidade da divulgação porque estava ela em Uberaba e ele em Uberlândia. Não estavam juntos. As fotos viajaram de forma vulnerável na internet em cabos ópticos. E foi a autora quem ligou sua webcam que é postada em lugar estratégico no monitor do seu computador para o melhor ângulo fotográfico. Quem ousa posar daquela forma e naquelas circunstâncias tem um conceito moral diferenciado, liberal. Dela não cuida. Irrelevantes para avaliação moral as ofertas modernas, virtuais, de exibição do corpo nu. A exposição do nu em frente a uma webcam é o mesmo que estar em público. Mas, de qualquer forma, e apesar de tudo isso, essas fotos talvez não fossem para divulgação. A imagem da autora na sua forma grosseira demonstra não ter ela amor-próprio e autoestima. Sexo é fisiológico, é do ser humano e do animal. [sic] É prazeroso. Mas ainda assim temos lugar para exercitá-lo. A postura da autora, entretanto, fragiliza o conceito genérico de moral, o que pôde ter sido, nesse sentido, avaliado pelo réu. Concorreu ela de forma positiva e preponderante. O pudor é relevante e esteve longe.

O voto em questão é eivado de noções relacionadas à moralidade e comportamento sexuais, pois utiliza expressões como “posições ginecológicas” das fotografias, as quais entende deveriam ser reservadas para um “quarto fechado, no escuro, ainda que para um namorado”. Registrou-se

que não se tratava de um relacionamento afetivo há muito já estabelecido entre os envolvidos, pois “o namoro foi curto e a distância. Passageiro. Nada sério.” Por fim, concluiu que “quem ousa posar daquela forma e naquelas circunstâncias tem um conceito moral diferenciado, liberal. Dela não cuida”.

Evidencia-se nesse discurso, com nitidez, a culpabilização da vítima, em suposta atitude de consentimento da mulher ou de autocolocação em risco, pois a vítima teria concorrido, “de forma positiva e preponderante” para o episódio, ao admitir posar para fotos.

Sob perspectiva assemelhada, mas afastando inteiramente a existência dos danos imateriais, o acórdão da lavra do Tribunal de Justiça de Mato Grosso, publicado no Diário da Justiça Eletrônico do Poder Judiciário em 19/04/2016, assim resumido:

RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PROPAGAÇÃO DE FOTOS ÍNTIMAS – LESÃO A HONRA, IMAGEM, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA – INEXISTENTE – AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DA PARTE PARA DIVULGAÇÃO – DANOS MORAIS AFASTADOS – CONFECÇÃO PELA PRÓPRIA VÍTIMA E ENVIO PARA TERCEIRA PESSOA – CULPA EXCLUSIVA DESTA – RECURSOS CONHECIDOS, PROVIDO O PRIMEIRO APELO E PREJUDICADO O SEGUNDO APELO.

O artigo 5º, X da Constituição Federal assegura a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. A propagação de imagens que violam a intimidade da parte é capaz de ensejar indenização por danos morais quando não há autorização para tanto, nos termos do artigo 20 do CC. O fato de a parte ter produzido e remetido a foto íntima para outrem caracteriza sua culpa exclusiva pela propagação das imagens acostadas nos

autos (Apelação 105148/2015 - Classe: CNJ-198. Protocolo Número/Ano: 105148 / 2015. Julgamento: 13/04/2016, em que são apelantes e apelados J. M. M. V. e B. B. R. (DJMT, 2016, p. 99).

Na fala desses operadores do direito transparece a diferenciação entre o comportamento que atenderia à moral e que merece a proteção jurídica, enquanto outro, que supostamente não o atenda, não merece a tutela do ordenamento jurídico, a revelar o quanto a prática jurídica está eivada de concepções patriarcais.

Os exemplos fornecidos revelam como o direito pode atuar como perpetuador do sistema patriarcal, mediante leis, doutrina e decisões judiciais, oportunidades em que funciona como controle social formal, legitimando o patriarcado e contribuindo para a manutenção da dominação masculina e mesmo para a cultura do estupro.

A partir dessa observações, a crítica feminista percebeu a necessidade da criação de uma teoria feminista do direito, a fim de contribuir para expor as contradições nos discursos jurídicos e nas estruturas de poder da sociedade.

A teoria tem por escopo a alteração do paradigma androcêntrico e questiona o formalismo jurídico e sua representação como “sistema completo, coerente, unívoco e elaborado por um legislador racional e aplicado por um juiz neutro e imparcial”. Pretende, outrossim, questionar o papel do direito na criação e manutenção de modalidades de opressão, identificando-o, na verdade, como “indeterminado, inconsistente e ambíguo em relação às questões de gênero”, diante de “leis discriminatórias, interpretações sexistas, categorias fundadas em estereótipos, etc.” (RABENHORST, 2009, p. 31).

Reflexiona acerca da capacidade reformadora e/ou emancipadora do direito na garantia dos direitos da mulher e da igualdade substancial entre os gêneros.

Duas teóricas principais serão abordadas em relação à teoria feminista do direito: Frances Olsen (1990) e Carol Smart (2000).

Olsen (1990) inicia seu texto *El sexo del derecho* destacando o sistema dual de pares opostos em relação ao gênero, no pensamento ocidental: racional/irracional, ativo/passivo, pensamento/sentimento, razão/emoção, cultura/natureza, objetivo/ subjetivo, abstrato/concreto, universal/particular. Essa dicotomia é sexualizada, caracterizando-se o primeiro desses elementos como masculino, o segundo como feminino, havendo uma ideia de hierarquia entre ambos.

Em tal sentido, o direito foi caracterizado como masculino, porque a ele se atribuem qualidades supostamente masculinas: racionalidade, objetividade, abstração e universalidade. Ademais, durante longo tempo, as mulheres foram inteiramente excluídas das práticas jurídicas, sendo certo que as práticas políticas, sociais e intelectuais que constituem o direito foram levadas a cabo exclusivamente por homens (OLSEN, 1990).

A autora aponta três estratégias dos movimentos feministas para opor-se ao sistema dual mencionado, sendo que cada uma dessas estratégias corresponde a uma corrente teórica feminista do direito.

A primeira dessas estratégias refuta a sexualização entre as unidades dicotômicas. Propõe identificar as mulheres com o elemento favorecido naquela dicotomia, isto é, com o racional, o ativo, o objetivo, etc. Rejeita, portanto, a relação de gênero entre os conceitos; sua proposta consiste em desafiar o sistema jurídico sendo fiel aos seus próprios princípios.

A estudiosa critica esta aceção, na medida em que se aproxima da ideologia dominante, pois admite a hierarquia do primeiro elemento em face do segundo elemento dicotômico.

A teoria crítica correspondente a essa estratégia tem natureza reformista do sistema jurídico. Essa postura ressalta os casos de denegação da igualdade formal (isonomia perante a lei) e da igualdade substancial (isonomia real, efetiva, que se veja na prática) entre homens e mulheres, bem como a exclusão da tutela do direito sobre a esfera doméstica ou privada, a reservada pela sociedade patriarcal às mulheres.

O segundo estratagema procura rechaçar a hierarquia entre os elementos duais; aceita a afirmação de que o direito é racional, objetivo, abstrato e universal, bem como aceita a identificação das mulheres com os segundos elementos dicotômicos, mas refuta que estes sejam inferiores aos primeiros.

Por admitir a sexualização entre as unidades dicotômicas, e que homens e mulheres são diferentes, a autora igualmente contesta essa segunda posição por também aproximar-se da ideologia dominante.

A teoria crítica relacionada a essa estratégia é a que identifica o direito como masculino e patriarcal e, como tal, opressivo para as mulheres, integrando a estrutura de dominação masculina.

Tal posição teórica conduz a uma visão menos otimista da possibilidade de reforma do sistema jurídico (OLSEN, 1990).

A última estratégia mencionada por Olsen (1990), por ela caracterizada pela expressão “androgenia”, refuta tanto a sexualização quanto a hierarquização inseridas no dualismo entre os gêneros, de tal modo que nem “os homens são mais racionais, objetivos e universais do que as mulheres e nem é particularmente admirável ser racional, objetivo e universal” (OLSEN, 1990, p. 145, em tradução livre).

A teoria crítica concernente a essa estratégia entende que o mundo não pode ser dividido entre polos opostos e dicotômicos e nega que o direito seja universal, objetivo, racional e abstrato.

Essa perspectiva afasta-se ainda mais do caráter reformista das correntes anteriores, pois as teóricas que a defendem entendem pela necessidade de uma mudança estrutural na sociedade, que atinja os campos moral e político:

poco convencidas por la creencia de que la teoria jurídica abstracta cumple algún rol em la obtención de estos beneficios. El razonamiento jurídico y las batallas judiciales no son tajantemente distinguibles del razonamiento moral y político y de las batallas morales y políticas. (OLSEN, 1990, p. 151).

Após tecer considerações no sentido de que esas teorias não devem ser aplicadas hermeticamente, cada uma delas fechada em si mesma, e merecem ser intercambiadas, a autora conclui que “es imposible separar el derecho de la política, de la moral y del resto de las actividades humanas: por el contrario, es una parte integral del entramado de la vida social” (OLSEN, 1990, p. 156).

Smart (2000), por outro lado, inicia seu estudo *La teoria feminista y el discurso jurídico* ressaltando que a teoria feminista do direito não nasce sem oposição de alguns setores dos movimentos das mulheres.

O que se tem por lógico, haja vista que se deve falar em vários feminismos dentro do movimento feminista, por serem várias as vertentes que se pretende alcançar por eses movimentos sociais, cada uma delas com ênfase em interesses distintos das de outros, por haver formas distintas de opressão na sociedade (opressão racial, social, de gênero, todas interligadas entre si em algum ponto ou grau), sofrendo mútua influência.

São de três ordens os questionamentos havidos em face da teoria feminista, no interior do movimento feminista, segundo Smart (2000): a) o primeiro expressa sua oposição porque não acredita que a teoria possa alcançar os propósitos que almeja, diante dos termos da lei, aos quais se deve ater a jurisprudência. Trata-se do grupo que defende a aplicação da letra estrita da lei; b) o grupo liberal entende que uma teoria especificamente feminista é desnecessária, por acreditar que, ao menos nos países desenvolvidos, o direito já superou a “discriminação sexual”; c) o terceiro grupo aponta que o direito constitui uma prática, devendo traduzir-se em consequências concretas para as mulheres, razão pela qual uma teoria feminista seria prescindível.

É ainda Smart (2000) quem destaca que um dos desafios da teoria feminista do direito é superar a tensão que sempre existiu em torno de utilizar-se o direito para favorecer as causas das mulheres, já que o próprio direito é um fenômeno do patriarcado e dificilmente poderia ser utilizado para desmantelá-lo.

A tal crítica, a autora responde que o campo do direito deve ser um lugar de luta, em vez de um instrumento de luta feminista.

Carol Smart (2000) também identifica três fases em que se desenrola a noção de que o direito tem gênero: a) a que lhe atribui um caráter sexista; b) a que o identifica como masculino; c) a que o vê como caracterizado pelo gênero propriamente dito ou sexuado. (p. 34).

A concepção de que o direito é sexista parte do princípio de que, ao estabelecer diferenciações entre homens e mulheres, colocou-as em desvantagem. Tal se dá quando, exemplificativamente, nega-se igualdade de oportunidades às mulheres, limitando-as como sujeitos de direitos; ou quando sua conduta é julgada segundo standards diversos daqueles aplicados aos homens (como se dá no entendimento do que seja a promiscuidade sexual para um e outro gênero).

O rótulo “sexista” ao direito constitui um meio de desafiar a ordem normativa do direito, a fim de dar uma nova interpretação àquelas práticas, por caracterizá-las como inaceitáveis.

Segundo essa concepção, para pôr fim ao sexismo, o direito deveria tratar os sujeitos legais igualmente, com medidas corretoras dentro do próprio direito. É a estratégia, por exemplo, daqueles que defendem uma linguagem neutra em gênero para resolver o problema da diferenciação e, em consequência, da discriminação. *Exempli gratia*, passar a utilizar a expressão “cônjuge” em vez de “esposa”. Todavia, para Smart (2000), tal proposta de solução encobre um problema muito mais profundo, que alcança a própria estrutura das relações de poder.

A abordagem segundo a qual o direito seria masculino implica em perceber que os ideais de neutralidade, objetividade e igualdade do direito somente aparentemente são universais, pois, na verdade, estes são valores masculinos, segundo as concepções biológicas relacionados ao sexo e a concepção dicotômica entre homens e mulheres. Tal pensamento não quer significar que quando um homem e uma mulher se apresentam perante o direito, cada um recebe um tratamento distinto. Mas sim, que a ambos são aplicados os mesmos princípios, mas estes são masculinos e não universais.

O enfoque de que o direito é masculino, contudo, perpetua a noção do direito como uma unidade, em lugar de procurarem-se corrigir suas contradições internas. Além disso, faz com que qualquer sistema fundado sobre valores presumivelmente universais e imparciais seja tomado como atendendo a pretensões masculinas, o que não parece ser verdade para a autora (SMART, 2000).

Conclui a estudiosa que insistir na igualdade, neutralidade e objetividade do direito é insistir em ser julgado segundo os valores masculinos.

A terceira abordagem realizada por Smart (2000) refere-se à concepção de que o direito tem gênero, destacando ser muito sutil a passagem da ideia de que o direito é masculino para aquela segundo a qual ele tem um gênero.

Tal posição defende que uma mesma prática adquire significados diferentes para homens e mulheres, porque é lida sob perspectivas distintas. Esse ponto de vista dá lugar a uma noção de gênero mais flexível, que não permanece entrelaçada por fatores biológicos nem sociais nem psicológicos ligados ao sexo.

A autora concluiu que a compreensão revisionista segundo a qual o direito tem gênero, superando as compreensões de que o direito é sexista ou masculino, leva a uma modificação das perguntas norteadoras para as modificações de paradigma almejadas para as mulheres: em vez de questionar “como o direito pode transcender ao gênero?”, deve-se indagar “como opera o gênero dentro do direito e como opera o direito para produzir o gênero?” (SMART, 2000, p. 40).

Nesse sentido, aponta que o direito, ao lado de outras disciplinas e funcionamentos da sociedade, é uma estratégia criadora de gênero, o que precisa ser interpretado juntamente com a noção de que o direito tem gênero.

Neste ponto, importa atentar para as chamadas gerações ou ondas do movimento feminista (RABENHORST, 2009), as quais influenciaram as várias correntes de teoria feminista do direito:

Num primeiro momento, entre a Revolução Francesa e a Primeira Guerra, deu-se o feminismo igualitário, liberal ou marxista, cujo objetivo maior era constatar as causas da discriminação das mulheres e reivindicar igualdade formal com os homens, especialmente no plano dos direitos civis e políticos, sob o tripé de busca por educação, voto e trabalho às mulheres.

Essa onda tem hoje representação na posição mais moderada da teoria feminista do direito, que vê como resquício histórico o caráter masculino do direito, a ser superado mediante reformas do ordenamento jurídico até a completa eliminação das discriminações, inclusive por meio de ações afirmativas em prol das mulheres (SABADELL, 2017).

Num segundo instante, o feminismo dito radical decorreu do ressurgimento do movimento das mulheres na década de 60, após a averiguação de que o feminismo liberal não fora suficiente para promover a alteração estrutural nas relações sociais de poder ou para alcançar a almejada igualdade substancial entre os gêneros. A vertente foca a causa das discriminações contra as mulheres no arranjo patriarcal da sociedade.

Essa onda do movimento feminista se identifica com as teorias feministas mais radicais, que consideram que as dicotomias do pensamento dualista são ideológicas e que, em verdade, o direito não é racional e não segue os princípios gerais que ele próprio preconiza, quais os de liberdade e igualdade e, portanto, é incoerente. O objetivo político dessa corrente é a abolição do sistema social de dominação masculina, não por simples reforma do ordenamento jurídico, mas por modificação do patriarcado vigente (SABADELL, 2017).

As teses reformistas pretendem superar a desigualdade feminina desafiando a afirmativa de que o direito seria neutro no que diz respeito ao gênero. Para Baratta (1999), muito embora reconhecendo os importantes avanços trazidos por esse movimento para os direitos das mulheres, a posição meramente reformista vincula-se ao “nível mais baixo” do discurso ligado ao paradigma de gênero. Diversamente, o “mais alto nível” é aquele que pretende uma transformação estrutural das instituições e da cultura do direito, com vistas a atingir o projeto de um direito “andrógino”.

Baratta (1999) destaca que as teorias de Smart e Olsen se aproximam porque almejam desconstruir as bases das dicotomias, das qualidades e dos valores atribuídos aos gêneros e o emprego polarizante na construção destes.

O conhecimento dos questionamentos trazidos pela teoria feminista do direito, ainda incipiente no meio jurídico, bem como a observação dos exemplos em que o direito atua como fator legitimador do sistema patriarcal permitem dimensionar o quão importante é que os intérpretes e os operadores do direito se conscientizem e se sensibilizem acerca da problemática e que, em consequência, procurem adotar uma postura mais crítica acerca do assunto, a fim de evitar a perpetuação e reverberação dos preconceitos de gênero em sua prática jurídica.

O estudo das questões trazidas neste trabalho se impõe desde os bancos universitários, a fim de contribuir para o nascimento de uma nova geração de juristas, mais comprometida em combater as diferenças de gênero e colaborar eficazmente para uma sociedade mais igualitária, formal e, acima de tudo, substancialmente, entre mulheres e homens.

5 – CONCLUSÃO

O presente artigo pretendeu demonstrar o quanto os tentáculos do patriarcado se imiscuem profundamente no direito, atuando como fator de legitimação e manutenção do sistema de dominação masculina, seja em âmbito legislativo, seja no que tange aos estudos doutrinários ou na elaboração jurisprudencial do ordenamento jurídico.

Inicialmente, destacou-se o processo histórico acerca da condição da mulher na sociedade, de modo a evidenciar as profundas raízes da lógica patriarcal.

Em seguida, reuniram-se saberes em torno das categorias que se relacionam ao tema objeto do estudo, lançando noções a respeito do gênero, da sexualidade, do controle social e da violência – especialmente a violência simbólica – e de como se relacionam entre si para a configuração do patriarcado.

O destaque foi efetuado quanto ao patriarcado na concepção do direito, sendo analisadas leis, doutrinas e decisões judiciais proferidas em casos concretos, permeadas de preconceitos de gênero, aferindo-se sob quais aspectos continham discursos patriarcais e questionadores da moralidade e sexualidade da mulher.

Nesse tocante, o direito e o sistema jurídico funcionam como elemento de controle social formal, influenciados pela violência simbólica inserida no sistema de dominação da mulher pelo homem.

Daí, analisaram-se as críticas que originaram a teoria feminista do direito, com vistas a expor as contradições nos discursos jurídicos e contribuir para a alteração do paradigma androcêntrico no direito.

A abordagem aqui realizada pode contribuir para maior conscientização e sensibilização dos operadores do direito acerca do quanto suas práticas podem funcionar como legitimadoras e reverberadoras do modelo social do patriarcado, despertando o pensamento crítico acerca do assunto.

A temática mereceria ser estudada desde os bancos universitários, a fim de auxiliar na formação de uma nova geração de juristas, mais comprometida com a efetiva igualdade entre mulheres e homens.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. **Revista Seqüência**, n. 50, p. 71-102, jul. 2005. DOI: <https://doi.org/10.5007/%25x>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15185/13811>. Acesso em: 21 fev. 2019

BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero. *In*: CAMPOS, Carmen Hein (org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999.

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo: fatos e mitos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. v. 1.

BOCAYUVA, Helena. **Sexualidade e gênero no imaginário brasileiro: metáforas do biopoder**. Rio de Janeiro: Revan, 2007

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014.

BRUNO, Anibal. **Crimes contra a pessoa**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1975.

CAMPOS, Carmen Hein de; MACHADO, Lia Zanotta; NUNES, Jordana Klein, SILVA Alexandra dos Reis, C. Cultura do estupro ou cultura antiestupro? **Revista Direito GV**, v. 13, n. 3, p. 981-1006, dez. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6172201738>. Acesso em: 21 fev. 2019.

DIÁRIO DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MATO GROSSO (DJMT). 19 de abril de 2016, p. 99. **JusBrasil**, 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/113559739/djmt-19-04-2016-pg-99>. Acesso em: 12 jul. 2018.

FERNANDO, Milton. Pinga fogo. **Jornal Opinião Encantado**, p. 5, abr. 2015. Disponível em: <http://jornalopiniaoencantado.blogspot.com/2015/04/clique-nas-capas-para-folhear.html>. Acesso em: 03 abr. 2019.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: a vontade de saber**, tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017a

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização, introdução e revisão técnica de Roberto Machado. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017b.

HEILBORN, Maria Luiza. Gênero, sexualidade e saúde. In: SILVA, Dayse Marques da (org.). **Saúde, sexualidade e reprodução: compartilhando responsabilidades**. Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 1997. p. 101-110. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/490609/mod_resource/con

tent/1/HEILBORN%20G%C3%AAnero%2C%20Sexualidade%20e%20Sa%C3%B Ade.pdf. Acesso em: 06 fev. 2019.

HEILBORN, Maria Luiza; BRANDÃO, Elaine Reis. Introdução: ciências sociais e sexualidade. *In*: HEILBORN, Maria Luiza (org.). **Sexualidade: o olhar das ciências sociais**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 7-17

HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortes. **Comentários ao código penal**: decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. 8, Arts.197 a 249.

OLSEN, Frances. El sexo del derecho. *In*: RUIZ, Alicia E. C. (org.). **Identidad feminine y discurso jurídico**. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2000. (Colcción Identidad, Mujer y Derecho). Disponível em: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-sexo-del-derecho.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2019.

PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. Tradução: Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

PEDRINHA, Roberta Duboc. **Sexualidade, controle social e práticas punitivas**: do signo sacro religioso ao modelo científico médico higienista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 2. (Parte Especial – Arts. 121 a 249).

RABENHORST, Eduardo Ramalho. O feminismo como crítica do Direito. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 4, n. 3, 2009. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/6141>. Acesso em: 21 fev. 2019.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica**: introdução a uma leitura externa do direito. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero, patriarcado e violência**. São Paulo: Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo, 2015.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. **Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero**. Cadernos Pagu, n. 16, p.115-136, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n16/n16a07.pdf>. Acesso em 03 mar. 2019

RUBIN, Gayle. **Pensando sexo**: notas para uma teoria radical da política da sexualidade. [S. l.: s. n.], 1984. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/1229/rubin_pensando_o_sex0.pdf, Acesso em: 21 fev. 2019.

SCOTT, Joan Wallach. Gender: a useful category of historical analyses. In:_____. **Gender and the politics of history**. New York: Columbia University Press, 1989. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/plugin-file.php/1737847/mod_resource/content/1/Scott_g%C3%AAnero%20uma%20categoria%20%C3%BAtil%20para%20a%20an%C3%A1lise%20hist%C3%B3rica.pdf. Acesso em: 21 fev.2019.

SILVA, Artenira da Silva; PINHEIRO, Rossana Barros. **Exposição que fere, percepção que mata**: a urgência de uma abordagem psicossociojurídica da pornografia de vingança à luz da Lei Maria da Penha. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, v. 62, n. 3, p. 243-265, set./dez. 2017a. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/53834>. Acesso em: 06 fev.2019.

SMART, Carol. La teoría feminista y el discurso jurídico. In: BIRGIN, Haydée (comp.). **El derecho en el género y el género en el derecho**. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2000. p. 31-71. Disponível em: <http://derechopublico.pbworks.com/w/file/fetch/58932808/Carol%20Smart%20-%20El%20Derecho%20en%20el%20G%C3%A9nero%20y%20el%20G%C3%A9nero%20en%20el%20Derecho%20Pg%2031%20a%2072.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução: Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

DEMAIS SITES CONSULTADOS:

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Exposição de motivos da parte especial do Código Penal. **Diário Oficial da União**: 08 dez. 1940. Disponível em: <https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelinck.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>. Acesso em: 12 mar. 2019.

APELAÇÃO 105148/2015 - Classe: CNJ-198 Comarca de Barra do Garças. Protocolo Número/Ano: 105148 / 2015. Julgamento: 13/04/2016, em que são apelantes e apelados J. M. M. V. e B. B. R. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/113559739/djmt-19-04-2016-pg-99>. Acesso em: 12 jul. 2018.

BRASIL. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17209.htm. Acesso em: 09 mar. 2019.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 07 jan. 2019.

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Código penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm. Acesso em: 01 mar. 2018.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l16-12-1830.htm. Acesso em: 01 mar. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940 / PE - Poder Executivo Federal. Exposição de motivos da parte especial do Código Penal. Disponível em: <https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelink.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>. Acesso em: 12 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 29 mar. 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm. Acesso em: 02 mar. 2019.

DIÁRIO DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MATO GROSSO (DJMT). 19 de abril de 2016, p. 99. JusBrasil, 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/113559739/djmt-19-04-2016-pg-99>. Acesso em: 12 jul. 2018.

ADI 5.543/DF: DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PROIBIÇÃO DA DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMOSSEXUAIS

Simone Alvarez Lima

Doutora em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá, linha de pesquisa Direitos Fundamentais e Novos Direitos. Pós-graduada em Direito Civil, Processo Civil e Internacional pela UNESA. Pós-graduada em Direito Constitucional.

Recebido em: 29/07/2020

Aprovado em: 01/09/2020 e 07/09/2020

RESUMO: Desde que a epidemia de AIDS chegou ao Brasil, os homossexuais foram considerados como grupo de risco, especialmente porque havia total desconhecimento sobre a doença, testes e remédios que pudessem curá-la. As igrejas, o Estado e a mídia fortaleceram o estigma do “câncer gay”, entretanto a situação atual é completamente diferente, pois além do controle da doença, que pode fazer com que uma pessoa aidética viva décadas, foi revelado que heterossexuais também podem contrair e transmitir a doença. O art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e o art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) mostravam-se inconstitucionais diante da nova ordem constitucional, que promove a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Brasil, a igualdade como direito fundamental. A ação direta de inconstitucionalidade nº 5.543 contra os mencionados artigos foi julgada procedente, o que significa que a decisão é vinculante e com eficácia *erga omnes*, não podendo mais os bancos de sangue se negarem a receber o sangue do doador homem homossexual que teve relação sexual no período de doze meses. Em virtude da inter-

pretação emancipatória da Constituição Federal, a doação de sangue não passará mais pelo crivo discriminatório e preconceituoso da sociedade heteronormativa que o Brasil ainda contempla. Trata-se de uma pesquisa elaborada sob o método histórico e dedutivo, pois traz uma parte histórica sobre o preconceito sofrido pelos aidéticos e parte para o aspecto específico, ou seja, a vitória do movimento LGBTQ, no sentido de que seu sangue não será mais discriminado.

PALAVRAS-CHAVE: homem homossexual; doação de sangue; discriminação; ação direta de inconstitucionalidade nº 5.543; interpretação emancipatória.

ABSTRACT: Since the AIDS epidemic arrived in Brazil, homosexuals have been considered as risk groups, especially since there was a total lack of knowledge about the disease, tests and remedies that could cure it. Churches, the State and the media have strengthened the stigma of "gay cancer", however, the current situation is completely different, as in addition to controlling the disease that can cause an AIDS person to live for decades, it has been revealed that heterosexuals can also contract and transmit the disease. Art. 64, IV, of Ordinance No. 158/2016 of the Ministry of Health and art. 25, XXX, "d", of the Resolution of the RDC Collegiate Board nº 34/2014 of the National Health Surveillance Agency (ANVISA) were unconstitutional in the face of the new constitutional order that promotes the dignity of the human person as one of the foundations of Brazil, equality as a fundamental right. Direct unconstitutionality action no. 5,543 against the aforementioned articles was upheld, which means that the decision is binding and effectively raises omnes, and the blood banks can no longer refuse to receive the blood of the homosexual male donor who has had sex within twelve months. Due to the emancipatory interpretation of the Federal Constitution, blood donation will no longer pass through the discriminatory and prejudiced sieve of heteronormative society that Brazil still contemplates. It is a research carried out under the historical and deductive method, as it brings a historical part about the prejudice suffered by AIDS and part

for the specific aspect, that is, the victory of the LGBTQ movement, in the sense that their blood will no longer be discriminated.

KEYWORDS: homosexual man; blood donation; discrimination; direct unconstitutionality action no. 5,543; emancipatory interpretation.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543/DF, que julgou inconstitucional a proibição de doação de sangue por homossexuais, e explicar os direitos constitucionais violados em virtude da proibição de doação de sangue ao homem homossexual.

O primeiro item do presente artigo tem como objetivo explicar o contexto histórico da epidemia de AIDS na década de 80, que foi considerado um dos motivos que levaram os homossexuais a serem rotulados como potenciais disseminadores do vírus da AIDS e que teve como consequência a proibição de doação de sangue por parte de homens homossexuais que praticaram sexo nos últimos doze meses, estabelecida pela Agência de Vigilância Sanitária e reforçada pelo Ministério da Saúde.

No segundo item, destacam-se os dispositivos constitucionais violados em virtude da proibição aos homossexuais de doarem sangue, tais como o princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade. Neste item, aponta-se que a proibição discriminatória não condiz com uma sociedade justa, livre de preconceitos e que visa a promover o bem de todos.

Por fim, o último item explica a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543/DF, promovida pelo Partido Socialista Brasileiro, que requereu a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e do art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Serão mencionados os principais pontos da petição inicial, tais como a defasagem dos bancos de sangue brasileiros e os efeitos da sentença de procedência.

Trata-se de uma pesquisa relevante, porque trata de um tema atual e explica o quão o controle de constitucionalidade pode servir para ajudar na emancipação de uma minoria (população LGBTI), que, neste caso, ganhou a permissão legal para doar sangue graças a declaração de inconstitucionalidade dos artigos supracitados.

Foi utilizado o método dedutivo, em virtude de partir dos aspectos gerais do preconceito sofrido pela população LGBTI, para o aspecto específico, que foi a declaração de inconstitucionalidade. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica e documental, uma vez que foram utilizados livros, jurisprudências e boletins oficiais no levantamento de dados, os quais foram tratados qualitativamente.

1. DO PRECONCEITO SOCIAL ENFRENTADO PELA POPULAÇÃO LGBTI E O ESTIGMA DA AIDS

A população LGBTI não sofria com o preconceito na Antiguidade. A bissexualidade, por exemplo, era vista como natural e rito de iniciação, uma vez que era comum os rapazes iniciarem suas relações sexuais com homens mais velhos. Entretanto, é verdade que era visto como mais valorizado aquele que escolhia a posição ativa na relação. A homossexualidade era uma espécie de ritual sagrado. (DIAS, 2016, p. 57)

Com o advento do Cristianismo, a situação mudou, pois, nas palavras de Dias (2016, p. 61), “o sexo passou a ser visto como pecado e apenas admitido no âmbito matrimonial e exclusivamente para fins procriativos.” No ano de 1179, o III Concílio de Latrão tornou a homossexualidade crime, e o primeiro código ocidental lhe previu pena de morte.

A partir desse período, o homossexual passou a ser discriminado e alvo de preconceito até os dias atuais. Nas palavras de Castells (2018, p. 324), “o patriarcalismo exige heterossexualidade compulsória. A civilização, conforme reconhecida historicamente, é baseada em tabus e repressão sexual.”

No Brasil, a discriminação institucional é mais evidente no âmbito do Poder Legislativo, o qual, em matéria de Direito Homoafetivo, sempre foi vagaroso e tímido, restando para os juízes o papel de realizar a justiça

dentro do caso concreto. Afinal, o art. 140 do Código de Processo Civil Brasileiro estabelece que o juiz não pode deixar de julgar um caso em virtude da inexistência de lei, lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

Entretanto, apesar deste artigo ser um permissivo ao ativismo judicial, graças ao qual a população LGBTI+ tem conseguido alcançar os seus direitos, não se pode negar a falha legislativa ao tentar ignorar esse setor que a sociedade torna vulnerável. Negar-lhes direitos é uma forma de exclusão, tal como Pereira leciona, *in fine*:

O direito, além de ser uma sofisticada técnica de controle de pulsões, é também um importante instrumento ideológico de inclusão e exclusão de pessoas e categoria no laço social. Esta exclusão de pessoas é algo atentatório contra a liberdade e autonomia da vontade, utilizando uma dita moral sexual, que continua excluindo formas diferentes de verem a sexualidade e o desejo. (PEREIRA, 2018, p. 30)

Um dos fenômenos que contribuíram ainda mais para a exclusão da população homossexual foi o surgimento da AIDS. O vírus causador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida se manifestou pela primeira vez entre os anos de 1977 e 1978 nos Estados Unidos, no Haiti e na África Central.¹

A petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543, a qual será explicada no último item do presente artigo, destacou o contexto histórico da proibição da doação de sangue por homossexuais, narrando que a década de 1980 foi caracterizada pela epidemia da AIDS, que ficou conhecida popularmente como o câncer gay, em virtude da plena ignorância que pairava sobre a nova doença.

¹ A AIDS surgiu a partir do vírus SIV, encontrado no sistema imunológico de chimpanzés e do macaco-verde africano, que, apesar de não os deixar doentes, é um vírus mutante, que teria dado origem ao HIV. É provável que a transmissão para o ser humano tenha ocorrido em tribos da África central que caçavam chimpanzés e macacos-verdes. Durante os anos 60 e 70, período das guerras da independência, a entrada de mercenários no continente africano começou a espalhar a AIDS pelo mundo. Haitianos levados para trabalhar no Congo também ajudaram a levar a doença para outros países, entretanto a aids só foi identificada em 1981, quando faleceu o chamado "paciente zero" nos Estados Unidos, que era um comissário de bordo que disseminou a AIDS em suas viagens. O nome HIV surgiu apenas em 1986. (SUPER INTERESSANTE, 2011).

Brito e Rosa (2018, p. 757) explicam que, devido ao vazio deixado pelas ciências e pesquisas a respeito da AIDS, permitiram que diversas instituições discursassem sobre o assunto, ainda que de forma equivocada, tais como Estado e Igreja, estabelecendo uma rede de poder sobre o assunto. A mídia reforçava o quão ruim era a doença, uma vez que as notícias de revistas e jornais propagavam os preconceitos em momentos cotidianos, o que foi considerado pelo autor como parte de um modelo abusivo e pejorativo de buscar fazer com que o aidético se acreditasse como alguém anormal.

A medicina contém o saber para autenticar se um sujeito é normal ou não, o saber de definir o que os indivíduos podem comer. E, como detentora da sabedoria, tem o poder de intervir na vida da sociedade e de ditar o que é certo e errado. Isso explica por que a AIDS, nos primeiros discursos produzidos a respeito, havia sido rotulada de “câncer gay”, uma vez que a comunidade homoafetiva constituía seus primeiros portadores. E a Igreja, por sua vez, também detentora do saber religioso, detinha o poder em relação aos seus fiéis, de forma que um grande número de seguidores difundia, naturalizava e autorizava o discurso relativo à AIDS como um castigo de Deus. (ROSA; BRITO, 2018, p. 776)

Na década de 80, pairava a preocupação em torno da janela imunológica, também conhecida como janela silenciosa, que “é o período posterior à infecção, no qual os exames laboratoriais ainda não detectam o vírus no material sanguíneo coletado.” Assim, em nome do desconhecimento científico referente à AIDS, foi proibida a doação de sangue por parte de diversos setores sociais, dentre eles, dos homens homossexuais e, no Brasil, em 1993, por meio da Portaria nº 1366, proibindo, pela primeira vez na história brasileira, a doação de sangue por parte destes homens. (PETIÇÃO INICIAL DA ADI 5.543)

De acordo com a Associação Brasileira de Famílias Homoafetivas (ABRAFH), a estigmatização que os médicos colocaram sobre os gays fez com que a população heterossexual acreditasse que não fazia parte do grupo de risco, o que possibilitou que a AIDS se espalhasse de modo mais

acelerado, uma vez que os heterossexuais demoraram a se conscientizar da importância do sexo seguro.

Em 1985, a transmissão do vírus da AIDS representava em torno de 70% das notificações de HIV no Brasil, e era inexistente ou muito limitado o controle de qualidade do sangue dos hemocentros e bancos de coleta públicos e privados. Por esse motivo, mesmo não havendo uma portaria do Ministério da Saúde que impedisse a doação de sangue, havia Secretarias Estaduais de Saúde que não aceitavam o sangue dos homossexuais. Reis (2020) explica que mesmo com as denúncias recebidas pelo Grupo Gay da Bahia por parte dos gays que tiveram seu sangue recusado, durante dez anos, por causa do contexto da época, a entidade entendeu que era “razoável essa exclusão, por ser dominante na época, tanto no meio científico quanto nos órgãos de prevenção, a ideia de existência de grupos de risco”. O Grupo Gay da Bahia, então, julgou que, pelo bem-estar geral da população, essa exclusão não feria gravemente os direitos dos cidadãos pertencentes às minorias sexuais.

Castells (2018, p. 338) conta que um dos esforços mais relevantes da comunidade gay foi a batalha cultural para desmistificar a AIDS e convencer o mundo de que a doença não era causada pela homossexualidade. “O contato, inclusive o contato sexual, é que seria o mensageiro da morte, não a homossexualidade.” A batalha em diversos países contra o estigma da AIDS sobre os homossexuais teve como vitória trazer ao mundo a capacidade de ver a epidemia em termos de vírus, não em termos de preconceitos e pesadelos.

Chegamos muito perto, em todo o mundo, de considerar a AIDS como um merecido castigo divino contra a Nova Sodomia, o que nos teria impedido de tomar as medidas necessárias para evitar uma disseminação ainda mais ampla da doença até que fosse tarde demais para controlá-la. O fato de não termos chegado a esse ponto, de as sociedades terem compreendido em tempo que a AIDS não era uma doença homossexual e que toda a sociedade precisava lutar contra suas fontes e formas de disseminação, deveu-se, em grande parte, ao trabalho do movimento anti-AIDS organizado pelos gays. (CASTELLS, 2018, p. 339)

Em 27 de novembro de 2018, foi publicado o mais recente Manual Técnico para Diagnóstico da Infecção pelo HIV em Adultos e Crianças, no qual constam, além dos testes de 4ª geração, que reduzem a janela imunológica para 15 dias, os testes rápidos, que são, também, capazes de detectar o vírus da AIDS. Logo, nada impede que, no mínimo, o laboratório aguarde 15 dias para fazer o exame de detecção do vírus, em vez de, simplesmente, descartar o doador em virtude de sua orientação sexual.

Em 2002, a Resolução da Anvisa RDC nº 343, de 13 de dezembro de 2002, alterou a proibição permanente de doação de sangue para provisória, ou seja, o homossexual poderia doar sangue desde que houvesse um lapso temporal de 12 meses, o que é desproporcional, em virtude de que a janela de imunidade, como verificado, é bem menor do que esse tempo. Além disso, apesar da ilusão legislativa de que houve um avanço, na prática, os homossexuais permaneciam permanentemente afastados da possibilidade de doar sangue, uma vez que a referida Resolução interferia indevidamente em sua vida privada, praticamente impedindo tais homens de terem qualquer atividade sexual, algo que não é exigido para mulheres heterossexuais que se envolvem com homens.

Ressalta-se que a desvalorização, ou melhor, reprovação da prática sexual homossexual equivale a uma degradação valorativa da autorrealização do homem homossexual e lhe retira a sua autoestima a ponto de sentir-se estimado por suas características peculiares. Nesse sentido, seguem as palavras de Honneth:

A degradação valorativa de determinação dos padrões de autorrealização tem para seus portadores a consequência de eles não poderem se referir à condução de sua vida como a algo a que caberia um significado positivo no interior de uma coletividade; por isso, para o indivíduo, vai de par com a experiência de uma tal desvalorização social, de maneira típica, uma perda de autoestima pessoal, ou seja, uma perda de possibilidade de se entender a si próprio como um ser estimado por suas propriedades e características. (HONNETH, 2017, p. 218)

Soma-se a isso o fato de que, no Brasil, foi noticiado, em dezembro de 2017, no portal do Governo, que o número de casos de AIDS caiu para 18,8 casos por cada 100 mil habitantes. (BRASIL, 2017) Ou seja, não há mais uma epidemia de AIDS no Brasil e o estigma de outrora que deu ao ordenamento jurídico algum direito de impedir que homens homossexuais doem sangue, independentemente de quando foi a sua última relação sexual.

Dito o contexto histórico da preocupação com a doação de sangue do homem homossexual, passar-se-á à explicação dos direitos fundamentais violados com a antiga proibição, presente no art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e no art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada RDC nº 34/2014 da Anvisa.

2. DA VIOLAÇÃO À CONSTITUIÇÃO FEDERAL ORIUNDA DA DISCRIMINAÇÃO DO SANGUE DO HOMEM HOMOSSEXUAL COM VIDA SEXUAL ATIVA

Em 04 de fevereiro de 2016, adveio a Portaria nº 158 do Ministério da Saúde, que redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos, com o objetivo de regulamentar a atividade hemoterápica no Brasil, conforme princípios e diretrizes da Política Nacional de Sangue, Componentes e Derivados, no tocante à captação, proteção ao doador e ao receptor, coleta, processamento, estocagem, distribuição e transfusão de sangue, de seus componentes e derivados, originados do sangue humano venoso e arterial, com fins de diagnóstico, prevenção e tratamento de doenças.

O art. 64 da Portaria 158/2016 estabelecia, de modo discriminatório, que homens homossexuais e eventuais parceiras sexuais desses homens não poderiam doar sangue temporariamente. Eis o teor do referido artigo:

Art. 64. Considerar-se-á inapto temporário por 12 (doze) meses o candidato que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo:

IV - homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes;

Merece destaque a contradição presente na própria Portaria nº 158/2016, que, expressamente, menciona o princípio da não discriminação por orientação sexual, em seu art. 2º, §3º.

Art. 2º. § 3º. Os serviços de hemoterapia promoverão a melhoria da atenção e acolhimento aos candidatos à doação, realizando a triagem clínica com vistas à segurança do receptor, porém com isenção de manifestações de juízo de valor, preconceito e discriminação por orientação sexual, identidade de gênero, hábitos de vida, atividade profissional, condição socioeconômica, cor ou etnia, dentre outras, sem prejuízo à segurança do receptor.

Se a própria legislação em questão positiva o princípio da não discriminação, é uma incoerência impedir homossexuais de doarem sangue, tendo em vista as diversas formas de transmissão do vírus, incluindo práticas heterossexuais. Perceba que pessoas em uma relação heterossexual não ficam inabilitadas para doar sangue, mas as que estavam dentro de uma relação homossexual, sim, seja ela monogâmica, seja ela casual, com diferentes pessoas.

Além do art. 64 da Portaria 158/2016, o art. 25, XXX, “d”, da RDC 34/2014 da Anvisa também violava a Constituição Federal vigente por ter o teor praticamente igual ao mencionado da Portaria do Ministério da Saúde, ou seja, a vedação temporária do indivíduo de sexo masculino que manteve relação homossexual no período de doze meses. Segue o teor do artigo, *in fine*:

Art. 25. O serviço de hemoterapia deve cumprir os parâmetros para seleção de doadores estabelecidos pelo Ministério da Saúde, em legislação vigente, visando tanto à proteção do doador quanto a do receptor, bem como para a qualidade dos produtos, baseados nos seguintes requisitos:

XXX - os contatos sexuais que envolvam riscos de contrair infecções transmissíveis pelo sangue devem ser avaliados e os

candidatos nestas condições devem ser considerados inaptos temporariamente por um período de 12 (doze) meses após a prática sexual de risco, incluindo-se:

d) indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes;

Impedir que o homossexual doasse sangue era um atentado à dignidade da pessoa humana, que, de acordo com o art. 1º, III, é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. O Ministro Relator Fachin, ao mencionar esse artigo no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543, objeto do último item do presente artigo, expressou que:

Não se pode coadunar, portanto, com um modo de agir que evidencie um amígdalo desse princípio maior, tolhendo parcela da população de sua intrínseca humanidade ao negar-lhe, injustificadamente, a possibilidade de exercício de empatia e da alteridade como elementos constitutivos da própria personalidade e de pertencimento ao gênero humano. (STF, ADI 5.543)

Nesse sentido, ainda vale mencionar o direito ao reconhecimento, que está presente dentro da dignidade humana, o qual, de acordo com Sarmiento (2016, p. 256), possui uma faceta negativa, quando veda as práticas que desrespeitam as pessoas em sua identidade, e outra faceta, que é a positiva, a qual se verifica que impõe ao Estado a adoção de medidas voltadas ao combate de práticas discriminatórias e à superação dos estigmas existentes.

Não é possível negar que a vedação aos homens homossexuais, ainda que temporária, de doarem sangue tem relação com o estigma colocado sobre eles na década de 1980, quando a AIDS ainda era um mistério e considerada uma doença praticamente exclusiva dos homossexuais, algo completamente incondizente com a atualidade, o que é (foi) um motivo suficiente para superar o estigma existente e a discriminação presentes tanto na Portaria 158 do Ministério da Saúde quanto na RDC 34/2014 da Anvisa.

De acordo com o art. 3º, IV, é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem discriminações. Nesse sentido, as ações estatais devem ser dirigidas de modo a promover o respeito às diferenças, e Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p. 300) explicam que “as normas-princípio contidas nos diversos dispositivos do art. 3º cumprem a função de princípios objetivos que instituem programas, fins e tarefas que vinculam os Poderes públicos e que implicam uma atuação voltada à realização dos objetivos constitucionalmente enunciados.”

Sendo assim, a fim de cumprir com o objetivo de promover o bem de todos, sem discriminações, foi necessária a conscientização de que o preconceito poderia estar custando vidas, uma vez que muitos homens homossexuais queriam doar sangue, mas o preconceito institucionalizado pela lei impedia isso, o que prejudicava os bancos de sangue e, conseqüentemente, os pacientes que necessitavam da transfusão.

Quanto ao princípio da proporcionalidade, o impedimento ao homem homossexual de doar sangue era desproporcional quando se verificava a medida diante do fim almejado. Se o objetivo era impedir que o paciente contraísse alguma doença transmissível por meio da doação de sangue, bastaria fazer o que já é feito: um exame minucioso do sangue antes de colocá-lo à disposição do paciente.

Para verificar se há proporcionalidade entre a medida adotada e o fim almejado, indaga-se, primeiro, de acordo com a ordem estabelecida por Ávila (2011, p. 170), se a medida é adequada e, de fato, a proibição é adequada à disseminação de doenças (tal como seria quanto em relação ao sangue de qualquer pessoa). Posteriormente, a segunda indagação seria se a medida é necessária, e já nessa etapa, percebe-se a desproporcionalidade, uma vez que não é necessária a vedação da doação de sangue por parte do homossexual se a medicina avançou o suficiente para detectar doenças no sangue. Nem se precisaria analisar a proporcionalidade em sentido estrito, que se relaciona com a verificação de um meio menos gravoso para alcançar o fim pretendido.

Nas palavras de Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p. 396), “desproporções, para mais ou para menos, caracterizam violações ao princípio em

apreço e, portanto, antijuridicidade, no sentido de uma inconstitucionalidade de uma ação estatal.”

Nesse sentido, o Ministro Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543, Edson Fachin, asseverou que quando se classificam pessoas como grupos de risco de transmissão de doenças em vez de condutas, há uma interpretação consequencialista desmedida, logo, desproporcional, por praticamente proibir relações sexuais aos homens homossexuais, a fim de garantir que o sangue doado esteja isento de doenças.

O estabelecimento de grupos – e não de condutas – de risco incorre em discriminação, pois lança mão de uma interpretação consequencialista desmedida que concebe especialmente que homens homossexuais ou bissexuais são, apenas em razão da orientação sexual que vivenciam, possíveis vetores de transmissão de variadas enfermidades, como a AIDS. O resultado de tal raciocínio seria, então, o seguinte: se tais pessoas vierem a ser doadores de sangue, devem sofrer uma restrição quase proibitiva do exercício de sua sexualidade para garantir a segurança dos bancos de sangue e de eventuais receptores. (STF, ADI 5.543)

A respeito da igualdade, é importante reforçar que se trata de um direito fundamental estabelecido no art. 5º, *caput* da Constituição Federal, que prevê que “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.”

Em virtude de o conceito de igualdade ser amplo, Rios prefere explicar o princípio da não discriminação da seguinte forma:

Qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício, em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômicos,

social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública. (RIOS, 2008, p. 20)

Desse modo, impedir que o homem homossexual doe sangue avilta a sua igualdade perante a sociedade porque impede que as pessoas destinatárias da norma sejam tratadas como iguais em relação aos demais cidadãos por mera questão de orientação sexual e tempo da última relação íntima.

Saindo do âmbito constitucional e indo para o do direito privado, vale ressaltar que a proibição à doação de sangue violava os direitos da personalidade, especialmente a autonomia privada do indivíduo, o qual, mesmo para fazer o bem ao próximo, via-se impedido de fazê-lo.

Essa proibição sobre a disposição de uma parte do corpo humano renovável é uma humilhação. Honneth (2017, 215) alerta que “toda tentativa de se apoderar do corpo de uma pessoa, empreendida contra a sua vontade e com qualquer intenção que seja, provoca um grau de humilhação que interfere destrutivamente na autorrelação prática de um ser humano mais do que outras formas de desrespeito.”

Quando se retira de uma pessoa direitos que outra parte da sociedade detém, injustificadamente, há um desrespeito pessoal.

A particularidade nas formas de desrespeito, como as existentes na privação de direitos ou na exclusão social, não representa somente a limitação violenta da autonomia pessoal, mas também sua associação com o sentimento de não possuir o status de um parceiro da interação com igual valor, moralmente em pé de igualdade. (HONNETH, 2017, p. 217)

O homem homossexual que manteve relações sexuais nos últimos doze meses não tinha como se sentir um parceiro na sociedade, pois lhe era proibido cooperar, em virtude da heteronormatividade que ainda caracteriza o Brasil, ou seja, a cultura de que o “normal” é ser heterossexual, em virtude de um modelo de valor (GROSS, 2017, p. 57).

Tendo em vista que uma sociedade excludente, preconceituosa e não solidária não condiz com a Constituição Federal vigente, em 07 de junho

de 2016, o Partido Socialista Brasileiro, com base na legitimidade ativa que o art. 103, VIII, da Constituição Federal lhe assegura, ingressou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, cujo Relator foi o Ministro Edson Fachin, requerendo a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e do art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, o que será abordado no último item, a seguir.

3. DA AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 5.543/DF

O Supremo Tribunal Federal, em 08 de maio de 2020, julgou procedente o pedido formulado pelo Partido Socialista Brasileiro na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543/DF e declarou a inconstitucionalidade do art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e do art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, em virtude da violação aos artigos constitucionais mencionados no item anterior.

Ambos dispositivos legais foram considerados passíveis de serem impugnados por via de controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que não são meros regulamentos, mas preceitos autônomos, com destinatários genéricos, tendo característica, por esse motivo, de atos normativos.

Na petição inicial que deu origem à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543/DF, o Partido Socialista Brasileiro destacou que essas normas impediam, permanentemente, homens homossexuais de doarem sangue e, caso quisessem fazê-lo, precisavam não se relacionar por 12 meses. A petição também destacou a defasagem nos bancos de sangue brasileiros, demonstrando que, de acordo com levantamentos, devido aos mencionados artigos, 19 milhões de litros de sangue deixam de ser doados anualmente.

O Poder Público, por questões de tratamento preconceituoso e discriminatório, prejudicava a promoção da saúde pública, um dos bens per-

seguidos pela Constituição Federal, que, de acordo com o art. 206, prevê que a saúde é dever do Estado, a qual deve ser garantida mediante políticas sociais e econômicas.

O Ministro Relator Edson Fachin entendeu que o art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e o art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014 da Anvisa partem da concepção de que a exposição a um maior contágio de enfermidades é inerente a homens homossexuais e o Direito estava sendo utilitarista por recair em um cálculo de custo e benefício que viola direitos fundamentais de minorias para maximizar os interesses de uma maioria, valendo-se do preconceito e da discriminação.

O resultado dessa ação direta de inconstitucionalidade trouxe igualdade aos homossexuais, uma vez que não há motivo para discriminar a relação homem com homem se não se discrimina a relação entre homem e mulher. Perceba o teor discriminatório: mesmo em um casamento heterossexual e fiel, pode haver a prática de sexo anal, e a lei não impede essa mulher de doar sangue. Em outras palavras, a mesma prática sexual não é condenada ao homem e mulher heterossexual, mas sim ao homossexual, que se via impedido de ajudar alguém por meio do ato solidário da doação de sangue.

Lembrando que doenças sexualmente transmissíveis não são passadas apenas pelo coito anal, uma vez que até mesmo sexo oral desprotegido pode ser uma fonte de doenças venéreas. Logo, o conteúdo da norma era discriminatório. Pereira (2018, p. 32) ensina que “a moral e o Direito mudam quando muda historicamente o conteúdo de sua função social (isto é, quando se opera uma mudança radical no sistema político-social).”

O Relator Ministro Edson Fachin, em seu voto, mencionou a aversão exagerada à alteridade, ainda presente na sociedade brasileira, que leva, muitas vezes, “tristemente bem-sucedidas de sua aniquilação existencial, impedindo-se de ser quem se é.”

Assim, o Ministro Edson Fachin concluiu que era necessário desconstruir o direito posto, a fim de trazer à tona uma justiça que garantisse

a dignidade e a igualdade, concretizando uma dogmática constitucional emancipatória. (STF, ADI 5.543)

O Ministro explanou que é o sangue que faz as pessoas inerentemente humanas e quando se nega a oportunidade do homossexual que teve relação dentro de doze meses de doar, a sua dignidade humana é afrontada, uma vez que não reconhece o seu próprio valor moral, idêntico ao das demais pessoas. A imposição de abstinência fere a autonomia individual dessas pessoas. (STF, ADI 5.543)

A procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543/DF se deu pelo quórum de 7 votos a 4. Seguiram o voto do Relator os seguintes Ministros: Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Luis Roberto Barroso e Rosa Weber. Por outro lado, votaram contra a inconstitucionalidade Alexandre de Moraes, Celso de Mello, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski.

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos mencionados são retroativos (*ex tunc*), gerais (*erga omnes*) e vinculantes. De acordo com Barroso (2019, p. 267), a decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade tem natureza jurisdicional. Logo, com autoridade de coisa julgada, com conteúdo indiscutível.

De acordo com o art. 25 da Lei nº 9.868/99, uma vez julgada procedente a ação direta de inconstitucionalidade, faz-se a comunicação à autoridade ou ao órgão responsável pela expedição do ato, e, conforme o art. 28 da mesma lei, dentro de dez dias após o trânsito em julgado, publica-se a parte dispositiva do acórdão.

Assim, em 08 de julho de 2020, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) revogou a determinação que restringia a doação de sangue por homens homossexuais que mantiveram relações sexuais nos últimos doze meses. Trata-se de mais uma vitória alcançada pelos movimentos LGBTI.

A discriminação que essa parcela da sociedade sofre não foi solucionada em todos os aspectos em virtude dessa decisão, que poderia ser consi-

derada ativista para um setor mais conservador. De acordo com Cristóvam e Cipriani (2017), “não se pode jamais olvidar que esse modelo de ativismo judicial denuncia sim uma indesejável falha do sistema de poder e não qualquer parâmetro de solução para os seus graves problemas.” Contudo, o que é necessário entender é que o STF nada mais tem feito do que interpretar artigos conforme a Constituição, tem primado pela unidade do ordenamento jurídico e levado a sério a constitucionalização do direito.

Nas palavras de Pereira (2019, p. 30), “o Direito, que sempre fechou os olhos para esta realidade, é convocado agora a legitimar e atribuir dignidade a todas as sexualidades. E isto é fruto de uma luta histórica dos movimentos sociais.” Assim, em virtude da emancipação do homem homossexual por via da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543, não haverá mais possibilidade jurídica para discriminá-lo. A consequência disso não poderia ser melhor, uma vez que agora ele poderá exercer seu papel de cidadão e realizar um ato que nem todas as pessoas estão dispostas a fazer: doar o próprio sangue em benefício das pessoas que dele precisam.

CONCLUSÃO

O presente artigo permite concluir o quão importante foi o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543, a fim de garantir uma interpretação constitucional emancipatória de um grupo que se encontrava desamparado pelo Direito, os homens homossexuais que tiveram relações sexuais nos doze meses antes do momento em que desejaram doar sangue.

Foi necessária a impetração dessa ação do controle de constitucionalidade para se discutir abertamente a respeito de preconceito e luta por reconhecimento, pois o estigma imposto aos homossexuais em virtude da epidemia de AIDS na década de 1980 não condiz com a realidade, uma vez que há diversos casos de transmissão da doença entre parceiros heterossexuais e que, a cada ano, o número de contaminados decresce.

Não havia razão de ordem médica para que homens que se relacionassem sexualmente com outros homens não pudessem doar sangue, e as

normas jurídicas em questão violavam a dignidade humana e o direito à igualdade dos gays, além de ser uma medida desproporcional, por afastar aquele homossexual que, imbuído de espírito de solidariedade, quisesse doar seu sangue. A medicina evoluiu o suficiente para fazer testes em todos os tipos de sangue para verificar a presença ou não do vírus.

Devido ao julgamento precedente da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543, os bancos de sangue serão amplamente abastecidos, pois não haverá uma norma discriminatória e desproporcional que prejudique não apenas quem quer doar, mas também aqueles enfermos que precisam receber sangue.

O Supremo Tribunal Federal acertou ao julgar precedente a mencionada ação, pois o ordenamento jurídico deve ser interpretado à luz da Constituição Federal, a qual traz em seu bojo a construção de uma sociedade livre, justa, solidária, militante no combate a qualquer preconceito. O ativismo judicial, tão criticado, na realidade, tem sido a única forma encontrada pelo setor LGBTQI+ de ter os seus direitos respeitados, especialmente em um país em que o Poder Legislativo se mostra moroso e conservador.

Mais uma vez, o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição Federal, interpretou a Carta Magna de modo emancipatório, trazendo à tona um novo direito à população LGBTQI+: o direito de exercer a sua solidariedade sem ser discriminado. Tratou-se de um ganho relevante para toda a sociedade, especialmente neste momento em que o Brasil sofre com os efeitos da pandemia de coronavírus e que os estoques de sangue estão cada vez mais baixos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. *Brasil registra queda no número de casos e de mortes por Aids*. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pt-br/noticias/brasil-registra-queda-no>

-numero-de-casos-e-de-mortes-por-aids#:~:text=Segundo%20dados%20do%20Boletim%2C%20registra,100%20mil%20habitant es%2C%20em%202016. Acesso em: 28 de julho de 2020.

BRITO, Fábio Leonardo Castelo Branco; ROSA, Johnny de Moura. Os leprosos dos anos 80, “câncer gay”, “castigo de Deus”: homossexualidade, AIDS e capturas sociais no Brasil dos anos 1980 e 1990. *Revista Observatório*, Palmas. Vol.2 , nº 1, jan-mar.2018, pp. 751-778.

CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. Tradução: Klauss Brandini Gerhardt. 9. Ed. São Paulo: Guerra e Paz, 2018.

COHEN, Jon. Making Headway Under Hellacious Circumstances. *Science* 313. Science Magazine: July, 2006, pp. 470-473.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; CIPRIANI, Manoella Peixer. Sobre o ativismo judicial nas questões relacionadas ao direito à saúde: mensageiro da boa nova ou lobo em pele de cordeiro. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1944/1467>. Acesso em 13 de setembro de 2020.

DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e Direitos LGBTI*. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GROSS, Jacson. *A construção da cidadania e a sexualidade: uma análise de adoção homoparental masculina*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2017.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Manual técnico para o diagnóstico da infecção pelo HIV em adultos e crianças*. Brasília, 2018

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Para além do binarismo: transexualidades, homoafetividades e intersexualidades. In.: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Intersexo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

REIS, Toni. *STF, igualdade no sangue e a vitória dos 20 anos de luta*. 09 de maio de 2020. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/opiniao/colunas/stf-igualdade-no-sangue-e-a-vitoria-dos-20-anos-de-luta/>. Acesso em: 29 de julho de 2020.

RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta e indireta e ações afirmativas*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SUPER INTERESSANTE. *Como surgiu a AIDS?* Disponível em: <https://super.abril.com.br/mundo-estranho/como-surgiu-a-aids/>. Acesso em 29 de julho de 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543/DF*. Ministro Relator Edson Fachin. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/10/ADI-5543-1.pdf>. Acesso em: 28 de julho de 2020.

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, DEMOCRACIA E FUNÇÃO JURISDICIONAL

Des. Werson Franco Rego

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Diretor do Instituto Nêmesis de Estudos Avançados em Direito e do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – Brasilcon. Courseou Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais na Universidad del Museo Social Argentino – UMSA (Buenos Aires). Doutorando em Justiça Administrativa, área de concentração Relações Econômicas, na Universidade Federal Fluminense – UFF. Membro do Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra – Portugal, do Instituto Ibero-Americano de Direito Público e do Instituto Iberoamericano de Direito do Consumidor.

Recebido em: 25/02/2019

Aprovado em: 03/08/2020 e 12/08/2020

RESUMO: O presente artigo objetiva pontuar o papel do Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito, notadamente em tempos de incertezas políticas, econômicas e sociais, momentos em que a sociedade a ele mais recorre, na busca da concretização das promessas constitucionais. Parte da evolução do papel do Estado na sociedade, desde a Revolução Francesa até os dias atuais, com breves referências às gerações dos direitos, e às doutrinas positivistas e pós-positivistas. Faz a distinção entre o fenômeno da judicialização e a postura ativista dos magistrados, para concluir, ao final, pela necessidade da compreensão por todos de que, em uma democracia, os poderes são harmônicos e independentes, cabendo ao magistrado entender que o ato de julgar não é um ato de vontade, mas de conhecimento, no exercício de uma função de Estado, que lhe impõe uma interpretação sistemática e harmônica da Constituição e das leis do país, em nome das quais deve atuar, sem olvidar a deferência necessária à atuação dos demais Poderes da República, nos limites de suas atribuições constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Democrático de Direito. Democracia. Poder Judiciário. Função Jurisdicional. Judicialização. Segurança jurídica. Protagonismo judicial.

ABSTRACT: This article aims to highlight the role of the Judiciary in a Democratic State of Law, especially in times of political, economic and social uncertainties, moments in which society most seeks the Judiciary searching for concretization of constitutional promises. It begins with the evolution of the role of the State in society, from the French Revolution to the present day, with brief references to generations of rights, and to positivist and post-positivist doctrines. It distinguishes between the phenomenon of judicialization and the activist posture of the magistrates to conclude, in the end, by the need for everyone to understand that in a democracy, powers are harmonic and independent of each other, and it is upon the magistrate to understand that the act of judging is not an act of will, but knowledge, in the exercise of a State function, which imposes on it a systematic and harmonious interpretation of the Constitution and the laws of the country, in the name of which it must act, without forgetting the deference necessary to the performance of the others Powers of the Republic, within the limits of their constitutional attributions.

KEYWORDS: Democratic State of Law. Democracy. Judicial power. Jurisdictional Function. Judiciary. Legal certainty. Judicial protagonism.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA. DA REVOLUÇÃO FRANCESA AOS DIAS ATUAIS

O Estado Absolutista, organizado sob os moldes monárquicos, surge no processo de formação do Estado Moderno e pode ser definido como o modelo de governo em que todo o poder e autoridade estão concentrados na mão do rei. Nesse tipo de governo, o rei está totalmente identificado com o Estado. As correntes que defendem o Estado Absolutista são embasadas nas doutrinas da soberania do Estado e no absolutismo do direito divino. Não havia restrição aos poderes do rei, que lhe eram concedidos por Deus, e sua autoridade era ilimitada. Aos súditos, nenhum direito era reconhecido.

A Revolução Francesa assinalou o fim do Estado Absoluto e o surgimento do Estado Liberal, juntamente com os chamados direitos fundamentais de primeira geração (classificados por Jellinek como *direitos de defesa*), visando, primordialmente, à tutela jurídica do valor “liberdade”.

Para Marcelo Novelino (2014, p. 223):

Os direitos de defesa caracterizam-se por exigir do Estado, preponderantemente, um dever de abstenção, caráter negativo, no sentido de impedir a ingerência na autonomia dos indivíduos. São direitos que limitam o poder estatal com o intuito de preservar as liberdades individuais, impondo-lhe o dever de não interferir, não intrometer, não reprimir e não censurar.

Iniciava-se um período de acentuado individualismo jurídico, garantido por um modelo de Estado não intervencionista. O excesso de liberdade, todavia, aprofundou as desigualdades sociais, a demandar novas mudanças. Surgiu, então, o Estado Social, juntamente com os direitos fundamentais de segunda geração (sociais, econômicos e culturais, classificados por Jellinek como *direitos prestacionais*).

A passagem do Estado Liberal para o Estado Social decorreu da necessidade de superação do individualismo exacerbado, gerador de profundas iniquidades, e diante da preocupação com a tutela do valor “igualdade”. A intervenção do Estado é, assim, uma das características marcantes desse modelo, realçando Novelino (2014, p. 223) que os direitos prestacionais

Possuem um caráter essencialmente positivo, impondo ao Estado o dever de agir. Objetivam a realização de condutas ativas por parte dos poderes públicos, seja para a proteção de certos bens jurídicos contra terceiros, seja para a promoção ou garantia das condições de fruição desses bens. Englobam o direito a prestação materiais e jurídicas.

As doutrinas *welfaristas*, voltadas para o bem-estar social, também levadas ao extremo, resultaram no cerceamento de liberdades individuais.

A reação neoliberal não tardou e fez surgir um novo modelo de Estado - o Estado Democrático. Diferentemente dos anteriores, que rompiam inteiramente com os modelos precedentes, o Estado Democrático seria uma evolução normativa do Estado Social, vale dizer, mantivera-se a preocupação com o bem-estar social, sem que, para tal fim, se exigisse o sacrifício das liberdades socioeconômicas.

O Estado Democrático tem perfil intervencionista moderado e visa à garantia dos chamados direitos fundamentais de terceira dimensão, classificados por Jellinek como *direitos de participação*.

Os direitos de participação são aqueles ligados à fraternidade, à solidariedade, e surgiram para tentar atenuar as diferenças entre as nações desenvolvidas e as subdesenvolvidas, por meio da colaboração dos países ricos com os países pobres (NOVELINO, 2014, p. 229), garantindo a participação de cada cidadão na formação da vontade política da comunidade.

A intervenção estatal, portanto, só se legitima naquelas situações em que necessária ao estabelecimento e/ou restabelecimento do equilíbrio inexistente e/ou rompido, notadamente em favor dos vulneráveis. No entanto, não está isenta de limites, que são ditados pelo Direito. Donde se conclui que a intervenção estatal só se legitima se e quando necessária e na forma da lei. Eis aí a essência do Estado Democrático de Direito.

Essas breves noções gerais são importantes porque delas resulta a exata compreensão do papel do Poder Judiciário nos diversos modelos de Estado. Senão, vejamos.

No Estado Liberal, sob a doutrina do Positivismo Jurídico, “justo” era o legalmente convencionado entre as partes, devendo o Estado manter uma postura de neutralidade em relação ao conteúdo das avenças, que tinham efeito vinculante e obrigatório entre aquelas, sendo relativos os efeitos quanto a terceiros. O juiz era apenas “a boca da lei”.

Já o Estado Democrático de Direito, sob a influência das doutrinas pós-positivistas, confere liberdade interpretativa ao julgador, de quem se exige um engajamento com a realidade socioeconômica e uma avaliação

axiológica dos conflitos de interesses. É admissível a intervenção no domínio privado e a análise do conteúdo das avenças, desde que tenha por objetivo a coibição dos abusos das posições de vantagem contratual e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos negócios jurídicos.

O paradigma do modelo liberal (da lei geral, universal, do juiz automático, “boca da lei”) é ultrapassado, seguindo-se o que fortalece a posição hermenêutica do julgador, que tem a responsabilidade de dar concretude a conceitos jurídicos indeterminados e a cláusulas gerais.

Não se olvide, entretanto, que o ato de julgar não pode ser considerado um ato de vontade, ideológico, subjetivo. Muito ao contrário, deve ser visto como um ato de conhecimento, de exegese, objetivo, tendo por referencial o Direito. Dessa forma, se é certo que o juiz não mais pode ser tido como um “servo” da lei, não menos certo é que continua a ser um “servidor” da lei e em função dela existe.

2. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DEMOCRACIA

A Constituição de 1988, em seu “Preâmbulo”, se refere à instituição de um Estado Democrático:

Destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;

- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
 V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988)

Adiante, em seu art. 2º, faz referência aos Poderes da República, afirmando e garantindo a harmonia e independência entre si do Legislativo, do Executivo e do Judiciário. Portanto, no Estado Democrático, à luz da nossa Carta Maior, cada Poder da República deve exercer uma função específica, nos moldes e limites constitucionais que lhes foram delineados. Não é dado a qualquer um deles invadir e usurpar a esfera de atribuição constitucional dos demais.

Ilustrativamente, pode-se afirmar que o Poder Legislativo olha para o futuro, elaborando - por iniciativa própria e/ou por iniciativa externa - as leis gerais e abstratas que regerão os aspectos institucionais, políticos, econômicos e sociais do país. O Poder Executivo, a seu turno, atua no presente, observando e cumprindo, no que lhe diz respeito, a legislação vigente, praticando atos administrativos ou de governo. O Poder Judiciário, finalmente, tem olhar retrospectivo, afirmando a constitucionalidade e a legalidade (ou não) de condutas anteriores ao pronunciamento judicial e a conformidade destas (ou não) ao ordenamento jurídico nacional¹, abstendo-se de criar

1 “O Legislativo deveria ter a função de cuidar do futuro; o Executivo, do presente; e o Judiciário, do passado. Mas, o que nós assistimos neste início de Século XXI, é que o Legislativo não cuida mais do futuro; o Executivo é o formulador do futuro; e os conflitos e impasses sobre os quais o Legislativo não consegue formar maioria são judicializados. Com isso, o presente é colocado nas mãos do Judiciário”, declarou o Ministro Dias Toffoli durante a IX Reunião da Conferência Iberoamericana de Justiça Constitucional, realizada em Cádiz, Espanha, entre os dias 16 e 19 de maio de 2012 (in http://www2.stf.jus.br/portal/SfInternacional/cms/destaquesClipping.php?sigla=portalSfDestaque_pt_br&idConteudo=209398, acessado em 20 de dezembro de 2016). Mais recentemente (maio de 2016), durante o XXVIII Fórum Nacional do Instituto Nacional de Altos Estudos - INAE, organizado pelo ex-Ministro Reis Velloso, o mesmo Ministro Dias Toffoli criticou o que classificou como “transferência das decisões do poder eleito para a tecnocracia judicial”. Segundo ele, o procedimento de se levar cada vez mais questões ao Judiciário tem que ser revisto: “Tudo isso é grave. Não podemos apostar que o Judiciário é a solução de todos os problemas. O Judiciário tem que cuidar do passado. E estão nos pedindo para cuidar do presente e do futuro. Quem tem que cuidar do presente é quem está no Executivo. Quem tem que cuidar do futuro é o Legislativo — afirmou. — Se o Judiciário quiser cuidar do futuro vai quebrar a cara, porque o balcão vai mudar de lugar” (in <http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/politica/noticia/2016/05/dias-toffoli-critica-transferencia-de-decisoes-politicas-para-o-judiciario-5803425.html>, acessado dia 20 de dezembro de 2016).

disposições jurídicas gerais e abstratas e/ou de pretender executar políticas de governo.

Logo, não há margem para dúvidas de que um dos principais pilares sobre o qual se estrutura o Estado Democrático é, justamente, o que impõe o respeito aos limites constitucionais de atuação de cada um dos Poderes da República.

Intimamente relacionada ao que acima se afirma está a noção de democracia.

Afirma Norberto Bobbio (2000, p. 22) que o regime democrático é “um conjunto de regras de procedimentos para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados”.

Uma das características básicas da democracia é o direito da maioria de influir na adoção daquelas regras que serão obrigatórias para todos - inclusive e especialmente, para o próprio Estado.

“*Por isto*” - ainda com Bobbio - (2000, p. 30):

Para que uma decisão tomada por indivíduos (um, poucos, muitos, todos) possa ser aceita como decisão coletiva é preciso que seja tomada com base em regras (não importa se escritas ou consuetudinárias) que estabeleçam quais são os indivíduos autorizados a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo, e à base de quais procedimentos.

A Carta Constitucional, no Estado Democrático de Direito, é o instrumento básico de segurança jurídica, estabelecedor das regras que definem quem tomará as decisões coletivas em nome da sociedade e quais procedimentos deverão ser observados.

Entenda-se que a democracia representativa é verdadeira conquista do Estado Democrático de Direito. O povo democraticamente elege seus representantes, outorgando-lhes mandato para elaboração das leis que, ao entrarem em vigor, traduzem a vontade do povo e, por essa razão, são de

observância obrigatória para toda e qualquer autoridade. Nenhuma autoridade está acima da lei, nem desobrigada de cumprir seus preceitos.

3. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SEGURANÇA JURÍDICA

Caminham juntos justiça e segurança jurídica. Se formos à Constituição Federal, vamos constatar a referência à segurança jurídica – referência simplesmente pedagógica, porque ínsita a um Estado que se diga democrático de direito – em dois artigos – 5º e 6º –, a versarem, também à liberdade, à igualdade, à propriedade, à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à previdência social e à proteção à maternidade e à infância, bem como à assistência dos desamparados, tudo a ocorrer, pelo menos é a proclamação que percebemos, nos moldes da Carta da República. (MELLO, 2011, p. 54)

Segurança jurídica é, na feliz expressão de Hely Lopes Meirelles (2002, p. 384), “uma das vigas mestras da ordem jurídica”. Daí, quanto mais se empenha a sociedade pela construção de um Estado Democrático de Direito pleno, mais sobressai a sua importância.

A Constituição Federal refere-se à segurança como valor fundamental. Retornando ao seu Preâmbulo, está consignado que:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, 1988)

Já no art. 5º, iniciando o TÍTULO II (DOS DIREITOS e GARANTIAS FUNDAMENTAIS), CAPÍTULO I (DOS DIREITOS e DEVERES INDIVIDUAIS e COLETIVOS), dispõe a Constituição que:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se (...) a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (BRASIL, 1988)

E, em seu art. 6º, estabelece que:

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)

Marco Aurélio Mello (2011, p. 54), no discurso sobre *Segurança Jurídica* que inaugura o tópico, formula a seguinte indagação: “Qual é a natureza jurídica da segurança versada nos artigos 5º e 6º da Constituição Federal?”

E, em seguida, responde:

Encerra ela princípio, e sabemos que os princípios têm tríplice missão: a de informar o legislador na elaboração das leis, a interpretativa, quanto à atividade dos operadores do Direito, e a normativa. A segurança jurídica – não canso de ressaltar – visa evitar que venhamos a viver a sobressaltos, a solavancos, e viabiliza a mais não poder, a paz social.

Percebe-se, assim, que a Constituição reconhece pelo menos três tipos de segurança jurídica: a segurança como valor fundamental; a segurança como garantia e proteção dos direitos subjetivos; a segurança como direito social². (SILVA, 2004, p. 17)

² As ideias de segurança, ordem e certeza formam os valores do direito positivo. Mas é o valor do justo que deve merecer a primazia, porque o direito, especialmente o direito constitucional, há de ser o meio de sua realização. A segurança, a ordem e a certeza há de ser sempre valores instrumentais da efetivação da justiça na sua feição

Dessa forma, nenhuma dúvida tenho ao afirmar que a segurança jurídica é, essencialmente, um valor fundamental para a consolidação do Estado Democrático de Direito, do mesmo modo que assim o é o conceito de Justiça, ainda que, em diversos momentos, desempenhe importante função de “sobrepncípio”. (MEIRELLES, 2002, p. 384)

Valho-me dos ensinamentos de Thiago Rodvalho (2012, p. 291), que, discorrendo sobre o Princípio do Estado Democrático de Direito e a segurança jurídica, assim se pronuncia:

Em sendo a República brasileira um Estado Constitucional, justamente por conjugar os Estados de Direito, Democrático e Social, ela traz em si, ínsita, o Princípio do Estado de Direito (*Rechtsstaatsprinzip*), que é um princípio constitutivo que tem natureza material, procedimental e formal ‘*material-verfahrenmassiges Formprinzip*’ (CANOTILHO, 2003, p. 243), que não se esgota definido na Constituição, funcionando, assim, com verdadeira cláusula geral ‘*Generalklausel*’. (HÄBERLE, 2007, p. 360)

O Princípio do Estado de Direito (Democrático) tem como componente essencial, como consignam Canotilho e Vital Moreira, a garantia dos direitos fundamentais (direitos, liberdades e garantias fundamentais, entre eles, a segurança jurídica) [dimensão garantista ou defensiva] (NOVAIS, 2011, p. 49) o que implica ao Estado (no caso, o Estado brasileiro) não apenas uma atitude abstencionista (passividade, de não ingerência), mas sim, e especialmente, impondo-lhe um verdadeiro dever de garantir e de os fazer observar por todos ‘postura ativa, atitude positiva’. (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 277)

Esse Princípio do Estado de Direito tem subprincípios concretizadores, entre os quais, interessa-nos de perto para

social. Sem essa ideia de justiça e segurança, a ordem e a certeza podem derivar para o arbítrio. Onde a justiça reina, a convivência democrática estará salvaguardada.

esse estudo, o princípio da segurança jurídica. (CANOTILHO, 2003, p. 256; MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 533)³

Nesse contexto, o princípio da segurança jurídica não só é elemento essencial do Princípio do Estado de Direito, como, em verdade, consubstancia-se em elemento constitutivo do próprio Estado de Direito, sem o qual, dele, Estado de Direito, não se pode falar (CANOTILHO, 2003, p. 257; NERY JUNIOR, NERY, 2009, p. 146; ALVIM WAMBIER, 2008, p. 30). A esse respeito, como pontua Jorge Reis Novais, a segurança jurídica é “princípio essencial na Constituição material do Estado de Direito, imprescindível como é, aos particulares, para a necessária estabilidade, autonomia e segurança na organização dos seus próprios planos de vida”, razão pela qual, desde os primórdios das revoluções liberais, a luta pela Constituição e pelo estado de Direito era também uma luta pela segurança jurídica. (NOVAIS, 2011, p. 261; OÑATE, 1953, p. 73; NOGUEIRA, 1955, p. 109)

E, nesse sentido, a nossa CF, em diversas importantes passagens, refere-se justamente à segurança jurídica, desvelando seu valor para o Estado brasileiro, com preceito fundante de nossa República.

Marinoni (2012, p. 431), por sua vez, sustenta que a segurança jurídica, na Constituição, assumiria as figuras de princípio da ordem jurídica estatal e de direito fundamental.

Traz à colação lição de *Ingo Sarlet* (2006, p. 11), que liga a segurança jurídica à noção de dignidade da pessoa humana, ao proclamar:

3 *Sobre segurança jurídica*, v., amplamente, a obra essencial de Theophilo Cavalcanti Filho, que lhe valeu a livre-docência, CAVALCANTI FILHO, Theophilo. *O problema da segurança no direito*. São Paulo: RT, 1964, passim; e o discurso proferido por Laudelino Lavilla Alsina, em sua admissão como acadêmico na prestigiosa Real Academia de Jurisprudência y Legislacion. *Seguridad jurídica y funcion del derecho (discurso leído el día 8 de febrero de 1999 en su recepción pública como acedemico de numero, por el Excmo. Sr. D. Laudelino Lavilla Alsina y contestacion del Excmo. Sr. D. Eduardo Garcia de Enterría y Martínez-Carande)*. Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislacion, 1999, passim.

Considerando que também a segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano, viabilizando, mediante a garantia de uma certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, tanto a elaboração de projetos de vida, bem com a sua realização, desde logo é perceptível o quanto a ideia de segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada a própria noção de dignidade da pessoa humana. [...] a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas.

Todas as citações anteriores descortinam a importância da segurança jurídica para todo o arcabouço jurídico brasileiro, a partir da própria Constituição, fato para o qual deve atentar o Poder Judiciário.

Para Jürgen Habermas (2003, p. 245), “a tensão entre facticidade e validade, imanente ao direito, manifesta-se na jurisdição como tensão entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas”. À medida que a sociedade se torna mais complexa, maior a necessidade de estabilização das expectativas.

Assim, para Niklas Luhmann (1983, p. 109), segurança jurídica seria mais do que apenas um dos princípios do Estado de Direito, mas a própria função estabilizadora do Direito.

É possível afirmar, com alto grau de precisão, não haver paz ou estabilidade social sem segurança jurídica, que é um dos seus fundamentos, e que existe para que a justiça, finalidade maior do Direito, se concretize.

Entretanto, conciliar segurança jurídica e correção das decisões tem sido um dos maiores desafios do pensamento jurídico contemporâneo –

notadamente no que respeita à interpretação jurídica⁴. Em larga escala, magistrados estão decidindo movidos por ideologias pessoais, “de acordo com suas consciências”. Nada poderia ser mais temerário, a nosso sentir, com todas as vênias devidas, pois leva o Poder Judiciário à emissão de indesejáveis e intermináveis pronunciamentos contraditórios – o que vem sendo denominado “jurisprudência lotérica”, “justiça lotérica” ou “loteria judiciária”.

Miguel Reale (1996), em seu aclamado e respeitado *Filosofia do Direito*, discorrendo acerca da obrigatoriedade ou vigência do Direito, afirma que a ideia de justiça está intimamente ligada à ideia de ordem. Ensina-nos que no próprio conceito de justiça é inerente uma ordem, que não pode deixar de ser reconhecida como valor mais urgente, o que está na raiz da escala axiológica, mas é degrau indispensável a qualquer aperfeiçoamento ético, concluindo que em toda comunidade é mister que uma ordem jurídica declare, em última instância, o que é lícito ou ilícito.

A segurança jurídica é o que confere aos indivíduos a garantia constitucional necessária para o desenvolvimento de suas relações sociais, tendo, no Direito, a certeza das consequências dos atos praticados.

Desse entendimento não discrepa Marinoni (2012, p. 431), ao afirmar:

Vista [a segurança jurídica] como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta, é indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser ‘Estado de Direito’.

Canotilho (2003, p. 371) nos ensina que a segurança jurídica, elemento essencial ao Estado de Direito, se desenvolve em torno dos conceitos de estabilidade e previsibilidade. Quanto ao primeiro, no que diz respeito às decisões dos Poderes Públicos, uma vez realizadas:

[...] não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes.

⁴ Sobre este ponto, imprescindível a leitura das obras de Lenio Streck: *Hermenêutica jurídica e(m) crise* (2009) e *Verdade e consenso* (2009).

E arremata:

A ideia de segurança jurídica reconduz-se a dois princípios materiais concretizadores do princípio geral de segurança: princípio da determinabilidade de leis exposto na exigência de leis *claras e* densas e o princípio da proteção da confiança, traduzido na exigência de leis essencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesivas da previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos.

Diversa não é, finalmente, a posição de Mauro Nicolau Junior (2006, p. 21), ao sentenciar que:

A segurança jurídica é o mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve oferecer a todo cidadão, a respeito de quais são as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes.

4. FUNÇÃO JURISDICIONAL E PROTAGONISMO JUDICIAL

O Estado Democrático de Direito tem perfil promovedor e transformador, vale dizer, ainda que assegure o exercício dos direitos, das garantias e das liberdades individuais e econômicas, também pode intervir, quando necessário, notadamente para dar concretude a direitos fundamentais e para preservar o equilíbrio e a harmonia nas relações econômicas.

A entrada de tribunais na arena política é o que se convencionou chamar de politização do Judiciário. Esse fenômeno encontra a sua gênese no descompromisso dos representantes do povo, eleitos nos Poderes Executivo e Legislativo, com as promessas constitucionais que simbolizam as aspirações da sociedade em geral, do que resultaria a ineficácia do sistema democrático. Assim, deve ser examinado com especial cuidado e muita atenção.

Não é demasiado insistir que o Estado Democrático de Direito pressupõe uma estrutura composta pelas funções legislativa, executiva e juris-

dicional, todas elas com atribuições bem delineadas no texto constitucional. Logo, as atuações dos Poderes da República devem ser harmônicas e coerentes com os mandamentos constitucionais, não se podendo cogitar democracia sem a estrita observância do princípio da separação de poderes.

Sem embargo, o desamparo ao qual é relegado o povo pelos representantes eleitos nos Poderes Legislativo e Executivo impõe aos cidadãos o recurso ao Judiciário para ver satisfeitas suas pretensões - o que denominamos judicialização da política -, elevando-o a uma posição de protagonista, em uma cena da qual não faz parte, o que ameaça o equilíbrio e a harmonia entre os poderes e, em síntese, a estabilidade da democracia.

Não se controverte o fato de que o Estado Democrático de Direito exige um Poder Judiciário autônomo, forte, independente, não apenas para preservar e garantir as normas constitucionais e infraconstitucionais, senão, também, para fiscalizar a observância e o cumprimento das mesmas pelos demais poderes.

A reação primeira de grande parte dos analistas do fenômeno da judicialização da política foi de certo encantamento com a possibilidade de que as promessas realizadas pelas Constituições, e não cumpridas por parlamentos e executivos, pudessem vir a ser implementadas por magistrados. Tal, porém, não se sustenta. Não há na Carta Maior qualquer norma que permita ao Poder Judiciário a auto-outorga das atribuições estabelecidas para os Poderes Legislativo e Executivo. Vale dizer, a Constituição regula os Poderes da República e as suas respectivas funções, mas não pode ser afetada por eles. Institui e também limita as suas atribuições.

Lenio Streck (2009, p. 65) observa que:

O século XX foi generoso para com o Direito e a Filosofia. No Direito, o segundo pós-guerra proporcionou a incorporação dos direitos de terceira dimensão ao rol dos direitos individuais (primeira dimensão) e sociais (segunda dimensão). Às facetas ordenadora (Estado Liberal de Direito) e promotora (Estado Social de Direito), o Estado Democrático

de Direito agrega um plus (normativo): o Direito passa a ser transformador, uma vez que os textos constitucionais passam a conter as possibilidades de resgate das promessas da modernidade, situação que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil, em que o welfare state não passou de um simulacro.

Nesse novo paradigma, o Direito assume um elevado grau de autonomia frente à política, isto é, a (quase) plenipotenciabilidade da política produziu um elevado deficit de direitos fundamentais. Essa circunstância engendrou a construção de um novo modelo de Direito e de Estado. [...] a Constituição passou a ser um modo de concretização de direito, o que representou, em outras palavras, “fazer democracia através do Direito”. A Constituição passou o ser estatuto jurídico do político, com acentuado grau de dirigismo.

Percebe-se que dificuldades adicionais foram carreadas aos magistrados para realizar seu papel constitucional dentro do cenário democrático de direito: a responsabilidade de resgatar as promessas da modernidade, dando concretude aos valores e direitos fundamentais, bem se desincumbindo de seus mandatos constitucionais, mas tomando o cuidado de não invadirem de maneira imprópria o campo da política.

A **questão central** a ser enfrentada, pois, é a seguinte: até que ponto pode o magistrado se substituir às autoridades legislativas, diante das opções brasileiras pelo Estado Democrático de Direito?

Não existem respostas simples para problemas complexos. Múltiplos são os desafios enfrentados pelo julgador em seu cotidiano e, no que tem pertinência à indagação formulada, realçamos: 1) a busca do ideal de Justiça; 2) a proteção jurídica dos vulneráveis; 3) a concretização de direitos fundamentais.

Harmonizar as liberdades e garantias individuais e econômicas com a proteção dos vulneráveis e a concretização dos direitos fundamentais à luz dos interesses sociais é procedimento amplo e bastante complexo, exigindo do julgador muito mais do que a simples visão positivista de subsunção

do fato à norma jurídica. Exigem-se conhecimentos filosóficos acerca da aplicação da Constituição e de sua própria função constitucional. O texto legal seria, assim, apenas o ponto por onde se inicia a metódica complexa de concretização constitucional. (MÜLLER, 2000, p. 51-54)

Ademais, convém explicitar que nem tudo se resume ao conhecimento do Direito. A complexidade das multifacetárias relações sociais e econômicas exige do magistrado contemporâneo conhecimentos enciclopédicos que, por evidente, não detém. De sorte que desconsiderar os efeitos políticos, sociais e econômicos de uma decisão judicial pode representar um sério risco para toda a sociedade. E mesmo a correta aplicação do Direito não é algo fácil.

As doutrinas pós-positivistas sustentam que as normas jurídicas podem se dar tanto sob a forma de regras jurídicas, quanto sob a forma de princípios. Trabalham a interpretação principiológica de textos legais. Acredita-se, com boa dose de razão, que essa leitura principiológica, carregada de normatividade e dotada de forte conteúdo axiológico, possa ser um avanço à abertura do sistema, tanto quanto o são os limites substanciais impostos pelos direitos fundamentais (individuais ou sociais). Por outro lado, provoca, com a mesma boa dose de razão, apreensão ou mesmo temores com o alagamento, em tese, da discricionariedade judicial, especialmente diante dos dilemas que suscita, visto que as Constituições contêm valores, abrindo-se para conteúdos morais.

Assim, com a superação do pensamento positivista, o pronunciamento judicial passa a contar com os princípios e com sua carga axiológica para a interpretação e para a aplicação do Direito. Essa abertura do sistema às questões principiológicas conduz à maior incidência de conceitos da filosofia moral e política, refletida na decisão judicial de casos difíceis, especialmente em decorrência da positivação dos direitos humanos.

Daí, ser imprescindível a redução dos espaços de subjetivismos, de incertezas e de insegurança dessas decisões, o que reacende a discussão sobre a existência ou não de limites à discricionariedade do julgador⁵.

5 Edinilson Donizete Machado (cit., p. 36) refere que, na teoria do Direito de Ronald Dworkin, são identificadas três distinções para o termo “discricionariedade”: A primeira, é quanto à aplicação, por funcionários, de critérios

O magistrado não pode desconsiderar, ainda que supostamente para o bem da sociedade, que o processo legislativo, em suas mais variadas etapas, ponderou uma série de dados e de estudos que a ele não estão disponíveis, no momento de prolatar sua decisão. Assim, um pronunciamento judicial que desconsidere a lei, a propósito de proteger uma das partes, é causa não apenas de insegurança na ordem jurídica, como também é capaz de produzir reflexos tão nefastos que acabarão por prejudicar todo um determinado setor.

Clarissa Braga Mendes (2012, p. 17), analisando o problema da conciliação da correção das decisões com a segurança jurídica, ensina que:

Confrontando tal raciocínio [divergência de interpretações acerca de textos jurídicos] com a afirmação de Dworkin acerca dos cânones interpretativos, é possível concluir que, em uma sociedade moderna, os cânones hermenêuticos refletem valores plúrimos, tal qual a complexidade desta sociedade, e que, portanto, o conjunto de princípios deixa de apresentar um norte unidirecional para representar uma série de vetores conflitantes, já que cada um passará a proteger direitos de conteúdo incompatível. Tais princípios convivem em um ordenamento quando não são postos “em ação” pelo caso concreto; mas, quando são chamados a resolver um caso difícil, precisam de esforço hermenêutico para serem harmonizados, de um modo que nenhum exclua o oposto, sendo este o único modo de admitir a sua convivência no mesmo ordenamento jurídico.

Com efeito, não pode o magistrado, simplesmente, se deixar conduzir pelo espírito de humanidade benevolente que notabilizou o “bom juiz” Magnaud. É preciso agir com a responsabilidade que a função jurisdicional lhe impõe⁶.

estabelecidos por uma autoridade superior, ou na escolha, pelo juiz, entre critérios “que um homem razoável poderia interpretar de diferentes maneiras”. A segunda acepção é relacionada à ausência de revisão da decisão tomada por uma autoridade superior. Essas duas primeiras distinções são, para Dworkin, discricionariedade em sentido fraco. E prossegue (cit., p. 36-37): A terceira distinção para discricionariedade é aquela em sentido forte, que implica na ausência de quaisquer padrões derivados da autoridade da lei (Dworkin, 2002, p. 55), ou seja, a ideia de que os padrões existentes não impõem qualquer dever legal sobre o juiz, para que decida de determinada forma. Tal constatação leva à conclusão de que os juízes mudam regras antigas e introduzem novas.

⁶ Despiciendo dizer que as decisões judiciais devem sempre ser por princípios e não por política (no sentido de

É imperioso insistir e recordar que o pronunciamento judicial não pode ser um ATO DE ESCOLHA, UM ATO DE VONTADE ou um ATO TELEOLÓGICO (“decido, depois fundamento”). Deve ser um ATO DE CONHECIMENTO, em cumprimento de uma função estatal.

O Estado tem o DEVER de assegurar o exercício do DIREITO FUNDAMENTAL à segurança, cuja tutela se dá mediante prestações fáticas e normativas, a iniciar pelo imperativo respeito ao art. 2º da Constituição da República, que cuida da independência e da harmonia entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Para além disso, o magistrado tem o dever (a responsabilidade) de observar os reflexos de sua decisão na esfera econômica, porquanto esse julgamento pode influenciar uma série de fatores que facilitarão ou não novas contratações e a circulação da riqueza.

É certo que o magistrado não é neutro e, em seus julgamentos, tende a aproximar sua decisão de suas próprias convicções. A neutralidade do magistrado é, pois, uma ficção do Direito. Entretanto, exige-se que o mesmo seja imparcial e que decida sem conceitos ou juízos de valor preconcebidos, em benefício (ou em prejuízo) de quem quer que seja. Não se pode desconhecer que o ato decisório é, também, uma declaração política, que permite ao examinador identificar em qual lado do espectro ideológico aquele julgador se encontra. Entretanto, não importa se a visão do julgador tem conteúdo mais social do que econômico ou o contrário; num caso ou noutro há que se buscar conter o seu subjetivismo, e é justamente para isso que serve a lei.

A imprevisibilidade das decisões judiciais, ao atingir níveis críticos, pode desequilibrar toda a economia de um país. Reduzir o grau de imprevisibilidade das decisões judiciais é, pois, contribuir para a maior estabilidade do marco institucional.

Essa responsabilidade é exclusiva do Poder Judiciário, que deve buscar, incessantemente, autoconter-se. Poucos, no entanto, percebem a relevância

que fala Dworkin e desenvolve Streck, em *Verdade e consenso*. São Paulo: Saraiva, 2012).

e a dimensão da questão, pois, bem verdade, acostumamo-nos a examinar os litígios em sua individualidade, sem nos preocuparmos com os efeitos macroinstitucionais que os cercam.

5. CONCLUSÃO

A segurança jurídica depende da obrigatoriedade do Direito. O protagonismo judicial que transcende os limites impostos pela própria Constituição, sem dúvida alguma, trará muito maior insegurança do que certeza ao Direito. As consequências negativas disso são compartilhadas entre todos nós, comprometendo a concretude de nossos direitos igualmente fundamentais. Não é essa a função do Direito. Não é assim que se faz Justiça.

A magistratura deve ser sensível às celeumas sociais e interpretar o direito vigente visando, tanto quanto possível, a concretização dos direitos fundamentais, respeitados os limites dos poderes constitucionalmente embasados e socialmente legitimados que detém, sem se olvidar de que não existem direitos absolutos e que somente deve interferir em atos de outros poderes para corrigir distorções e abusos.

Michael Sandel (2011, p. 323) observa que atualmente as discussões políticas versam sobre bem-estar e liberdade – desenvolvimento econômico e respeito aos direitos do indivíduo. Propõe o que chama de política do bem comum, vale dizer, se uma sociedade justa demanda sentimento de comunidade, necessita, antes, descobrir uma forma de cativar nos cidadãos uma preocupação e dedicação ao todo, ao bem comum.

Não pode haver indiferença “aos hábitos do coração que os cidadãos levam para a vida pública, mas precisa encontrar meios de se afastar das noções da boa vida puramente egoístas e cultivar a virtude cívica”.

É imperativo, novamente com Sandel (2011, p. 328), “o cultivo do hábito da solidariedade e do senso de comunidade, dos quais depende a cidadania democrática”. A escolha pelo coletivo, não raro, importará em perdas individuais, sendo a recíproca igualmente verdadeira. Daí a exigência da certeza dos objetivos colimados. Há que se ter uma visão global, do todo.

Há que se diferenciar direito de privilégio. Dar a alguém o que não for seu por direito é benesse, privilégio. Isso tem um alto custo, que será suportado por todo o conjunto da sociedade. É preciso acabar com privilégios.

A preocupação do julgador deve ser com o Direito. Dar razão a quem a tenha; dizer o direito de quem o possui. Sem rotulações, sem juízos de valor preconcebidos, ideológicos, voluntaristas. Os julgamentos não devem ser direcionados pelos resultados.

O papel do Poder Judiciário, insisto, é dizer o direito de quem o possui, conforme criado por aqueles que detêm atribuição constitucional para tanto. Não é dado aos magistrados a função criadora de direitos, menos ainda de distribuição de benesses. Nossas decisões devem estar pautadas sobre princípios, não sobre escolhas. Nós magistrados devemos, sempre, reforçar nossos compromissos com o Estado Democrático de Direito. Quando um julgador extrapola o âmbito do “sentido evidente da Constituição” (*plain meaning of the Constitution*), sua atuação passa a ser arbitrária e não mais se legitima. Não cabe ao Poder Judiciário a invalidação de atos legislativos e/ou executivos de constitucionalidade sustentável. Nossa função é zelar pelo respeito às normas e por sua correta aplicação. Bem verdade que o país enfrenta inúmeros problemas, em todas as esferas, mas o Poder Judiciário deve se autoconter. Caso contrário, não estará sendo deferente com os demais Poderes, violando o princípio constitucional da separação dos poderes, insculpido no art. 2º da Carta da República.

O respeito às normas jurídicas é essencial. Devemos buscar novas narrativas, novas agendas políticas, econômicas, sociais e jurídicas, visando à evolução e ao aperfeiçoamento da qualidade de nossa democracia. A chave para o sucesso, inequivocamente, é a segurança jurídica. Regras claras e equilibradas são boas para todos. Previsibilidade e certeza das consequências.

Temos que acreditar e trabalhar, sendo oportuna a citação de Nietzsche: “E aqueles que foram vistos dançando foram julgados insanos por aqueles que não podiam escutar a música.”.

REFERÊNCIAS:

ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 dez. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada (Arts. 1º a 107º)*. 4. ed. port. e 1. ed. bras., Coimbra/São Paulo: Coimbra Editora/RT, 2007.

HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. 1. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MARINONI, Luiz Guilherme. Os precedentes na dimensão da segurança jurídica. In: ASSIS, Araken de et al. *Processo coletivo e outros temas de direito processual*. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. *Segurança jurídica*. Consulex: Revista jurídica, Distrito Federal, v. 15, n. 335, p. 54-57, jan. 2011.

MENDES, Clarissa Braga. Segurança jurídica e correção das decisões. *Revista Direito Público*, Porto Alegre, v. 8, n. 44, p. 9-20, mar./abr. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max limonada, 2000.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009

NICOLAU JUNIOR, Mauro. Segurança jurídica e certeza do direito: realidade ou utopia num estado democrático de direito?. *Jornal Jurid.* Disponível em: <<http://www.jurid.com.br>>. Acesso em: 20 abr. 2006.

NOGUEIRA, Ataliba. *O estado é meio e não fim*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2014.

OÑATE, Flavio López de. *La certeza del derecho*. Buenos Aires: EJEJA, 1953.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1996.

RODOVALHO, Thiago. Das Rechtsstaatsprinzip (o princípio do estado democrático de direito) e a segurança jurídica. *Revista Forense*, São Paulo, v. 415, ano 108, p. 291-315, jan./jun. 2012.

SANDEL, Michael. *Justiça – O que é fazer a coisa certa* [trad. 4. ed. de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo]. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

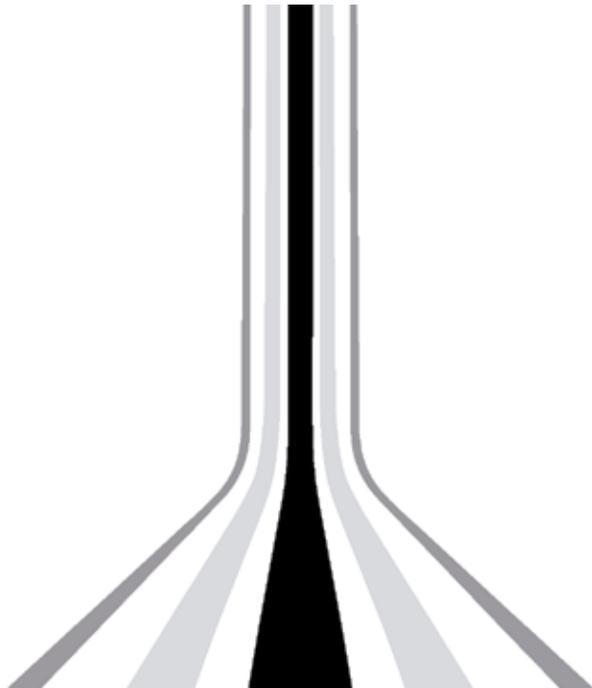
SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia do direito fundamental a segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 14, n. 57, p. 5-48, out./dez. 2006.

SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

STRECK, Lenio L. Hermenêutica, Constituição e autonomia do direito. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, Unisinos, v. 1, n. 1, p. 65-77, jan./jun. 2009.



LEGISLAÇÃO



AVANÇO, COM ESPECISMO ELETIVO NA “LEI SANSÃO” (LEI 14.064/20)

Lei que aumenta punição para quem
maltratar cães e gatos

Lúcia Frota Pestana de Aguiar

Presidente do Fórum Permanente de Pós-Humanismo e Defesa dos Animais
da EMERJ; Doutora em Direito pela UNESA

No dia 29 de setembro de 2020, o presidente Jair Bolsonaro, em Cerimônia no Palácio do Planalto, sancionou a Lei nº 14.064¹, apelidada de “*Lei Sansão*”, em homenagem ao cachorro vítima de maus-tratos, com pernas decepadas pelos agressores². E com tal diploma legal, foi criado um novo paradigma.

Analisando o texto legal, fruto do PL 1095/2019, deve-se demonstrar que o texto inicialmente apresentado era mais completo, porém sofreu exclusões para lograr êxito na sua aprovação. Cumpre ressaltar as alterações realizadas em 16 de dezembro de 2019 e expostas pelo relator Deputado Celso Sabino (PSDB/PA) ainda na Câmara dos Deputados, em Parecer

1 A Lei nº 14.064 de 29/09/2020 foi sancionada pelo presidente em 29 de setembro e publicada na imprensa oficial no dia 30 de setembro de 2020, como fruto do PL 1095/2019, apelidado de Lei Sansão, em homenagem ao cachorro vítima de maus tratos com pernas decepadas pelos agressores. A Lei 14.064/20 é fruto do PL 1095/19 - LEI Nº 14.064, DE 29 DE SETEMBRO DE 2020 - Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato. O PRESIDENTE DA REPÚBLICA - Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei: Art. 1º - Esta Lei altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato. Art. 2º O art. 32 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, passa a vigorar acrescido do seguinte § 1º-A: “Art. 32.§ 1º-A Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no caput deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda.” (NR) Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. Brasília, 29 de setembro de 2020; 199º da Independência e 132º da República.t Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14064.htm. Acessado em 4 de outubro de 2020.

2 Notícia de repercussão social sobre a multa aplicada aos agressores do cão Sansão disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2020/07/17/agressor-de-sansao-cao-que-teve-duas-patas-decepadas-em-confins-na-grande-bh-e-multado.ghtml> . Acessado em 3 de outubro de 2020.

da Comissão Especial Permanente para análise de constitucionalidade e justiça³. Reconhecendo a constitucionalidade, juridicidade, boa técnica legislativa; não implicação em aumento de despesa ou diminuição da receita pública, no mérito, a Comissão aprovou o Projeto de Lei nº1.095/2019, na forma do Substitutivo⁴ apresentado, restringindo o seu alcance apenas a cães e gatos.⁵

A Lei 9.605/98 tipifica como crime os maus-tratos a animais. Qualquer nova restrição, portanto, sinalizará um perigoso retrocesso, na sofrida defesa animal. É um equívoco pensar que cães e gatos, por serem os mais numerosos animais domésticos, nas residências, detêm a exclusividade enquanto vítimas de maus-tratos. Bom exemplo é o cavalo urbano, animal de grande porte, de difícil e caro tratamento, usado para tração no asfalto de grandes vias expressas, sendo obrigado a trabalho extenuante e perigoso, sem qualquer tipo de cuidado, e que quando vitimado de maus-tratos, seja por exaustão, doença ou acidente, é deixado à própria sorte agonizando até que lhe sobrevenha a morte. Logo, não somente cães e gatos mereciam ser mantidos no projeto, e sim todos os animais incluídos na Lei Ambiental e ainda paradoxalmente tratados como coisa pela Lei Civil.

Foi assim aprovado na Câmara o PL 1.095/2019, na forma do Substitutivo apresentado, restringindo o alcance da alteração a apenas cães e

3 COORDENAÇÃO DE COMISSÕES PERMANENTES (CCP)- Durante o seu funcionamento, a Comissão Especial realizou diversas audiências públicas, cujos palestrantes e participantes trouxeram importantes subsídios para a elaboração do presente relatório.

Encaminhada à publicação. Parecer da Comissão Especial Publicado em avulso e no DCD de 18/12/19 PÁG 926, Letra A.

4 SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI Nº 1.095, DE 2019 Aumenta as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato. Sala da Comissão, em 16 de dezembro de 2019. Deputado CELSO SABINO (PSDB/PA) RELATOR. Disponível em:

<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020191218002280000.PDF#page=930> Acessado em 12 de set. de 2020.

5 Texto do Parecer alterando o Texto Original - Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 para estabelecer pena de reclusão a quem praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos; e instituir penas para estabelecimentos comerciais ou rurais que concorrerem para a prática do crime, tendo parecer da Comissão Especial pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa; e, no mérito, pela aprovação, com substitutivo (relator: DEP. CELSO SABINO). Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020191218002280000.PDF#page=930> o Acessado em 12 de setembro de 2020.

gatos. O “especismo”, termo cunhado pelo psicólogo inglês Richard Ryder, passou a ser eletivo na proposta de alteração original do PL 1095/19, que originou a Lei nº 14.064/20. Assim, o preconceito entre espécies passa a criar uma hierarquia entre animais, classificando-os em diversos valores, determinando o valor de acordo com o vínculo de afeto desenvolvido pelo ou com o ser humano. É certo que a força do afeto é capaz de grandes avanços, mas o perigo precisa ser demonstrado antes que a tendência se consolide para outros projetos. E esta já foi comprovada na aprovação do PL 6.054/19, que também acabou sendo restrito, por emendas no Senado, aos animais domésticos, quando o texto original não propunha essa restrição.

O texto inicial do PL 1.095, aprovado na Câmara em 17 de dezembro de 2019, de autoria do Deputado Fred Costa (PATRIOTA-MG), alcançava também os animais silvestres, nativos ou exóticos e previa o aumento da pena de detenção para a pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa. A Comissão aumentou a pena prevista no texto original para 5 anos de reclusão, mas restringiu para cães e gatos, e segue para a sanção.

Assim, a proposta original era alterar o art. 32 da Lei de Crimes Ambientais, Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para que esta passasse a vigorar com a redação:

*“Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:
Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa*

Além disso, o texto inicial propôs instituir penas para estabelecimentos comerciais ou rurais que concorrerem para a prática do crime, o que seria um avanço muito esperado para responsabilizar a criação e o abate de animais para consumo. Foi lamentável essa parte ter sido suprimida desde o Substitutivo da Câmara.

§ 3º Os estabelecimentos comerciais ou rurais que concorrerem para a prática de crimes previstos neste artigo poderão incorrer nas seguintes sanções: I – multa no valor de 1 a 40 salários mínimos; II

– *interdição parcial ou total do estabelecimento; IV – suspensão ou cancelamento da licença ambiental do estabelecimento; V – perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pela União.*

Enquanto a população leiga e simpática à causa animal comemora a aprovação no Senado, ativistas e animalistas mais atentos sinalizam o risco inerente ao especismo seletivo, e os opositores continuam com antolhos à necessidade de se preservar a vida e dignidade animal, permanecendo em um antigo e perverso discurso que contrapõe animais às crianças, num antagonismo falsamente construído. Se o crime de maus-tratos à criança é apenado com detenção de dois meses a um ano, e multa, este também deveria ser corrigido assim como se propõe a correção dos maus-tratos a animais. Uma proteção não exclui nem desmerece a outra.

Em vez de se buscar um avanço legislativo mais protetivo da vida, as comparações de penas promovem discórdias que fazem lembrar as primeiras oposições que sofreram os crimes ambientais, as queimadas e podas de árvores com motosserra, e até mesmo a simples resistência ao uso de cinto de segurança em veículos automotivos. O estudo do tipo penal exige segmentos, não sendo plausível comparar penas, e sim os bens jurídicos tutelados. Por isso há crimes contra a vida, contra o patrimônio, contra a saúde pública, sem que um crime contra a vida possa se comparar com o peculato, que é de segmento diferenciado. Categorias diversas não podem ser comparadas através de suas respectivas sanções.

Importa ressaltar que atos de crueldade praticados contra animais denotam uma tamanha capacidade delituosa no agente criminoso, a ponto de torná-lo um potencial agressor de crianças, idosos e todo e qualquer ser mais fraco ou inofensivo. Coibir atos cruéis contra animais é dever do Estado previsto não apenas na Lei Ambiental, mas sobretudo na Constituição Federal, no seu artigo 225, VII, parágrafo 1º. É imperioso consignar que a Constituição Federal preconiza, em seu art. 225, VII, que “*todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*”.

Houve três emendas no Senado, que buscaram atenuar a proposta original, e com isso demonstraram a tendência do Senado para mitigar a proteção animal, restringindo-a ao mínimo: animais em convívio familiar com humanos.

A primeira emenda, do Senador Telmário Mota (PROS/PR), explicita um evidente equívoco comparativo, corolário do especismo seletivo, e trata como inversão de valores o relevo para majorar a pena em atos de crueldade animal.

A segunda emenda, da Senadora Rose Freitas, seguiu a mesma linha; embora mantivesse a pena do texto original, continuou corroborando com o especismo seletivo ao defender a adstrição aos animais em residência. Assim, também a segunda emenda deprecia o projeto original, mas é melhor que a primeira emenda por manter a sanção proposta.

A terceira emenda, do senador Jean Paul Prates (PT – RN), permanece com o viés do especismo seletivo, entretanto já inclui alguns outros animais: “*cães, gatos, aves ou demais animais, quando mantidos em ambiente doméstico.*”⁶ E mantém a sanção proposta no texto original, acrescentando a proibição da guarda.

O relator, senador Fabiano Contarato (Rede-ES), destacou que, com a pandemia do novo coronavírus, os maus-tratos a animais aumentaram consideravelmente. Expôs os registros da Delegacia Eletrônica de Proteção Animal (DEPA) de São Paulo, demonstrando que, só naquele estado, denúncias de violência contra animais aumentaram 81,5% de janeiro a julho de 2020, em relação ao mesmo período em 2019.

O relator, mencionou estudos acadêmicos relacionando os maus-tratos aos animais domésticos, em maioria cães e gatos, com a violência doméstica. A crueldade animal, destacou o senador relator, está conectada a atos de violência e abuso familiar. Esclareceu que as três emendas não foram acolhidas, porque, por exemplo, a tentativa de redução das penas teria

⁶ Agência Senado. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/09/09/aumento-da-pena-para-quem-maltratar-caes-e-gatos-vai-a-sancao>. Acessado em 12 de set. de 20.

o sentido contrário ao do projeto e acabaria por estimular, ao invés de coibir, os atos de crueldade contra cães e gatos. E sobre a necessidade de se rever a pena em casos de humanos, o relator informou que já apresentou um projeto (PL 4.517/2020) para aumentar a pena dos maus-tratos com lesão grave contra pessoas. Segundo a proposição, a pena será de dois a cinco anos de reclusão. Hoje, a pena é de um a quatro anos.

A maioria dos senadores apoiou o projeto. O Presidente da Sessão no Senado, senador Carlos Viana (PSD-MG), parabenizou o deputado Fred Costa pelo projeto original, o senador Fabiano Contarato, pela relatoria, e a todos os que lutam pela causa animal. Os senadores Álvaro Dias (Pode-mos-PR), Randolfe Rodrigues (Rede-AP) e Rogério Carvalho (PT-SE) classificaram o projeto como um salto civilizatório.

Houve também comoção social, com uma manifestação em 8 de setembro de 2020. Ativistas em frente ao Congresso Nacional pediram a aprovação do PL 1.095/2019, por meio de uma faixa cobrando cadeia para quem maltrata cães e gatos. Fortes imagens de cães e gatos vítimas de violência foram colocadas no gramado. É um grande avanço a obtenção da pena de reclusão de 5 anos, mas a restrição a cães e gatos denuncia o especismo seletivo.

Há clara tendência legislativa na análise de projetos de lei pelos animais, que confere um grau mais elevado de defesa aos animais domésticos. O grande risco que se corre é retroagir na busca por respeito e dignidade aos animais da agropecuária, do entretenimento e da experimentação animal, que são as mais numerosas e continuadas vítimas dos atos de crueldade. Mesmo assim, haver debates legislativos pelos animais já é uma vitória.

O art. 32 e o §1º da Lei Ambiental revogaram, tacitamente, o art. 64, caput e §§1º e 2º, da Lei das Contravenções Penais, acertando o legislador ao tornar crime tais condutas, antes apenas contravenções penais. A Constituição Federal de 1988 veda, no seu art. 225, §1º, VII, a crueldade aos animais. Agora a proposta é haver cadeia para quem praticar qualquer ato de abuso, como trabalho excessivo, causar sofrimento ao animal como privação de alimentos, mutilação, agressão com violência, mutilação de partes

do corpo do animal, etc. Foi reconhecida a detenção como irrisória, por ser incapaz de punir corretamente o infrator, resolvendo-se em geral em uma cesta básica. Se uma reflexão demonstra que, há vinte anos, defender os animais em juízo era considerado risível, um grande avanço sim foi conquistado para o momento atual.

EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

TEXTO DO PROJETO ORIGINAL DA CÂMARA PROJETO DE LEI N.º DE 2019 (Fred Costa)

Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 para estabelecer pena de reclusão a quem praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos; e instituir penas para estabelecimentos comerciais ou rurais que concorrerem para a prática do crime.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º O art. 32 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa.

.....

§ 3º Os estabelecimentos comerciais ou rurais que concorrerem para a prática de crimes previstos neste artigo poderão incorrer nas seguintes sanções:

I - multa no valor de 1 a 40 salários mínimos;

II- interdição parcial ou total do estabelecimento;

IV -suspensão ou cancelamento da licença ambiental do estabelecimento;

V- perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pela União” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

CÂMARA DOS DEPUTADOS

TEXTO DO PROJETO 1095/19 APROVADO NO SENADO

Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato. O Congresso Nacional decreta: Art. 1º Esta Lei altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato.

Art. 2º O art. 32 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, passa a vigorar acrescido do seguinte § 1º-A: “Art.32..... § 1º-A Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no caput deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda. ” (NR) Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

SENADO FEDERAL

LEI Nº 14.064, DE 29 DE SETEMBRO DE 2020

Altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA - Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei: Art. 1º- Esta Lei altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato.

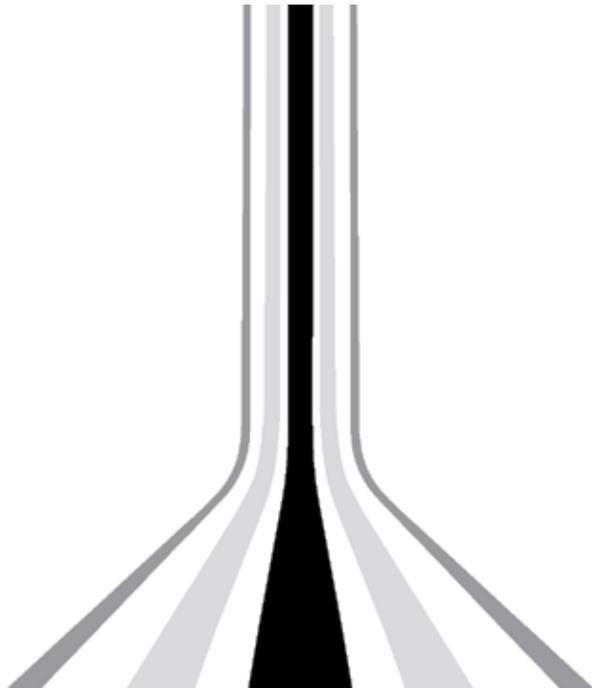
Art. 2º. O art. 32 da Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, passa a vigorar acrescido do seguinte § 1º-A: "Art. 32.§ 1º-A Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no caput deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda." (NR)

Art. 3º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. Brasília, 29 de setembro de 2020; 199º da Independência e 132º da República.t /202

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA



CASO JUDICIAL CÉLEBRE



A HISTÓRIA DE RUBY BRIDGES: ESTUDO DE CASO DE DECISÕES JUDICIAIS QUE CONTRIBUEM PARA A LUTA CONTRA O RACISMO ESTRUTURAL. ESTUDO COMPARADO DO DIREITO ESTADUNIDENSE E BRASILEIRO

Hector Luiz Martins Figueira

Advogado. Doutorando e Mestre em Direito, PPGD/UVA. Professor da Universidade de Valença, UNIFAA e pesquisador vinculado ao INCT-InEAC | UFF/RJ

Laila Maria Domith Vicente

Advogada. Doutora e Mestre em Psicologia, UFF. Master em Teoria Crítica e Estudos Museísticos pelo PEI - Programa de Estudios Independientes del MACBA - Museo d'Art Contemporani de Barcelona e pela UAB - Universitat Autònoma de Barcelona.

Recebido em: 18/10/2020

Aprovado em: 18/10/2020 e 18/10/2020

RESUMO: o presente trabalho pretende discutir – a partir de históricas decisões da Suprema Corte Estadunidense que possibilitaram o reconhecimento do direito da criança negra Ruby Bridges a estudar em uma escola que, à época, nos Estados Unidos, era exclusiva para pessoas brancas – os avanços e os retrocessos étnico-raciais em um enlace comparativo envolvendo as sociedades brasileira e estadunidense. Ademais, o artigo propõe um ensaio sobre o racismo estrutural brasileiro, que, mesmo após a abolição da escravidão, o advento da Constituição Democrática e das esparsas políticas públicas de inclusão racial, persiste sem maior estranhamento social por parte de

peças brancas. Neste ponto, discutimos a nossa branquitude. A violenta e imposta hierarquia dos brancos sobre os negros mostra-se como uma herança do passado escravocrata brasileiro resistente em nossa formação sociojurídica. A metodologia utilizada será de pesquisa documental e bibliográfica e análise comparativa. Os resultados apresentam uma importante clivagem, ainda hoje, entre negros e brancos na sociedade brasileira e na norte-americana.

PALAVRAS CHAVES: segregação racial; desigualdade social; Ruby Bridges.

ABSTRACT: the present work intends to discuss the ethnic-racial advances and setbacks involving Brazilian and North American societies. For the discussion proposed here, we will use the emblematic case of the New Orleans black girl Ruby Bridges as a paradigm, as she is an icon in the development of civil and social rights, especially educational law for African Americans. In addition, the article totals a fruitful dialogue with structural Brazilian racism, which even after the advent of the Democratic Constitution and public inclusion policies still bitter alarming rates of inequality in the delivery of rights. The hegemony and the hierarchy among whites over blacks, relive every day the Brazilian slave past and haunts everyone who is unaware of our unequal social formation and a right compromised with privileges. The methodology used will be documentary research and discourse analysis. The results show a strong segregation even today between blacks and whites in Brazilian and North American society.

KEY WORDS: racial segregation; social inequality; Ruby Bridges.

INTRODUÇÃO

Diversas formas de discriminação racial desferidas contra a população negra são identificadas em vários locais do globo, mas, especialmente em países com um passado escravocrata, como no caso brasileiro e estadunidense, elas se mostram mais violentas e estruturalmente mais resistentes.

O discurso e a prática na América contemporânea caminham dissociados. Nem um arsenal de leis, decretos, manifestos, políticas públicas de inclusão foi capaz de minorar os abismos e as desigualdades socioeconômicas entre as populações negras e brancas no país; isso sem falar nas diversas formas de violência a que as pessoas negras se encontram vulneráveis.

No Brasil, o “preconceito de cor” é uma categoria nativa, usada por pessoas brancas das mais diversas idades, por policiais, que explicitam práticas discriminatórias cotidianamente sem qualquer pudor ou constrangimento. É interessante a lição de Lélia Gonzalez sobre isso: “como todo mito, o da democracia racial oculta algo para além daquilo que mostra”: a sua violência. (GONZALEZ, 1983)

Nos Estados Unidos, de modo semelhante, a prática e o discurso acerca da população negra se deu historicamente pelo mote da exclusão. Apenas em 1964 firmou-se a Lei de Direitos Civis, com o escopo de proibir a discriminação racial no país. Tanto lá quanto aqui, a organização dos movimentos negros foi imprescindível para que as lutas por igualdade legal e social pudessem obter resultados. Nesse contexto, um caso emblemático desse período histórico nos Estados Unidos foi o da menina negra *Ruby Nell Bridges Hall* – que usaremos como pano de fundo para este artigo.

Para exemplificarmos, através de um contexto geográfico abrangente, é possível pensar nos EUA e no Brasil conjuntamente. Países contrastantes enquanto nações, com marcos históricos, arranjos políticos e culturas próprias, mas com uma característica comum marcante: o racismo presente em suas sociedades desde sua formação como Estado-nação. Diante desse cenário, constata-se nesses lugares movimentos de opressão contra um grupo racial determinado dotado de vulnerabilidade histórica, em virtude da violência da escravidão.

Em 2020, os EUA foram palco do brutal assassinato por asfixia de George Floyd, homem negro, pelas forças policiais de Minneapolis, no estado de Minnesota. Tal episódio culminou em uma onda de protestos civis contra o racismo e contra as forças policiais truculentas. Em tom reivindicatório, os manifestantes gritavam as últimas palavras de George antes da

morte: “*I can’t breathe*” (Eu não consigo respirar). A violência física contra aquele homem negro, perpetrada por policiais brancos, é representativa para a problematização deste tema.

É sabido que o modelo democrático norte-americano, aparentemente, possui maior estabilidade e segurança do que o nosso brasileiro, se contrastados. Podemos considerar que, nos EUA, o preconceito é étnico-racial e, no Brasil, ele é étnico-racial e permeado pela questão social. As instituições jurídicas e políticas por lá se mostram mais comprometidas com a proteção aos princípios da igualdade e da liberdade, bem como com os direitos fundamentais. No entanto, o cenário político atual tem sido povoado por declarações extremadas do atual presidente Donald Trump e pela volta de movimentos neonazistas como a Ku Klux Klan e o Conservadorismo Sulista.

Já no Brasil, o reconhecimento, até certo ponto, no campo teórico da histórica violência escravocrata, não significa que esse reconhecimento esteja presente em nossa branquitude e em nossas tradições – o racismo por aqui sempre foi naturalizado por pessoas brancas. Sem que qualquer estranhamento seja feito pelos cidadãos brancos, é naturalizada a ausência de representatividade negra em cargos de gestão de grandes empresas e do alto escalão na política e no Judiciário. Isso ficou demonstrado recentemente, em 2020, quando a megaloja e marketplace Magazine Luiza abriu um edital apenas para trainees negros, como uma medida inclusiva, justamente pela ausência de pessoas negras nos cargos de gestão. A resposta da população branca raivosa foi rápida, tanto nas redes sociais como pelos órgãos estatais, pois a Defensoria Pública da União (DPU) ajuizou uma ação, por meio de seu defensor, Jovino Bento Junior, pedindo o pagamento de uma indenização de 10 milhões de reais por parte da loja. Ainda que vozes contrárias sejam ouvidas dentro da própria DPU, o início da ação já demonstra a força do racismo estrutural na sociedade e nas instituições (ÉPOCA, 2020).

Do mesmo modo, ainda que ações afirmativas de combate à desigualdade racial no Brasil tenham tido seu início apenas em 2012, pela Lei 12.711, que instituiu as cotas nas universidades, quase cinco séculos após o

início do tráfico de pessoas escravizadas, isso não se deu sem vozes contrárias por parte dos brasileiros brancos que querem manter seus privilégios. Ainda, a população negra segue, desde 1550, sendo o alvo preferido das investigações policiais, e, curiosamente, não existem dados que comprovem maior presença de negros na autoria de crimes. (ADORNO, 1995, p.47)

A partir dessa contextualização inicial, este artigo busca apresentar a importância de decisões judiciais como as que possibilitaram os direitos civis nos Estados Unidos e propor como o racismo mantém seu enraizamento em sociedades tão distintas e ao mesmo tempo tão “iguais” como Brasil e Estados Unidos. É um debate atual, justificado pela crescente violência contra as pessoas negras em ambos os locais. Assim, pensaremos a categoria raça como uma construção local, histórica e cultural¹. Ou como nos traz Silvío Almeida, “por trás da *raça* sempre há contingência, conflito, poder e decisão, de tal sorte que se trata de um conceito relacional e histórico” (ALMEIDA, 2018, p. 19). Segundo o mesmo autor, a raça será definida por dois termos: 1. como característica biológica, identificável pela cor da pele ou por traços físicos; 2. e como característica étnico-cultural, em que a identidade se encontra em certa forma de ser e estar no mundo, como o local de origem, a religião, a língua e os costumes diversos. (ALMEIDA, 2018)

O problema de pesquisa é relevante pela sua história e pelos atuais debates sobre o racismo no Brasil e nos EUA. Tema de pesquisa que apesar de presente em estudos diversos, muitas vezes tropeça na injustiça social e no histórico colonial de divisão étnica experimentado por nós. Repensar essa discussão é revisitar a efetivação do direito fundamental à igualdade material, explorando metodologias de pesquisas diversas.

Para essas provocações, o trabalho se limita a transitar em uma perspectiva sociojurídica de análise documental e bibliográfica como método a ser empregado. Mas adverte-se da necessidade imperiosa da pesquisa de compreensão de problemas estruturais e estruturantes, tal qual o racismo em sociedades como a brasileira.

¹ [...] uma categoria que deve ser compreendida como uma construção local, histórica e cultural, que tanto pertence à ordem das representações sociais [...] como exerce influência real no mundo, por meio da produção e reprodução de identidades coletivas e de hierarquias sociais politicamente poderosas. (SCHWARCZ, 2012, p. 34)

Enquanto fenômenos sociais conhecidos e reconhecidos, a discriminação e o preconceito serão compreendidos em três momentos: primeiro, com a análise das decisões históricas da Suprema Corte Estadunidense, que permitiram à menina Ruby Bridges estudar em uma escola até então exclusiva para crianças brancas. Adiante, olharemos para a negação dos direitos contra parcela da população brasileira e o mito da igualdade racial por aqui. Por último, a título de ensaio, refletiremos sobre os contrastes e semelhanças entre o racismo no Brasil e nos Estados Unidos.

1. O CASO ESTADUNIDENSE E A ATUAÇÃO DA SUPREMA CORTE NA HISTÓRIA CONTRA A SEGREGAÇÃO RACIAL EM ESCOLAS NOS ESTADOS UNIDOS

Mas, em vista da Constituição, aos olhos da lei, não existe neste país classe superior de cidadãos dominantes ou dirigentes. Não há castas aqui. Nossa constituição é cega quanto à cor e nem distingue ou tampouco tolera classes entre os cidadãos. No que diz respeito aos direitos civis, todos os cidadãos são iguais perante a lei.

Magistrado da Suprema Corte dos EUA John Marshall Harlan. (Apud ROMANELI e TOMIO, 2017, p. 217)

Caso emblemático e de repercussão no mundo é o da menina Ruby Bridges. Mas, antes de conhecer mais de perto os desfechos da história dessa valente criança, iremos apontar os tortuosos caminhos percorridos pela Suprema Corte dos Estados Unidos para reconhecer os direitos civis de crianças negras a estudarem nas diversas escolas do país, inclusive nas escolas consideradas à época como exclusivas para brancos.

1.1 *Dread Scott versus Sandford* em 1856

Dread Scott foi uma pessoa escravizada que requeria na Suprema Corte a sua liberdade no momento em que, com a morte de seu proprietário, ele e sua esposa foram arrolados como bens no inventário. Entretanto,

Scott alegava em seu favor que, em 1833, fora levado por seu antigo proprietário para o Estado de Ilínois e depois havia vivido em Luisiana, estados em que a escravidão era proibida, e, dessa forma, ele teria adquirido a liberdade (ROMANELI e TOMIO, 2017).

Considerada como uma das mais equivocadas decisões da Suprema Corte Estadunidense, *Dread Scott* e sua esposa não tiveram a sua situação analisada, uma vez que a decisão foi no sentido de que Scott, por ser negro, não era cidadão e por isso não poderia ingressar na Suprema Corte por falta de legitimidade.

1.2 *Plessy versus Ferguson* em 1896

Uma decisão considerada tão equivocada e violenta quanto a anterior foi a do caso de *Plessy versus Ferguson*, que consolidou a doutrina do “Iguais, mas separados”.

Plessy adquiriu um bilhete para a primeira classe de um trem de Nova Orleães para o estado de Luisiana. *Plessy* se acomodou no vagão da primeira classe, onde só havia pessoas brancas, e prontamente foi interpelado pelo segurança para que se retirasse desse vagão e se encaminhasse ao vagão destinado às pessoas negras. *Plessy*, então, apoiado pelo Comitê de Cidadãos contra as Leis Segregacionistas (ROMANELI e TOMIO, 2017), que cirurgicamente planejou essa viagem, levou o caso à Suprema Corte, que, nesse ato, decidiu pela constitucionalidade da doutrina do “Iguais, mas separados”, mantendo negros nos vagões destinados para negros e os brancos nos vagões destinados para brancos, inclusive designando a primeira classe exclusivamente para brancos.

Para compreendermos o âmbito dessa decisão, cabe citarmos um trecho dela²:

² Em outro artigo, publicado por um de nossos autores, discorreu-se com maiores detalhes sobre o caso *Brown versus Board of Education*. Para acesso, consultar: FIGUEIRA, Hector Luiz Martins. MENDONÇA, Gustavo Proença da Silva. *O Caso Brown versus Board of Education e a Segregação Racial nas Escolas Norte-Americanas em Paralelo com o Racismo no Brasil*. Revista Direito em Movimento. V. 18, N.1. p. 159-174, (2020).

Todas as empresas de transporte ferroviário transportando passageiros em seus vagões, neste estado, devem fornecer acomodações iguais, mas separadas, para as raças brancas e coloridas, fornecendo dois ou mais vagões para cada comboio de passageiros, ou repartindo os vagões de passageiros por meio de uma divisória, de modo a garantir acomodações separadas (Luisiana Act n111, p.152, 1980 tradução nossa, **grifo nosso**).

Apesar de a maioria ter decidido pela segregação racial, o voto minoritário do magistrado John Marshall Harlan até hoje é lembrado, por ser uma dissidência democrática e por uma expressão repetida por juristas estadunidenses que diz que a *Constituição é cega quanto à cor* (ROMANELI e TOMIO, 2017).

Retirado de contexto, é fato que tal jargão foi, volta e meia, repetido para impedir que ações afirmativas tomassem forma. A Constituição não deve ser cega quanto à cor quando se trate de estabelecer a igualdade material.

1.3 Brown versus Board of Education of Topeka em 1954

Em 1954, uma decisão notável supera a tese do “Iguais, mas separados”, vigente até então e que prevaleceu na decisão da Suprema Corte anteriormente mencionada. Trata-se do caso *Brown versus Board of Education*. Linda Brown, uma criança de 9 anos de idade, precisava se deslocar por vinte quarteirões para chegar a sua escola, permitida para negros, sendo que ao lado de sua casa havia uma escola dita exclusiva para brancos. Além da distância, era de conhecimento público a precariedade das escolas “exclusivas para negros” e o investimento no ensino e a infraestrutura das escolas ditas para brancos.

O pai de Linda, com o apoio da NAACP - *National Association for the Advancement of Colored People*, uma reconhecida associação que lutava pelos direitos civis para pessoas negras, levou o caso à Justiça, sendo necessário recorrer até a Suprema Corte Estadunidense. Assim foi que, em 1954, a

Suprema Corte reconhece o direito da não segregação das crianças negras, levando por terra a doutrina do “iguais, mas separados”.

Brown *versus* Board of Education of Topeka em 1954 foi a decisão célebre que abriu as portas para que Ruby Bridge pudesse pleitear o seu ingresso na *William Frantz Elementary School*, em Nova Orleães, Luisiana. Neste momento, nos ateremos à história dessa pequena heroína dos direitos civis.

1.4 A Pequena Ruby Bridge e a sua Grande Luta contra a Segregação Racial nos EUA.

Com a decisão favorável a Linda Brown, a Suprema Corte norte-americana orientou que todas as escolas públicas do país interrompessem a segregação racial e permitissem que alunos negros frequentassem salas de aula, que, até então, eram exclusivas para brancos ao redor do país. Nesse sentido, a família da garota Ruby Bridges resolveu matriculá-la em um colégio classificado como “*All White*” na cidade de Nova Orleães. Uma dissidência familiar entre os pais provocou um impasse. O pai era resistente à ideia, mas a mãe disse que a mudança era necessária para uma melhor educação da filha, e também daria um estímulo para um respeito a todas as crianças afro-americanas.

Desse modo, Ruby Bridges se torna um ícone do movimento pelos direitos civis e um símbolo no percurso histórico contra o racismo na história estadunidense. Na obra autobiográfica intitulada “*Through My Eyes*”, ela conta com riqueza de detalhes a trajetória da garota negra de 6 anos de Nova Orleães que preparou o caminho para os passos iniciais em busca de uma integração escolar entre brancos e negros.

Importa situar na quadra histórica que 1954 - ano do nascimento de Ruby - foi o ano em que o Supremo Tribunal dos EUA determinou, com a decisão de Brown *versus* Board of Education of Topeka, o fim do “separados, mas iguais” na educação para crianças. Entretanto, inúmeras escolas no sul do país ignoraram a decisão. Ao estado da Luisiana, foi dado um prazo maior, até o final de setembro de 1960, para promover a

integração nas escolas de Nova Orleães. Iniciaríamos com os Jardins de Infância e iriam integrar um ano escolar de cada vez – provendo a almejada integração. (XAPURI, *online*)

A família de Ruby decidiu lutar por seus direitos, matriculando Ruby no primeiro grau em uma escola essencialmente branca. Pasmem, ela seria a única criança negra lá! E a resistência da população branca foi grande e violenta, com mães na porta da escola gritando e ameaçando uma criança de 6 anos de idade.

A menina compareceu no seu primeiro dia de aula, ao lado de sua mãe e com uma escolta de quatro agentes federais; foi insultada por uma multidão assombrosa de donas de casa e adolescentes enfurecidos. Mães racistas enfurecidas tiraram as suas crianças da escola, alegando que elas só voltariam quando Ruby não estudasse mais naquele local. Ressalta-se que, por todo esse ano letivo, a escola ensinou apenas para cinco alunos, a menina negra e outros quatro estudantes brancos que ali permaneceram. Por tudo isso, temendo algum tipo de violência, seus pais pediram escolta policial para que Ruby pudesse ter garantida a segurança na ida para a escola.

O racismo, que se mostra ainda hoje como estrutural e institucional, não se conteve nas mães brancas enfurecidas; a polícia da cidade se recusou a atender o pedido e alegou que não ajudaria na segurança da garota. Sendo assim, a presença dos oficiais federais foi requerida e, somente assim, a menina pôde caminhar de sua casa até a escola. Assim, para compreendermos o que chamamos aqui de racismo estrutural, valeremo-nos das palavras do ilustre filósofo Silvio Almeida (2018), ao enfatizar que o racismo não está contido em um ato ou um conjunto de atos; também não se resume às práticas institucionais ou ao racismo institucional. O racismo é estrutural, ou, em suas palavras:

O que queremos enfatizar do ponto de vista teórico é que o racismo, como processo histórico e político, cria as condições sociais para que, direta ou indiretamente, grupos racialmente identificados sejam discriminados de forma sistemática. Ain-

da que os indivíduos que cometam atos racistas sejam responsabilizados, o olhar estrutural sobre as relações raciais nos leva a concluir que a responsabilização jurídica não é suficiente para que a sociedade deixe de ser uma máquina produtora de desigualdade social. (ALMEIDA, 2018, p. 39).

É claro que a responsabilização individual é necessária, mas as palavras do professor Silvio Almeida já nos indicam o caminho do porquê, mesmo após tantos anos da consolidação legal dos Direitos Civis nos Estados Unidos, e mesmo após a previsão do racismo como crime inafiançável no Brasil, o racismo seja ainda uma regra social e não uma exceção.

Retomemos a história da nossa pequena heroína. Ao chegar ao colégio, uma aglomeração de pais furiosos protestava contra a presença da menina negra. Injuriavam com ofensas verbais e, até mesmo, ameaçavam a integridade física da família Bridges.

O caso teve grande repercussão, pois quando os pais dos alunos brancos se deram conta de que a inclusão da garota no colégio era inevitável, eles resolveram retirar seus filhos dali. O enredo ainda foi agravado com a recusa dos docentes em partilhar os ensinamentos com a garota. A professora Barbara Henry, na ocasião, foi, de modo singular, a única que se mostrou disposta a ser professora de Ruby e, por tal sopro de esperança, a menina resolveu continuar seus estudos, mesmo com tantas violências.

A excepcionalidade do caso fez com que, durante todo o ano letivo, Ruby fosse ensinada em uma classe exclusiva que só tinha ela como aluna. Nos dias iniciais, foi obrigada a conviver com ameaças de morte, até mesmo por trabalhadores do colégio, que ameaçavam colocar veneno em sua comida. Desse modo, ficou decidido que a garota só poderia consumir alimentos trazidos de casa por ela própria. Uma funcionária chegou ao ponto de depositar uma boneca negra em um caixão de madeira como forma de protesto e intimidação. (GELEDÉS, *online*)

A família de Bridges sofreu demoradamente com todo o sofrimento que envolveu esse processo. Como consequência direta disso, relatos

mostram que seu pai perdeu o emprego e seus avós (que eram meeiros no Mississippi) foram desligados de suas terras. Por outro lado, as comunidades negras adjacentes se fortaleceram na tentativa de ajudar e conseguiram um novo emprego para o pai da menina. Algumas famílias brancas mantiveram seus filhos no colégio, demonstrando solidariedade à menina Ruby e o não ao preconceito.

A despeito dessas pequenas demonstrações de afeto e abrigo, Ruby viveu cotidianamente em contato com o racismo. A rejeição da população branca à sua integração àquela comunidade fez emergir um novo paradigma no direito americano. Religiosamente, em frente à escola, era surpreendida com manifestações contra a sua presença naquele local. Ruby era a imagem da luta contra a hegemonia branca e do racismo sendo enfrentado por uma menina de 6 anos em uma sociedade marcada pela segregação racial escancarada.

Atualmente com 65 anos, Ruby continua a morar em New Orleans, com seu marido Malcolm Hall. No ano de 1999, publicou seu livro *Through my eyes* (Através dos meus olhos), no qual contou suas experiências e vivências. Em 2001, o presidente Bill Clinton concedeu a ela o prêmio civil de *Presidential Citizens Medal*. Na data de 15 de julho de 2011, Ruby encontrou-se com o presidente Barack Obama na Casa Branca, sendo um momento histórico. Ao prestigiarem a obra de Norman Rockwell sobre a experiência da pequena Ruby, *The problem we all live with* (O problema com o qual nós todos vivemos), Obama destacou que, se não fosse por ações como a de Bridges, ele não estaria lá, e ainda declarou: “Nós não estaríamos olhando para isso juntos”. (IDEIAS, *online*)

Acontecimentos mais recentes provam que o racismo é um obstáculo difícil de ser transposto sem uma luta permanente. A existência desse encontro simbólico aponta para as mudanças que se iniciaram há séculos pelos movimentos abolicionistas, pelas organizações de resistência e ações corajosas e reivindicatórias como a de Ruby Bridges e de sua família.

2. A NEGAÇÃO DE DIREITOS E A ILUSÃO DA IGUALDADE RACIAL NO BRASIL

A violência racial contra os negros no Brasil tem seu início por volta de 1550, quando os primeiros navios negreiros aportam com diversos povos africanos para serem escravizados por aqui (FAUSTO, 2006). As pessoas escravizadas eram tidas como objetos e, por esse motivo, eram desprotegidas, sem quaisquer direitos e garantias civis. Era a morte social e a expulsão da humanidade, de acordo com o filósofo camaronês Achille Mbembe:

A condição de escravo resulta da tripla perda: perda de um “lar”, perda de direitos sobre seu corpo e perda de status político. Essa perda tripla equivale a dominação absoluta, alienação ao nascer e morte social (expulsão da humanidade de modo geral). (MBEMBE, 2016, p.131)

Pesquisas e dados históricos apontam que entre 3,5 e 5,5 milhões³ de negros foram trazidos de países africanos para trabalhar de forma escravizada em condições de precariedade e violência absolutas. Pois, ainda com Mbembe, como instrumento de trabalho e como propriedade, o escravo possui um preço e um valor, por isso é mantido vivo “em um mundo espectral de horrores, crueldade e profanidade intensos” (MBEMBE, 2016, p. 131).

Na atualidade, mesmo após mais de um século de aprovação da Lei Áurea, a situação nos mostra que ainda existe um longo caminho a ser percorrido. (FLACSO, 2017).

A sociedade brasileira foi edificada na falsa ideia de igualdade racial, baseada no argumento da miscigenação. Gilberto Freyre (2006) romantiza esse momento da colonização brasileira, centrada na figura contemporizadora do colonizador português e do negro objetificado, sendo esse um dos nossos maiores dramas sociais. Em que pese o grande destaque dado para as reflexões freyreanas, suas teorias seminais são muito criticadas por falarem de uma suposta formação nacional baseada em uma “democracia

3 Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/historiab/trafico-negreiro.htm> Acesso em: 09/10/2020.

racial” existente nas relações entre negros e brancos. Fazemos coro com as análises de Juliana Borges, que nos aponta que “democracia racial e pacifismo formam o arcabouço do mito fundador do nosso país”.⁴ (BORGES, 2018, p.53)

O autor não utiliza o termo “democracia racial” em *Casa Grande e Senzala*, mas descreve relações supostamente amigáveis entre brancos e negros, pautando-se na miscigenação do povo brasileiro, em sua maior parte em consequência de estúpros. Miscigenação que se mostra como um traço incomum em outros países que tiveram escravos de origem africana em sua formação histórica. O autor fala sobre um *sistema de relações de poder* marcante no período colonial, no qual a sociedade patriarcal privilegiava os homens, inclusive no caso de escravismo, pois a mulher negra seria a última na cadeia hierárquica.

De tal modo que o regime aqui instalado fez reverberar em toda a nossa sociedade um sistema econômico escravocrata de exploração sem precedentes na América, e com consequências a longo prazo, que historicamente criam barreiras à entrada das pessoas negras em espaços tradicionalmente ocupados por brancos. A grande falácia difundida por aqui, a da meritocracia, para ser minimamente plausível, teria que primeiro superar as desigualdades estruturais das quais é formada a nossa sociedade. Tal segregação se reverbera em cenários delineados pela violência e pelo direito penal. Pesquisas apontam maior encarceramento da população negra (BORGES, 2018), maior taxa de homicídios de jovens negros, entre outros⁵.

4 Juliana Borges cita Marilena Chauí para nos trazer o conceito de Mito Fundador. Acompanhamos a citação da autora: um mito fundador é aquele que não cessa de encontrar novos meios para exprimir-se, novas linguagens, novos valores e ideias, de tal modo que, quanto mais parece ser outra coisa, tanto mais é a repetição de si mesmo.” (MARILENA CHAÚÍ *apud* BORGES, 2018, p. 53).

5 Outros maiores detalhes acerca da realidade brasileira frente ao racismo são revelados no Mapa da Violência, elaborado pela FLACSO (Faculdade Latino Americana de Ciências Sociais): no ano de 2003, foram cometidos 13.224 HAF (Homicídios por Armas de Fogo) na população branca, e, em 2014, esse número caiu para 9.766, o que representa uma queda de 26,1%. Em contrapartida, o número de vítimas negras em casos de homicídio aumentou de 20.291 para 29.813, um aumento de 46,9%. Isso demonstra que a vitimização negra no país que, em 2003, era de 71,7% (morrem 71,7% mais negros em relação aos brancos), subiu para 158,9% em 2014 (MAPA DA VIOLÊNCIA, 2016).

No Brasil, como ilustração, podemos relembrar o caso de Rafael Braga, que bem representa essa desigualdade de tratamento nas esferas práticas da vida. Na noite de 20 de junho de 2013, em meio aos protestos pelo aumento no preço das passagens no transporte público na cidade do Rio de Janeiro, o jovem negro, catador de latinhas e morador da periferia carioca foi preso por carregar duas garrafas de produto de limpeza na mochila. Os referidos produtos foram considerados, pela polícia, pelo Ministério Público e pela Justiça, possíveis aparatos explosivos, mesmo com a existência de um laudo pericial que atestou a impossibilidade de aqueles produtos serem utilizados como bombas. A atuação das instituições de polícia e judicial presume a culpabilidade de inocentes pela simples cor da pele. Exemplo recente recheou os noticiários pelo teor racista da sentença dada pela juíza Inês Marchalek Zarpelon, da 1ª Vara Criminal de Curitiba:

“Seguramente integrante do grupo criminoso, em **razão da sua raça**, agia de forma extremamente discreta os delitos e o seu comportamento, juntamente com os demais, causavam o desassossego e a desesperança da população, pelo que deve ser valorada negativamente (sic)”. (ONLINE, 2020, s/p)⁶
Grifos nossos

O caso de Rafael Braga, coligado com as declarações racistas descritas em documento oficial pela juíza acima mencionada, demonstra a violência ligada a fatores étnicos no país e revela um racismo institucionalizado e estrutural na sociedade brasileira, conforme os estudos de Silvio Almeida (2018), aos quais já nos referimos. Uma contradição se verifica neste momento em nossa sociedade e em nossas leis. A Constituição Federal e o Código Penal são normas que, ao menos em tese, protegem os cidadãos contra a manifestação de autoritarismos do Estado. Entretanto, uma vez que a discriminação racial é praticada pelas instituições que deveriam proteger as pessoas, estamos diante de um dilema complexo e difícil de ser

⁶ Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2020/08/12/juiza-que-citou-raca-ao-condenar-negro-pede-sinceras-desculpas-e-diz-que-frase-foi-tirada-de-contexto.ghtml> Acesso em 05/10/2020.

pensado. Isso nos mostra que apenas leis não garantem acesso e proteção aos historicamente marginalizados (ALMEIDA, 2018).

O racismo não é uma exclusividade brasileira, mas por aqui ele assume uma roupagem especial quando tratamos de uma população majoritariamente negra ou parda por autodeclaração.⁷ O que Gilberto Freyre registrou no começo do século XX em *Casa Grande & Senzala* (1933), afirmando que as diferenças na escravidão e no tratamento dos negros no Brasil acabaram por diminuir as diferenças raciais se comparado aos Estados Unidos, onde, segundo ele, o cenário era mais violento e segregacionista, não se comprova se olharmos os dados nacionais. Assim, Florestan Fernandes, um dos ferozes críticos da democracia racial de Gilberto Freyre:

Não existe democracia racial efetiva onde o intercâmbio entre indivíduos pertencentes a “raças” distintas começa e termina no plano da tolerância convencionalizada. Esta pode satisfazer às exigências do bom-tom, de um discutível “espírito cristão” e da necessidade prática de “manter cada um no seu lugar”. Contudo, ela não aproxima realmente os homens senão na base da mera coexistência no mesmo espaço social e, onde isso chega a acontecer, da convivência restritiva, regulada por um código que consagra a desigualdade, disfarçando-a e justificando-a acima dos princípios de integração da ordem social democrática” (FERNANDES *apud* SILVA, 2015, s/p).

O racismo, não obstante, se tornou um fenômeno presente não só no Brasil, mas em diversas sociedades com forte estratificação social, em especial das Américas. O preconceito racial não é exclusividade brasileira, visto que, em maior ou menor grau, todos os países colonizadores e colonizados apresentam, em alguma medida, índices de preconceito racial contra negros ou povos originários daqueles locais. Importa destacar que uma ação de preconceito somente é considerada racista quando há uma utilização siste-

7 Segundo a Revista Retratos, seção do site Agência de Notícias IBGE, vinculado ao Governo Federal, no Censo do IBGE de 2016, os autodeclarados pretos ou pardos ainda eram maioria nos índices de analfabetismo e desemprego e obtinham menor renda mensal.

matizada baseada em uma estrutura de poder e dominação contra a etnia da vítima e uma suposta definição de hierarquia das raças, ou mesmo uma superioridade da raça branca. (GOBINEAU, 1816-1882)

3. ENSAIOS SOBRE O RACISMO NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS

Como dito na seção anterior, o racismo, em sua raiz, concretizou-se como parte de uma visão enviesada que explicava a desigualdade entre os seres humanos. Durante muitos anos, especulava-se insidiosamente sobre uma inferioridade moral, intelectual, cultural e psíquica das pessoas escravizadas. Tal fato pretendia justificar os tratamentos diferenciados, bem como a separação espacial e a desigualdade de direitos entre os colonizadores e colonizados (brancos, negros e povos originários). Com o passar dos anos, a desigualdade entre os diferentes foi sendo incipientemente diluída, mas as raízes do pluralismo e da diversidade nunca foram concebidas de forma eficaz.

Atento a isso, é possível aduzir que racismo não se funda somente em uma segregação física – baseada em leis e jurisprudências históricas como as trazidas à baila – de cidadãos de cores desiguais. Ele pode ser também visto na diferença de tratamento, na desigualdade de oportunidade e na hierarquização de gostos e valores estéticos de acordo com a ideia de raça ou de cultura, de modo a inferiorizar sistematicamente características fenotípicas raciais ou culturais (ALMEIDA, 2018). Noutras palavras, o racismo nos dias de hoje pode até não estar explicitamente apoiado na legislação dos países em questão, mas ainda assim persistir na cultura desses locais e em atos institucionais. (GUIMARÃES, 1999, p. 105).

Como é o caso do sistema jurídico brasileiro, que na CRFB de 1988 tipifica e criminaliza o racismo como crime inafiançável no seu art. 5º, inciso XLII⁸, mas usualmente aloca as condutas racistas como injúria racial⁹,

8 Art 5º, XLII, CF – “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

9 Segundo um levantamento feito pela “GloboNews”, do ano de 1988 até ano de 2017, apenas 244 processos de injúria racial e racismo foram finalizados no estado do Rio de Janeiro. Isso demonstra que, apesar de essas

a fim de liberar o pagamento de fiança para aqueles que cometem o tipo penal – já que se trata de conduta mais branda perante o ordenamento (FIGUEIRA e MENDONÇA, 2020). Esse exemplo reforça ainda mais a tese de uma naturalização institucional do racismo no país.

Os EUA, por seu turno, foi o país pioneiro em se edificar como um Estado de Direito e, ao mesmo tempo, a justificar a desigualdade dos indivíduos apenas a partir de suas características intrínsecas. Mais à frente, a resistência da população branca em aceitar a igualdade dos direitos dos antigos escravos promoveu o consentimento de um mandamento racista para explicar a limitação dos direitos dos negros. Quando a ideologia do racismo deixou de ser abertamente aceita, deixou também de ser legal, e o racismo como sistema passou a ser, em alguns pontos, atacado por políticas públicas afirmativas. (GUIMARÃES, 1999).

Podemos propor que o racismo se estabeleceu de uma forma diferente no Brasil. Contemporâneo nas práticas sociais e nos discursos, mas não foi reconhecido de forma explícita pelo sistema jurídico. Mesmo em 1822, com a Independência, e com a implantação de um Estado liberal, buscou-se garantir as liberdades individuais dos senhores – das classes dominantes – e a escravidão. Não obstante, mesmo com a abolição em 1888, as liberdades e os direitos individuais não foram garantidos de forma igualitária na prática social, e apenas em 2012, tivemos a primeira efetiva política de inclusão com a já citada Lei de Cotas. Assim, as práticas de discriminação e de desigualdade continuaram como a regra das relações sociais. (GUIMARÃES, 1999).

O problema do preconceito racial, por anos, parte de duas frentes a serem consideradas: primeiro, é a *segregação informal de pessoas de pele negra*; segundo, temos o *tratamento desigual dos indivíduos perante a lei*, como já exemplificado acima. Essas duas lógicas visualizadas e aplicadas na sociedade brasileira colocam o negro num lugar de suspeição, em especial

práticas serem frequentes em nossa sociedade, ainda não conseguimos solucioná-las e puni-las devidamente, mesmo com as disposições constitucionais do inciso XLIII. Disponível em: <https://www.politize.com.br/artigo-5/criminalizacao-do-racismo/> Acesso em: 05/10/20120.

“suspeição policial”. A desigualdade econômica, associada à cor da pele e à suposta hegemonia de uma branquitude, elevam o preconceito e marginalizam essas populações ainda nos dias de hoje.

É importante destacar que o racismo e suas consequências são uma admirável arma política para governos. Ou, como nos traz Aquila Mbembe (2016, p.128) ao pensar a necropolítica: “A função do racismo é regular a distribuição de morte e tornar possível as funções assassinas do Estado.”

Seja na separação geográfica promovida pelo *Apartheid*, ou pela violência policial e social sofrida pela população negra nos Estados Unidos ou no Brasil, o racismo permanece e resiste devido a uma cultura enraizada nesses locais, bem reforçada por ideologias políticas de ocasião de quem ocupa o poder, como nos governos de Trump e Bolsonaro. Nesse sentido, é o pensamento de Hannah Arendt (1979), em *Origens do Totalitarismo*:

Toda ideologia que se preza é criada, mantida e aperfeiçoada como arma política e não como doutrina teórica. É verdade que, às vezes, como ocorreu no caso do racismo, uma ideologia muda o seu rumo político inicial, mas não se pode imaginar nenhuma delas sem contato imediato com a vida política. Seu aspecto científico é secundário. Resulta da necessidade de proporcionar argumentos aparentemente coesos, e assume características reais, porque seu poder persuasório fascina também a cientistas, desinteressados pela pesquisa propriamente dita e atraídos pela possibilidade de pregar à multidão as novas interpretações da vida e do mundo” (ARENDR, 1979, p. 189).

Ressalta-se que Hannah Arendt descreve, fazendo referência à Europa no início do século XX, que “A ideologia racial [...] acompanhou o desenvolvimento da comunidade das nações europeias, até se transformar em arma que destruiria essas nações”. (ARENDR, 1979, p. 191). Historicamente, o racismo nasce como um fenômeno social em uma perspectiva local, e assim deve ser compreendido, olhando para um lugar e população determinados.

Estando assim situado, o racismo penetra em diversos espaços da sociedade e passa a ocupar diferentes lugares nessas sociedades americanas. Ao pensar sobre esses processos, as variáveis e as consequências, percebe-se que eles podem ser diferentes em cada país, mas é possível inferir que o problema persiste e exige ainda medidas incisivas para o seu combate, sempre com olhos em políticas públicas de igualdade e inserção, como no caso brasileiro das políticas de cotas raciais e sociais para o acesso à universidade pública de qualidade.

Caminhando para o fim, é importante pensar na existência de uma diferença bem marcada na maneira como os EUA e o Brasil administram e mantêm no presente seus passados escravocratas suportados pelo racismo estrutural (ALMEIDA, 2018). Nos dois casos, aboliu-se a prática escravagista, mas persistiram atos humanos e institucionais de racismo. Ressalta-se que, no modelo estadunidense, praticou-se uma segregação escancarada e oficial, com a existência de normas que determinavam, por exemplo, que brancos e negros deveriam ocupar assentos em ônibus e trens de acordo com sua cor de pele. No modelo brasileiro, a segregação posterior à abolição nunca foi explicitamente oficializada, o que promoveu a coexistência diária entre os diferentes, mas também ocasionou a existência de um *racismo subjetivo e perversamente sofisticado*, que muitos brasileiros brancos não estranham e não querem a integração do negro numa sociedade estrategicamente desigual e definida por classes. (FERNANDES, 1978)

Por fim, diante das reflexões aqui expostas, é possível deduzir que o racismo oficial praticado pelos estadunidenses fez com que os negros se organizassem de forma clara e combativa, com os movimentos pelos Direitos Civis da década de 1960, o que foi determinante para a derrubada de determinadas violências institucionais, bem como para a derrubada de leis segregacionistas.

CONCLUSÃO

Pode-se concluir, portanto, que o racismo, no decorrer da formação dessas sociedades, tornou-se estrutural na relação social dos brasileiros e dos norte-americanos, sendo arraigado cada um a seu modo próprio e adaptado conforme as mudanças estruturais vivenciadas por esses países.

Na experiência brasileira, a sociedade rendeu-se à desigualdade e aos costumes do racismo, naturalizando de olhos fechados a morte de milhões de afrodescendentes e a injustiça social, como o caso de Rafael Braga, o da menina negra Ágatha no Complexo do Alemão e o da execução da vereadora Marielle Franco, todos no Rio de Janeiro. A nossa classe de empregadas domésticas em regime de Casa Grande¹⁰, de moradores de periferia e de presidiários possuem cor: a cor negra. E todos os dias são alvejados e negados de serem cidadãos no seu próprio país, convivendo com a necropolítica da modernidade tardia, conforme terminologia cunhada por Mbembe (2016).

Já no modelo norte-americano, após anos de conflitos étnicos, desde a Guerra Civil Americana (1861-1865), enveredando pela luta dos Direitos Civis de 1964, passando pelo caso da menina Ruby Bridges até a emblemática eleição de Barack Obama em 2008, tivemos capítulos de uma história conturbada dessas populações, mas também de conquistas.

Desse modo, Brasil e EUA encaram o racismo a sua maneira. É manifesto que os países ainda têm muito a percorrer para superar um “inimigo invisível” ao Estado, cuja resposta para erradicá-lo parece ser tão incerta e, ao mesmo tempo, tão sublime quanto as palavras que já foram ditas por Nelson Mandela e repetidas pelo ex-presidente Barack Obama na mensagem que foi compartilhada mais de três milhões de vezes no *Twitter* durante os protestos de Charlottesville¹¹: “Ninguém nasce odiando outra pessoa por causa da cor da sua pele, ou pelos seus antecedentes, ou por sua religião”.

10 Aqui se faz referência ao livro de Gilberto Freyre (2006) “Casa Grande e Senzala” e à convivência dentro da casa do senhor do engenho de escravas domésticas e amas de leite.

11 Centenas de homens e mulheres carregando tochas, fazendo saudações nazistas e gritando palavras de ordem contra negros, imigrantes, homossexuais e judeus. Foi a cena - surreal, para muitos observadores - que desfilou aos olhos da pacata cidade universitária de Charlottesville, no estado americano de Virgínia. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-40910927> Acessado em: 05/10/20.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. **Discriminação Racial e Justiça Criminal em São Paulo**. Novos estudos. São Paulo. Nº45, p. 45-63, nov, 1995.

ALMEIDA, Silvio. **O Que é o Racismo Estrutural?** Belo Horizonte: letramento. 2018.

A PEQUENA RUBY BRIDGES E A HISTÓRIA DO RACISMO NOS EUA. (2015) **Geledes**. Disponível em: <<https://www.geledes.org.br/a-pequena-ruby-bridges-e-a-historia-do-racismo-nos-eua/>>. Acessado dia 10/10/2020.

AFRICAN AMERICAN REGISTRY (1966). **Black Panther Party Founded**. Disponível em: <http://www.aaregistry.org/historic_events/view/black-panther-party-founded>. Acessado dia (09/09/2020).

ANISTIA INTERNACIONAL (2016). **Rafael Braga e a seletividade do sistema de justiça criminal**. Disponível em: <<https://anistia.org.br/sobre-rafael-braga-e-seletividade-sistema-de-justica-criminal/>>. Acessado dia 08/09/2020.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. s. l.: 1979.

BORGES, Juliana. **O Que É o Encarceramento em Massa**. Belo Horizonte: Letramento. Justificando, (2018).

CHAVES, Wanderson da Silva. **O Partido dos Panteras Negras**. (2015). Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2237-101X2015000100359&script=sci_arttext&tlng=pt#aff1>. Acessado dia: 05/10/2020.

CINCO NÚMEROS PARA... (2014). Cinco números para entender a desigualdade racial nos EUA. **BBC**. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/08/140817_desigualdade_eua>. Acessado dia: 09/09/2020.

DEFENSORA A FAVOR DE TRAINEE PARA... (2020). Defensora a favor de trainee para negros do Magalu: “nos baseamos em precedentes do STF”. *Época*. Disponível em < <https://epoca.globo.com/economia/defensora-favor-de-trainee-para-negros-do-magalu-nos-baseamos-em-precedentes-do-stf-24691141>. > Acessado dia: 16/10/2020.

FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classe: no limiar de uma nova era**. vol 2. São Paulo: Ática, 1978.

FAUSTO, Boris. **A História do Brasil**. 12ª Edição. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, (2006).

FIGUEIRA, Hector Luiz Martins. MENDONÇA, Gustavo Proença da Silva. **O Caso Brown versus Board of Education e a Segregação Racial nas Escolas Norte-Americanas em Paralelo com o Racismo no Brasil**. *Revista Direito em Movimento*. V. 18, N.1. p. 159-174, (2020).

FLACSO (2017). **Raízes da intolerância – racismo**. 14 mar. 2017. Disponível em: <<http://flacso.org.br/?p=18690>>. Acessado dia 08/09/2020.

FREYRE, Gilberto. **Casa Grande & Senzala: Formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. São Paulo, Global Editora, 2006

GUIMARÃES, A. S. A. (1999). **Combatendo o racismo: Brasil, África do Sul e Estados Unidos**. Southern Education Foundation. Vol. 14, n. 39, pp. 103-117, 1999.

GOBINEAU, Arthur. [1853-55]. **The inequality of human races** (em inglês). Londres: William Heinemann, (1915).

GONZALEZ, Lélia. **Racismo e sexismo na cultura brasileira**. In: SILVA, Luiz Antônio Machado et alii. *Movimentos sociais urbanos, minorias étnicas e outros estudos*. Brasília: ANPOCS, 1983. p. 223-44.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica**. Arte e Ensaios. Revista do PPGAV/EBA/UFRJ, nº 32, (2016).

ROMANELLI, Sandro Luis Tomás Ballande. TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas. **Suprema Corte e segregação racial nos moinhos da Guerra Fria**. Revista Direito GV. V13 N1. (2017).

SILVA, M. L. DE A. M. E. **Casa grande & senzala e o mito da democracia racial**. 39º Encontro Anual da Anpocs, 2015.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Nem preto nem branco, muito pelo contrário: cor e raça na sociabilidade brasileira**. São Paulo: Claro Enigma, 2012a.

SITES CONSULTADOS

BBC BRASIL, <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-40910927>

GELEDES, https://www.geledes.org.br/a-pequena-ruby-bridges-e-a-historia-do-racismo-noseua/?gclid=CjwKCAjwIbr8BRA0EiwAnt4MThN8zH7WeYa3aP0Yx32D26XjZRZJGeBgV8cox2ZzUYHcgeXXLGrMIRoCIiAQAvD_BwE

REVISTA IDEIAS, <https://www.revistaideias.com.br/2019/10/03/quando-ruby-bridges-levantou/>

XAPURI, <https://www.xapuri.info/racismo/ruby-bridges-uma-garotinha-de-nova-orleans-e-a-historia-do-racismo-noseua>