

DIREITO:



Uma autêntica e genuína
ciência autônoma

ADAYLSON WAGNER SOUSA DE VASCONCELOS
(ORGANIZADOR)


Ano 2021

DIREITO:



Uma autêntica e genuína
ciência autônoma

ADAYLSON WAGNER SOUSA DE VASCONCELOS
(ORGANIZADOR)

 **Atena**
Editora
Ano 2021

Editora chefe

Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

Editora executiva

Natalia Oliveira

Assistente editorial

Flávia Roberta Barão

Bibliotecária

Janaina Ramos

Projeto gráfico

Natália Sandrini de Azevedo

Camila Alves de Cremo

Luiza Alves Batista

Maria Alice Pinheiro

Imagens da capa

iStock

Edição de arte

Luiza Alves Batista

2021 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do texto © 2021 Os autores

Copyright da edição © 2021 Atena Editora

Direitos para esta edição cedidos à Atena Editora pelos autores.

Open access publication by Atena Editora



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição *Creative Commons*. Atribuição-Não-Comercial-NãoDerivativos 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores, inclusive não representam necessariamente a posição oficial da Atena Editora. Permitido o *download* da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Todos os manuscritos foram previamente submetidos à avaliação cega pelos pares, membros do Conselho Editorial desta Editora, tendo sido aprovados para a publicação com base em critérios de neutralidade e imparcialidade acadêmica.

A Atena Editora é comprometida em garantir a integridade editorial em todas as etapas do processo de publicação, evitando plágio, dados ou resultados fraudulentos e impedindo que interesses financeiros comprometam os padrões éticos da publicação. Situações suspeitas de má conduta científica serão investigadas sob o mais alto padrão de rigor acadêmico e ético.

Conselho Editorial

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná

Prof. Dr. Américo Junior Nunes da Silva – Universidade do Estado da Bahia

Profª Drª Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa

Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais

Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília

Prof. Dr. Arnaldo Oliveira Souza Júnior – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Carlos Antonio de Souza Moraes – Universidade Federal Fluminense
Prof. Dr. Crisóstomo Lima do Nascimento – Universidade Federal Fluminense
Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa
Prof. Dr. Daniel Richard Sant’Ana – Universidade de Brasília
Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia
Profª Drª Dilma Antunes Silva – Universidade Federal de São Paulo
Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá
Prof. Dr. Elson Ferreira Costa – Universidade do Estado do Pará
Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima
Prof. Dr. Gustavo Henrique Cepolini Ferreira – Universidade Estadual de Montes Claros
Prof. Dr. Humberto Costa – Universidade Federal do Paraná
Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionale delle Figlie de Maria Ausiliatrice
Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira – Universidade Católica do Salvador
Prof. Dr. José Luis Montesillo-Cedillo – Universidad Autónoma del Estado de México
Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
Prof. Dr. Luis Ricardo Fernandes da Costa – Universidade Estadual de Montes Claros
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas
Profª Drª Maria Luzia da Silva Santana – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Miguel Rodrigues Netto – Universidade do Estado de Mato Grosso
Prof. Dr. Pablo Ricardo de Lima Falcão – Universidade de Pernambuco
Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador
Prof. Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
Profª Drª Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti – Universidade Católica do Salvador
Prof. Dr. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Direito: uma autêntica e genuína ciência autônoma

Diagramação: Maria Alice Pinheiro
Correção: Flávia Roberta Barão
Indexação: Gabriel Motomu Teshima
Revisão: Os autores
Organizador: Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D598 Direito: uma autêntica e genuína ciência autônoma /
Organizador Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos. –
Ponta Grossa - PR: Atena, 2021.

Formato: PDF
Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader
Modo de acesso: World Wide Web
Inclui bibliografia
ISBN 978-65-5983-544-7
DOI: <https://doi.org/10.22533/at.ed.447210110>

1. Direito. 2. Leis. I. Vasconcelos, Adaylson Wagner
Sousa de (Organizador). II. Título.

CDD 340

Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

Atena Editora
Ponta Grossa – Paraná – Brasil
Telefone: +55 (42) 3323-5493
www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br

DECLARAÇÃO DOS AUTORES

Os autores desta obra: 1. Atestam não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação ao artigo científico publicado; 2. Declaram que participaram ativamente da construção dos respectivos manuscritos, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do artigo ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final do manuscrito para submissão.; 3. Certificam que os artigos científicos publicados estão completamente isentos de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirmam a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhecem terem informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa; 6. Autorizam a edição da obra, que incluem os registros de ficha catalográfica, ISBN, DOI e demais indexadores, projeto visual e criação de capa, diagramação de miolo, assim como lançamento e divulgação da mesma conforme critérios da Atena Editora.

DECLARAÇÃO DA EDITORA

A Atena Editora declara, para os devidos fins de direito, que: 1. A presente publicação constitui apenas transferência temporária dos direitos autorais, direito sobre a publicação, inclusive não constitui responsabilidade solidária na criação dos manuscritos publicados, nos termos previstos na Lei sobre direitos autorais (Lei 9610/98), no art. 184 do Código penal e no art. 927 do Código Civil; 2. Autoriza e incentiva os autores a assinarem contratos com repositórios institucionais, com fins exclusivos de divulgação da obra, desde que com o devido reconhecimento de autoria e edição e sem qualquer finalidade comercial; 3. Todos os e-book são *open access*, *desta forma* não os comercializa em seu site, sites parceiros, plataformas de *e-commerce*, ou qualquer outro meio virtual ou físico, portanto, está isenta de repasses de direitos autorais aos autores; 4. Todos os membros do conselho editorial são doutores e vinculados a instituições de ensino superior públicas, conforme recomendação da CAPES para obtenção do Qualis livro; 5. Não cede, comercializa ou autoriza a utilização dos nomes e e-mails dos autores, bem como nenhum outro dado dos mesmos, para qualquer finalidade que não o escopo da divulgação desta obra.

APRESENTAÇÃO

Em **DIREITO: UMA AUTÊNTICA E GENUÍNA CIÊNCIA AUTÔNOMA**, coletânea de quinze capítulos que une pesquisadores de diversas instituições, congregamos discussões e temáticas que circundam a grande área do Direito a partir de uma ótica que contempla as mais vastas questões da sociedade.

Temos, no presente volume, três grandes grupos de reflexões que explicitam essas interações. Neles estão debates que circundam estudos em direitos humanos, direito constitucional e políticas públicas; estudos em criminologia e direito penal; além de estudos sobre justiça.

Estudos em direitos humanos, direito constitucional e políticas públicas traz análises sobre direitos humanos, democracia, déficit democrático, constitucionalismo latino-americano, acesso à justiça, liberdade religiosa, livre concorrência, desigualdade, direitos sociais, políticas públicas, cota racial e mulheres.

Em estudos em criminologia e direito penal são verificadas contribuições que versam sobre culpabilidade, tribunal do júri, crime e sonegação fiscal.

No terceiro momento, estudos sobre justiça, temos leituras sobre acesso à justiça, cárcere e mediação judicial.

Assim sendo, convidamos todos os leitores para exercitar diálogos com os estudos aqui contemplados.

Tenham proveitosas leituras!


Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1..... 1

DIREITOS HUMANOS COMO PEDRA ANGULAR DA DEMOCRACIA

Luis Guilherme Costa Berti

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.4472101101>

CAPÍTULO 2..... 14


A DESPOLITIZAÇÃO DA ESFERA PÚBLICA COMO GÊNESE DA PÓS-POLÍTICA: UMA ANÁLISE DA RACIONALIDADE NEOLIBERAL NO CONTEXTO DO DÉFICIT DEMOCRÁTICO EM MOUFFE

Letícia Bauman Novaes

Fernanda Fagundes Veloso Lana

Cynara Silde Mesquita Veloso

Gabriel Huguenin Costa

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.4472101102>


CAPÍTULO 3..... 26

CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: ORIGENS E DESDOBRAMENTOS

Alexandre Almeida Rocha

Paulo César de Lara

Lúcia Helena Borszcz

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.4472101103>

CAPÍTULO 4..... 43

UMA ANÁLISE DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA DOS IMIGRANTES VENEZUELANOS NO BRASIL

Davi José da Silva Campagnolli


 <https://doi.org/10.22533/at.ed.4472101104>

CAPÍTULO 5..... 61

LIBERDADE RELIGIOSA E DISCURSO DE ÓDIO: (RE) LEITURA NECESSÁRIA

Diego dos Reis Braga


Rafaella Marineli Lopes

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.4472101105>

CAPÍTULO 6..... 68

A VERTICALIZAÇÃO DA REVENDA DE COMBUSTÍVEIS E A LIVRE CONCORRÊNCIA

Claudia Gattermann Perin Pollo


 <https://doi.org/10.22533/at.ed.4472101106>

CAPÍTULO 7..... 80

DESIGUALDADE: REALIDADE OU FICÇÃO? SÉRIE BRASILEIRA 3% A LUZ DA RACIONALIDADE EM MAX WEBER E DO DISCURSO RACIONAL EM JÜRGEN HABERMAS

Wellington Martins da Silva


Felipe Nadr El Rafihi

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.4472101107>

CAPÍTULO 8..... 96

OS REFLEXOS DA JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Luis Fernando Corá Martins


 <https://doi.org/10.22533/at.ed.4472101108>

CAPÍTULO 9..... 107

CONSIDERAÇÕES SOBRE A COTA RACIAL PREVISTA NA LEI Nº 12.990/2014

Márcio Augusto Silva Conceição

Maurílio Casas Maia


 <https://doi.org/10.22533/at.ed.4472101109>

CAPÍTULO 10..... 120

OS SABERES DA FLORESTA VIRANDO FULIGEM: SERIAM AS PARTEIRAS BENANDANTI?

Maria Edinalva Sousa de Lima

Lílian Regina Furtado Braga

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.44721011010>

CAPÍTULO 11..... 134

A CULPABILIDADE À LUZ DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Edson Mario Rosa Júnior


 <https://doi.org/10.22533/at.ed.44721011011>

CAPÍTULO 12..... 140

O TRIBUNAL DO JÚRI SOB A ÓTICA DO DIREITO COMPARADO

Andressa Rangel Dinallo


Samara Monayari Magalhães Silva

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.44721011012>

CAPÍTULO 13..... 157

A ILEGITIMIDADE DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO DO TRIBUTO NO CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL

Beatriz Ribeiro Lopes Barbon

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.44721011013>

CAPÍTULO 14..... 170

A CATEGORIA “ACESSO À JUSTIÇA” NO CÁRCERE

Jiulia Estela Heling

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.44721011014>

CAPÍTULO 15..... 179


O PERFIL DO MEDIADOR JUDICIAL PIAUIENSE: UMA ANÁLISE DOCUMENTAL A

PARTIR DO REPOSITÓRIO DE MEDIADORES JUDICIAIS DO CNJ

Anne Heracléia de Brito e Silva

Fabiana Ferreira dos Santos

Rogério Monteles da Costa

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.44721011015>

SOBRE O ORGANIZADOR..... 192

ÍNDICE REMISSIVO..... 193

DIREITOS HUMANOS COMO PEDRA ANGULAR DA DEMOCRACIA

Data de aceite: 21/09/2021

Data de submissão: 06/06/2021

Luis Guilherme Costa Berti

<http://lattes.cnpq.br/2134536791685329>

RESUMO. Apesar de revestido do escopo de proteger e propagar direitos intrínsecos a qualquer ser humano, os Direitos Humanos sustentam o fardo da desconfiança e dúvida. Indagações acerca de sua efetividade, bem como de sua neutralidade prática, maculam seu propósito primeiro. Ante a esse cenário, faz-se oportuno refletir sobre: qual o vínculo correspondente entre Direitos Humanos e Democracia? Para a extração do resultado da pesquisa, fora utilizado o método de pesquisa bibliográfica. O presente estudo também contempla a evolução histórica, haja vista os Direitos Humanos tratarem de frutos de conquistas, assim como definir acerca das dimensões (gerações). A pesquisa detém imensa relevância, visto que se propõe a perscrutar e elucidar a temática, tal como elencar os documentos basilares para a consagração destes direitos.

PALAVRAS - CHAVE: Direitos Humanos, Democracia, Evolução, Dimensões, Tratados.

HUMAN RIGHTS AS THE CORNERSTONE OF DEMOCRACY

ABSTRACT: Despite having the scope of protecting and propagating rights intrinsic

to any human being, human rights bear the burden of mistrust and doubt. Inquiries about its effectiveness, as well as its practical neutrality, tarnish its purpose in the first place. Given this scenario, it is opportune to reflect on: what is the corresponding link between Human Rights and Democracy? For the extraction of the research result, the bibliographic research method was used. The present study also contemplates the historical evolution, given that Human Rights deal with the fruits of conquests, as well as defining the dimensions (generations). The research has immense relevance, as it aims to investigate and elucidate the theme, such as listing the basic documents for the enshrinement of these rights.

KEYWORDS: Human Rights, Democracy, Evolution, Dimensions, Treaties.

1 | INTRODUÇÃO

A princípio, faz-se necessário compreender os Direitos Humanos como expectativa. São edificados no terreno dos ideais. Além disso, trata-se de uma construção inacabada. Sua gênese é incerta. Muito embora, diga respeito a um movimento antigo. Desse modo, faz-se oportuno a análise histórica acerca da temática.

Os Direitos Humanos remontam aos séculos XVI, e principalmente o século XVIII. A 'priori', o iluminismo tem forte impacto no movimento dos Direitos Humanos. Isto é, o propósito de defesa a liberdade, ao progresso, a propositura de Constituição, até mesmo ao

movimento de desvincular a igreja do Estado. A busca dos iluministas era dar vez a razão e destituir um modelo despótico de governo. Portanto, é a maior herança dos iluministas o direito — quase um dever do homem contemporâneo — de duvidar. *A busca pela igualdade perpassa pelo direito de questionar uma supremacia.* Compreende-se que os Direitos Humanos se enraízam também em movimentos como jusnaturalismo, contratualismo e na Revolução Francesa.

Faz-se oportuno trazer à baila o dístico da Revolução Francesa: *Liberdade, Igualdade e Fraternidade.* A partir disso, cada ideal revolucionário alude a uma geração de direitos, segundo adverte a *Teoria Geracional dos Direitos Humanos.*

Além do contexto histórico a positivação dos Direitos Humanos se dá de forma universal, tendo em vista que são direitos inerentes a condição de ser humano. Desse modo, é necessário elencar os documentos que abordam tal temática.

Para que os direitos humanos sejam efetivados são confeccionados Tratados Internacionais e documentos internacionais que se dispõe a garantir a boa convivência e principalmente, por cabo a dignidade humana. Dentre os principais documentos figuram: Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e alguns Pactos Internacionais.

Logo, compreende-se o tema como pauta essencial da configuração da sociedade moderna. Todavia, não há pacificação no que tange as opiniões sobre o assunto. A efetividade dos direitos humanos e a imparcialidade do mesmo é posta em cheque em face da asfixia social, revelada diariamente. Nesse norte, emerge a problemática: qual o vínculo existente entre Direitos Humanos e Democracia? E indo adiante: existiria democracia, caso os direitos de todas as pessoas, não existissem?

Para a construção do trabalho, fora utilizada a pesquisa bibliográfica. Uma pesquisa seleta que se enveredou por entre artigos científicos, doutrinas e as demais obras de ilustres autores.

Posto isto, é compreensível que a robustez da ideia de Direitos Humanos, se dá não apenas por serem considerados universais, ou seja, que independem da etnia, do credo, da nacionalidade ou opção partidária; sobretudo por serem *direitos particulares, intransferíveis e passíveis de lapidação.*

2 | DEMOCRACIA

Afinal, qual é o fator definidor da democracia? É de conhecimento lato que em sua origem etimológica a palavra “*democracia*” detém o significado de “*poder do povo ou governo do povo*”. A Declaração de Viena contém a seguinte assertiva: “a democracia é baseada na vontade livremente expressa do povo para determinar seus próprios sistemas, político, econômico, social, cultural e sua participação completa em todos os aspectos de suas vidas.”

A democracia é o regime defendido por quase todas as correntes de pensamento, todavia, pode ser avaliada por prismas diferentes. Portanto, o eixo da pesquisa se dá por alinhar a democracia com a concepção de direitos humanos. Desse modo, o estudo se propõe a avaliar os efeitos e a relação do referido regime para com os populares. Para Aristóteles a liberdade era “o princípio da prática democrática”. O indivíduo era considerado igual, em razão de seu estado de liberdade. A democracia era destinada à participação e manifestação dos direitos políticos dos cidadãos que compunha a Grécia Antiga. Fazia-se nítido a exclusão — o mal maior da democracia primitiva — as mulheres, estrangeiros e congêneres. A participação na vida política não refletia a vida privada de cada indivíduo.

Nessa toada, há de convir que o debate acerca da democracia não se limita na forma pela qual é concebida, mas o poder de inclusão e de redução das mazelas sociais. Haja vista, o que admoestado por Norberto Bobbio:

...pode-se dizer que, se hoje se deve falar de um desenvolvimento da democracia, ela consiste não tanto [...] na substituição da democracia representativa pela democracia direta, [...] mas na passagem da democracia na esfera política [...] para a democracia na esfera social... (BOBBIO, 1987, p. 155-6).

Grosso modo, faz-se evidente o quão limitativo são as desigualdades, para com a democracia. As desigualdades individuais ameaçam a plenitude da fruição dos direitos políticos.

A democracia diz respeito a contestação e participação na vida social e comunitária. Para o desenvolvimento desse regime, o conjunto mínimo de regras, leis e instituições que, devem ser utilizados como pilar para a edificação democrática.

Nesse sentido, a democracia é tão abrangente que transita entre o regime político, até as esferas sociais e culturais de uma comunidade. Sendo sujeita de aprimoramento, a mesma busca a cooperação e rejeita, definitivamente, o conceito de absolutismo.

Assentado isso, dá-se a seguinte reflexão: qual o vínculo entre democracia e Direitos Humanos, bem como se há a possibilidade de exercitar a democracia, caso os Direitos de todos fossem ignorados?

3 | TEORIA GERACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Segundo estudos apontam a concepção de Direitos do homem fora talhada desde os tempos remotos da civilização, em consonância com o exposto no Código de Hamurábi, a República de Platão, Direitos Romanos, entre outras correntes de pensamento.

Na Idade Média, o direito aliava-se com o divino, dando gênese a uma corrente chamada, jusnaturalismo. Ideia que floresce demasiadamente em terrenos religiosos tal qual o Cristianismo, tendo em seu rol de pensadores Tertuliano e Santo Agostinho, bem como São Tomás de Aquino. Desta concepção do direito natural como de inspiração cristã derivou a tendência permanente no pensamento jusnaturalista de considerar tal direito

como superior ao positivo, pois o direito para existir não depende de estar codificado (BOBBIO, 2004, p. 25- 26).

Logo, compreende-se que os direitos inerentes ao homem é produto de transformação social e individual. Nesse sentido, Norberto Bobbio salienta:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi - e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos - que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (BOBBIO, 2004, p.25).

Assentado isto, ressalta-se que a Teoria Geracional dos Direitos Humanos, diz respeito ao fenômeno de inserção destes direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos. Entende-se que para os direitos de todos são subdivididos em três dimensões. Estas dimensões aludem ao dístico da Revolução Francesa: *liberdade, igualdade e fraternidade*.

Desse modo, os direitos humanos são conceituados pelos seguintes grupos.

1ª Dimensão – Os Direitos Individuais: aludem a premissa de igualdade sob a luz legal. São exemplos destes direitos; direito a vida, a liberdade de expressão, a participação política, a livre manifestação religiosa;

2ª Geração – Os Direitos Coletivos: os direitos sociais, nos quais o sujeito de direito é visto a partir de um enquadramento social, ou seja, analisado em uma situação concreta;

3ª Geração - os Direitos dos Povos ou os Direitos de Solidariedade: os direitos transindividuais, também chamados direitos coletivos e difusos, e que basicamente compreendem os direitos do consumidor e os direitos relacionados à questão ecológica.

Ressalta-se que alguns pensadores acenam para a existência de mais duas gerações: os direitos à democracia e a informação, bem como o direito à paz. Faz-se oportuno lembrar que não há pacificação doutrinária para as novas gerações dado que tais direitos podem ser acoplados nas três gerações supracitadas.

4 | DIGNIDADE HUMANA

Os Direitos Humanos emanam da dignidade da pessoa humana, esta refere-se a um princípio que esmera pelas garantias e necessidades fundamentais de cada pessoa, sendo o princípio máximo do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido Jean-Jacques Rousseau, adverte: “Uma sociedade só é democrática quando ninguém for tão rico que possa comprar alguém e ninguém seja tão pobre que possa se vender a alguém”.

Isto posto, faz-se possível enfatizar que não há democracia — no que tange aos populares portarem o poder —, caso estes não possuam o que é seu por direito: a dignidade humana.

Compreende-se então a dignidade como princípio jurídico tanto quanto necessidade

humana. O último alude ao cultivo e a guarda de valores feito a honra e respeito, sendo então intrínsecos ao ser. Nesse sentido, Kant cunha a ideia do que vem a ser pessoa humana. Sabe-se que em cada ser é enraizado por valores, sendo, portanto, inaceitável para o indivíduo o processo de objetificação. *O homem é o fim em si mesmo.*

Além disso, a dignidade da pessoa humana detém grande importância na hermenêutica jurídica, sendo este o valor em que serve como sustentáculo a fim da edificação da Constituição Cidadã de 1988. Enquanto figura na Constituição a dignidade reveste-se do escopo de ser o vetor condutor de todas as concepções legais, seja no espectro interno ou externo. A inserção da dignidade humana nas Constituições Jurídicas é relativamente contemporânea “apenas ao longo do século XX que o valor humano passou a ser reconhecido nas Constituições Republicanas”. (SARLET, 2001, p.63).

Considera-se um marco jurídico o momento em que a ONU adota tal princípio em seu texto legal “a dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida expressamente nas Constituições, notadamente após ter sido consagrada pela Declaração Universal da ONU de 1948” (SARLET, 2001, p. 63).

Ressalta-se que a noção de *pessoa* advém da Teologia, perpassa a Filosofia e por fim toca o Direito. A passagem da *persona* divina a pessoa humana consiste num processo de secularização. O conceito de pessoa, a ‘*priori*’, fora talhado pelo pensamento de Boécio que define pessoa como o ser mais perfeito da natureza por consistir no modo mais digno de existir. Tal afirmação se dá no elo existente entre Deus e a humanidade, segundo o poeta grego. Nosso conceito moderno de pessoa e dignidade, guarda pensamentos teológicos. A efetiva compreensão do que é pessoa é fundamental para a garantia e fruição da dignidade. Invoco o pensamento de Sófocles que exprimeia, “Muitas são as maravilhas, mas nada é mais maravilhoso do que o ser humano”. *Antígone*, vv. 332.

Nessa esteira, é possível dimensionar a relevância da dignidade dentro de um sistema jurídico e democrático. Ênfase também que a dignidade da pessoa humana reveste-se de caráter absoluto, ou seja, não há como flexibilizar situações em que tal princípio for violado. O ser humano não deve ser objetificado visto que goza do princípio da dignidade. A preservação e a efetivação da dignidade é finalidade última do Direito. Isto posto, transporemos a ideia de SARLET acerca da temática:

Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para a existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta, por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças (2001, p. 59).

Entrementes, a dignidade emerge nos textos jurídicos e legais, seja como pessoa humana, ou seja, como ser humano (Terminologia cunhado na Constituição Alemã) -, destarte, apesar da inserção da dignidade em contextos legais o conceito há de seguir

sem sólida definição. Tal situação assemelha-se com a vivenciada por Santo Agostinho ao refletir acerca do tempo e seu respectivo significado: “se não me perguntam, eu sei; se me perguntam, não sei explicar”. Como fora supramencionado a dignidade humana mantém elementos Teológicos. Para a doutrina judaico-cristã a humanidade era constituída de valores ao passo que os seres perpetuavam-se a imagem e semelhança da Una Divindade (*Imago Dei*). Com a influência estoica e cristã na Idade Média, que São Tomás de Aquino concebe, pela primeira vez, o termo dignidade humana (*dignitas humana*). Para Agostinho, por exemplo, há uma nítida fronteira que segrega os homens e os outros animais, sendo que o último reveste-se de um certo grau de excelência, uma vez podendo exercitar a fé e por extensão trabalhar a moral. Faz-se oportuno explicitar que na filosofia de Agostinho o ser humano como imagem e semelhança, deve ser conservado sob a égide de uma liberdade que contribua para uma vida social e justa e que preserve a dignidade. Na obra, *A Cidade de Deus*, Agostinho estreita a relação do homem para com Deus, como o trecho a seguir expõe:

É com justiça que, no último suplício, em meio das torturas, os injustos e os ímpios choram as perdas dos bens naturais, pois sentem a exata justiça que lhes retira, após haverem desprezado a bondade infinita que lhes deu. Deus, pois, sapientíssimo criador e justíssimo ordenador de todas as naturezas, que na terra estabeleceu o gênero humano para ser lhe o mais belo ornamento, deu aos homens certos bens convenientes a esta vida, quer dizer, a paz temporal, pelo menos a de que nosso destino mortal é capaz, a paz na conservação, integridade e união da espécie, tudo o que é necessário à manutenção ou a recuperação desta paz, como, por exemplo, os elementos na conveniência e no domínio de nossos sentidos, a luz visível, o ar respirável, a água potável e tudo quanto serve para alimentar, cobrir, curar e adornar o corpo, sob a condição, muito justa, por certo, de que todo mortal que fizer uso legítimo desses bens apropriados à paz dos mortais os receberá maiores e melhores, a saber, a paz da imortalidade, acompanhada de glória e de honra próprias da vida eterna, para gozar de Deus e do próximo em Deus. Quem usar indignamente de tais bens perdê-los-á, sem receber os outros. (AGOSTINHO, 2012, p.478)

Na filosofia a dignidade fora lapidada pelo movimento estoico, com enfoque no pensamento do filósofo Cícero que esculpe um sentido igualitário da dignidade para com todos os seres, bem como pelo pensamento de Picco della Mirandola quando admoesta: “a dignidade humana refere-se a um ser não determinável a partir de uma essência eterna que nem mesmo é matéria inerte”, isto é, o autor argumenta que Deus concebe o homem com a potencialidade de atingir todas as qualidades e virtudes atribuídas e imbuídas aos demais seres, desse modo o ser humano faz-se “potencialmente” digno. É imprescindível enfatizar o pensamento kantiano onde é advertido que a dignidade não se reveste de valoração, é um elemento inerente ao homem, sendo, portanto, não precificável, tampouco negociável. Além do elemento que coloca o homem como um ser finalístico, o filósofo propõe a autonomia da vontade, ou seja, a suprema moralidade. A dignidade é um valor

imbuído na essência. Desse modo, transcrevo a célebre sentença de Sócrates: conhece-te a ti mesmo e conhecerás o universo e os deuses. Isto é, o autoconhecer também há de conduzir a dignidade. A dignidade deve ser uma construção.

Posto isto, ressalta-se que a dignidade humana é fator norteador da Constituição Brasileira de 1988, assim como de outras Constituições presente no mundo, e que o reconhecimento do ser humano enquanto digno, extingue a instauração de diversas infrações e delitos contra a honra das pessoas e de povos que impactam toda a humanidade.

Para fins de conclusão, transcrevo o pensamento de Oliveira (2005, p. 25), que analisa os efeitos da violação da dignidade humana:

Nada mais violento que impedir o ser humano de se relacionar com a natureza, com seus semelhantes, com os mais próximos e queridos, consigo mesmo e com Deus. Significa reduzi-lo a um objeto inanimado e morto. Pela participação, ele se torna responsável pelo outro e concria continuamente o mundo, como um jogo de relações, como permanente dialogação.

Nessa esteira, faz-se nítido que qualquer ato que macule ou viole o princípio da dignidade humana gera danosos efeitos sociais. Isto é, a violação desse princípio culmina no processo de “coisificação”, tornando instrumento um indivíduo que se reveste de direitos. Além disso, o conceito de igualdade também é ferido, visto que se faz impossível alguns portarem maior dignidade do que os outros. Portanto, rememoro as palavras de José Afonso da Silva (1998, p. 84-94) que salienta: A dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a ‘priori’, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana.

O princípio traça-se de tamanha importância que a renúncia ou a alienação destes, faz-se impossível. Ao debruçar sobre a essência da terminologia, mais precisamente acerca de sua etimologia, compreendemos de que o termo é oriundo de “*digitas*”, trazendo consigo o significado de nobreza, respeitabilidade e honra. Toda a humanidade porta de forma inerente tal condição. Ao raciocinar acerca da Universalização dos Direitos Humanos, a célebre professora Flávia Piovesan, salienta:

Todo ser humano tem uma dignidade que lhe é inerente, sendo incondicionada, não dependendo de qualquer outro critério, senão ser humano. O valor da dignidade humana se projeta, assim, por todo o sistema internacional de proteção. Todos os tratados internacionais, ainda que assumam a roupagem do Positivismo Jurídico, incorporam o valor da dignidade humana. (PIOVESAN, 2003, p. 188).

Assentado isso, ressalta-se de que a dignidade humana além de ser valor intrínseco de cada ser, faz-se útil como fator norteador e garantidor das Cartas Legais, tal fator há de tocar tanto normativas internas quanto externas.

5 | A DIGNIDADE SE RESTRINGE AOS SERES HUMANOS?

É sabido que para Santo Agostinho, entre outros autores e pensadores, a dignidade é inerente aos homens em função de serem concebidos a imagem e semelhança de Deus. Vale frisar que a Idade Média centralizava a figura divina como o núcleo principal do qual emanava virtudes e poderes, todavia no período moderno, houve uma mudança paradigmática de suma relevância. Nos dias que correm o homem é posto ao centro, culminando com a responsabilização humana para a preservação e garantia de uma eficaz existência. O movimento de Defesa aos Animais com gênese na década de 70, do século XX, fizera com que a ideia de dignidade, bem como a ideia de “*persona*” fossem revisitados e quicá ressignificados. Afinal, argumentar de que os animais revestem-se de direitos fundamentais, tal qual o direito à liberdade e a vida, faz com que elevamos estes seres a condição jurídica de “pessoa”.

Como sustentáculo argumentativo os adeptos dessa corrente afirmam que os animais são detentores de sentidos e sensibilidade, logo não devem ser tratados como seres inanimados. Todavia, a inserção da temática ao universo jurídico, depara-se com inúmeros entraves. Não obstante, o professor inglês Henry S. Salt enfatizava que os animais possuem “qualidades de uma verdadeira personalidade” (SALT, 1900, p. 208) e que os humanos deveriam protegê-los não por piedade, mas por justiça, em reconhecimento dos direitos que eles efetivamente possuem (SALT, 1900, p. 222). Além do mais, o professor Cesare Goretti argumenta que apesar de os animais não serem compreendidos como seres tutelados pela égide jurídica, “nós não podemos negar-lhes o direito mais fundamental e mais humilde de todo ser vivo: o de fugir da dor” (GORETTI, 1928, p. 09).

Tal debate ecoa por longas eras. O filósofo alemão Arthur Schopenhauer advertia que “a compaixão pelos animais, está intimamente ligada a bondade de caráter, e quem é cruel com os animais não pode ser um bom homem”, bem como o ilustre escritor, poeta e ensaísta francês Victor Hugo versava que “primeiro foi necessário civilizar o homem em relação ao próprio homem. Agora é necessário civilizar o homem em relação à natureza e aos animais”. Posto isto, faz-se necessário rememorar a obra de Singer, autor que veementemente defende:

Precisamos de uma mudança muito mais fundamental no modo como pensamos sobre os animais. O primeiro sinal de que isso pode realmente acontecer veio em 2008 na forma de uma votação histórica por uma comissão do Parlamento espanhol, que declarou que um animal poderia ter sua condição jurídica equiparada à de uma pessoa humana dotada de direitos. (SINGER, 2010, p. XXVI).

Assentado isto, ressalta-se que a dignidade estende-se de qualidade inerente para virtude a ser lapidada e posta a cabo pelos seres humanos.

6 | NASCIDOS QUANDO PODEM NASCER — HISTÓRICO DOS DIREITOS HUMANOS

Posto isto, é compreensível que são os direitos humanos resultado de uma edificação social, árdua e contínua. Isto é, os direitos humanos estão “abertos” com o escopo de abrigar novas concepções, ou seja, são direitos progressivos que evoluem em conjunto com a humanidade.

Em razão disso, faz-se oportuno trazer a baila o exposto no artigo 5.^a § 2 da Constituição Federal: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Desse modo, a construção para uma sociedade justa e democrática, perpassa pelas trilhas da internacionalização dos direitos, trocando em miúdos, os Direitos Humanos visam a impetração de um bem-estar comum em toda a extensão terrestre. Posto isto, os direitos humanos são aqueles tipificados em textos internacionais, tanto quanto em normativas internas como os direitos fundamentais que integram o corpo constitucional. Acerca do assunto, Sarlet (2015, p.4) argumenta: “não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado).”

Faz-se oportuno compreender os direitos dado que são parte da vida humana. Afinal, onde está a sociedade está o Direito (*Ubi societas, ubi ius*). É necessário trazer à baila as normativas que ao longo da história revestiram-se de elementos humanitários, propiciando na fabulação das ideias principais dos Direitos Humanos. Posto isto, invoco no presente ensaio a *Carta Magna*, Inglaterra, de 1215. Tal documento emerge com o propósito de minimizar o poder absoluto do Estado, encabeçado pelo monarca João, ou João Sem Terra. Após, o monarca ter infringido costumes e antigas leis da Inglaterra, os populares reivindicam seus direitos e obrigaram o rei assinar a supradita carta normativa. Ressalta-se que este evento é considerado uns dos marcos primeiros da concepção dos direitos humanos, frisa-se que os Direitos Humanos, em qualquer época, têm por escopo a prevenção de sistemas déspotas e atua de modo a ofertar poderes aos populares, sendo pilar fundamental para a edificação de um Estado Democrático de Direito. Ao lançar luz à *Carta Magna*, de 1215, é notável os direitos tipificados e consagrados em seu corpo textual, entre os mais relevantes encontram-se: o direito de todos os cidadãos livres possuírem e herdarem propriedade, sendo vedado o imposto excessivo, culminando no direito das viúvas de possuíam propriedade, assim como lhes entregando o poder de escolha de contrair novo matrimônio. Houve inovações no que tange aos princípios de processos devidos e igualdade perante a lei, bem como o direito da igreja de estar livre da interferência do governo.

No cursar das eras emergiram outros direitos fundamentais. No ano de 1679,

também na Inglaterra, inauguram-se os direitos a “*Habeas Corpus Act*” — diz respeito a garantia judicial com o fito de resguardar a liberdade de locomoção. Tornando-se a fonte inspiradora de todas as outras que surgiram, com o fito primeiro de preservar o rol das liberdades fundamentais. Também em território inglês, ao contar o ano de 1689, nasce a *Bill of Rights*, com extrema importância, findando pela primeira vez o regime de monarquia absoluta, atuando na limitação dos poderes governamentais e concedendo os poderes aos indivíduos. No ano de 1628, a *Petition os Rigths*, sendo um importante avanço democrático, assim como no que tange aos direitos individuais, grosso modo, fora um documento em que fora requerida a observância para com os direitos e liberdades, anteriormente reconhecida na Carta Magna.

No que diz respeito a Constituição Norte Americana de 1787, sabe-se que é o primeiro documento político em que é reconhecida a existência de direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente da crença, sexo, raça ou cultura. Há de se frisar que a Declaração dos EUA, 1776, fora a primeira declaração de direitos fundamentais, em âmbito de contemporâneo.

Isto é, fez-se necessário sustentar sobre o poder, visto que se fez preciso de princípios que guiassem e justificassem o poder dos governantes, a tese do elo entre os monarcas com alguma deidade não gozava mais de aceite. Ainda, sobre a Declaração do Homem e Cidadão, é necessário transcrever o artigo primeiro que ministra: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum”.

Ainda, trago à baila a Constituição do México de 1917, documento pioneiro na inserção dos direitos trabalhistas com status de direitos fundamentais, além figurar em consonância com as liberdades individuais e os direitos políticos. Também, faz-se preciso mencionar a Constituição de Weimar, de 1919, onde fora germinada após a derrota do Império Alemão na Primeira Guerra Mundial, sendo a responsável pela declaração da Alemanha como uma república democrática parlamentar.

Insta salientar que em 10 de dezembro de 1948, época impregnada pelo (pós) guerra, inaugura-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo é discorrido no primeiro artigo: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. São dotadas de razão e de consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

Faz-se oportuno perscrutar acerca do supramencionado artigo. Além de invocar o dístico da Revolução Francesa — Liberdade, Igualdade e Fraternidade, os redatores desse artigo aludem a ideia de que os direitos revestem-se de características naturais, isto é, tal artigo remonta a corrente jusnaturalista que versa que o direito nasce para e com o homem.

Deste modo, a Declaração Universal abarca as principais correntes e sintomas de pensamentos hodiernos, com o fito de estender o horizonte do documento normativo. Posto isto, ressalta-se que os direitos fundamentais que foram conquistados ao cursar das eras

foram contemplados e tipificados na Declaração, haja vista os direitos burgueses (direitos à liberdade, isto é os direitos civis e políticos), dilatando-os a ponto de fazer tais direitos tocarem indivíduos que anteriormente não eram beneficiados, elenca-se como exemplos: vedação à escravidão ou condição análoga a escravo, defende os direitos aos estrangeiros e refugiados, concebe os direitos as mulheres, entre outros. Nessa toada, é sabido que a Declaração contempla também os direitos socialistas (direitos econômicos e sociais), bem como os direitos conquistados pelo cristianismo social (direitos de solidariedade). Este fora o resultado de negociações entre o bloco socialista que preservava pelos direitos econômicos, culturais e o bloco capitalista que tinha como fito maior salvaguardar os direitos civis e políticos.

Trago à baila alguns dos efeitos refletidos no cotidiano, oriundos da inauguração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo os principais:

Universalização: nos dias que correm a grande maioria das nações aderiram a mencionada Declaração. Nota-se que a humanidade caminha para o estágio de cidadania global. No que tange aos dados e estatísticas, salienta-se que a ONU é composta por 193 Estados-Membros, todos signatários da Declaração. Observa-se que o Brasil, fora uma das primeiras nações a ratificar o documento, sendo um dos 48 países que durante a Assembleia de 1948, manifestara a intenção da feitura de tal normativa.

Multiplicação: nas reuniões frequentes, a ONU promovera conferências com o fito de estender o rol de direitos a serem salvaguardados, haja vista: o meio-ambiente, direito à comunicação e imagem, identidade cultural e das minorias.

Diversificação: pontua-se que a pessoa humana — *persona* —, é vista sob o prisma da diversidade, isto é, celebrar e conservar as particularidades intrínsecas de todos os seres. Isto posto, faz-se preciso frisar de que antes de tocar com nossos pés no solo da igualdade, faz-se imprescindível o desbravar da diversidade, ou seja, entender o ser enquanto indivisível e plural. Este diálogo é o trajeto a fim das garantias dos direitos conquistados, como também daqueles que estão por serem fecundados. Portanto, argumento que a igualdade traja-se da condição comum estendida a todos os seres, ao passo que a diversidade é a efetiva imposição do ser, diz respeito a uma condição pessoal, o direito de que todos devem cultivar a própria singularidade. A cultura faz-se bela por ser invariavelmente diversa. Nesse sentido, rememoro Boaventura de Sousa Santos (1997, p. 97), “as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza.”

Assentado isto, faz-se transparente que o melhor regime político a zelar pelos Direitos Humanos é a Democracia. Dado que a democracia visa a desconcentração dos poderes, além de fragmentar e ofertá-los aos populares. Desse modo, compreende-se que não se faz Democracia sem o sustento fundamental dos Direitos aos Homens. O debate acerca do diálogo entre Direitos Humanos e Democracia, nos conduz a ideia de “tolerância democrática”. O presente ensaio visa elucidar que a intolerância é o caminho que conduz

ao despotismo, ao passo que a tolerância — não alude ao fácil aceite ou passividade —, todavia contempla sentidos como os de zelar e fomentar a diferença e a singularidade de todos, bem como o cultivo do respeito ante a dignidade humana presente em cada ser. Por fim, destaco que a tolerância democrática é um ato político, além de ser um gesto garantidor de princípios fundamentais, tal qual a igualdade.

Trago à baila o pensamento de Boaventura Sousa Santos em que expõe que faz-se preciso “lutar pela igualdade sempre as diferenças nos dicreminem. Lutar pela diferença sempre que a igualdade nos descaracterize.” Ainda na perspectiva do célebre autor supramencionado entendemos:

[...] enquanto forem concebidos como direitos humanos universais em abstrato, os Direitos Humanos tenderão a operar como um localismo globalizado, e portanto como uma forma de globalização hegemônica. Para poderem operar como forma de cosmopolitismo insurgente, como globalização contra hegemônica, os Direitos Humanos têm de ser reconceitualizados como interculturais. (Santos, 2003, p. 441-442).

Posto isto, é conclusivo que a democracia é vinculada com a plenitude dos Direitos.

7 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para fins de conclusão, enfatizo serem os Direitos Humanos, solo pelo qual emana a Democracia. Dito isto, retomo que a vivência humana faz com que os direitos germinem e sejam lapidados, portanto, são considerados direitos progressivos, isto é, em franco processo evolutivo.

Além disso, a ideia de pessoa (*persona*) é ofertada a cada indivíduo, afinal, todos os seres humanos são sujeitos de direitos visto que a dignidade é elemento característico de toda a humanidade. Nessa esteira, ressalto também a relevância de temas como a singularidade. Para atingirmos o ideal de igualdade, faz-se preciso pousar na singularidade, isto é, o elemento particular e inerente de cada ser.

O presente ensaio também contempla o histórico e o propósito dos direitos humanos. Percorre-se da Carta Magna, de 1215 até a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Dentre todos os documentos humanísticos, faz-se perceptível que tais direitos nascem com o fito de coibir o poder centralizado. Ante o exposto, transcrevo a frase de Hannah Arendt com a esperança de despertar uma sociedade equânime e justa: “A essência dos Direitos Humanos é o direito a ter direitos”.

Ante o exposto, ressalta-se que para a solidificação de uma plena democracia faz-se preciso a existência dos Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Santo. **A Cidade de Deus**. Tradução de Oscar Paes Leme. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Estado governo sociedade**: para uma teoria geral da política. 2ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

COSTA, Renata. **Como surgiu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão?** Disponível em: <https://novaescola.org.br/conteudo/320/como-surgiu-a-declaracao-dos-direitos-do-homem-e-do-cidadao#> >. Acesso em: <24 jul 2021>.

GORETTI, Cesare. **L'animale quale soggetto di diritto**. Texto policopiado, Università di Padova, 1928.

OLIVEIRA, Pedro A. Ribeiro. **Fé e Política**: fundamentos. São Paulo: Ideias e Letras, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SALT, Henry S. **The rights of animals**. In: *International Journal of Ethics*, v. 10, 1900.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. *Lua Nova*, São Paulo, n.48, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As aproximações e tensões existentes entre os Direitos Humanos e Fundamentais**. *Revista Consultor Jurídico*, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. *Revista de Direito Administrativo*, v. 212, p. 84-94, abr./jun. 1998.

SINGER, Peter. **Libertação animal**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010

A DESPOLITIZAÇÃO DA ESFERA PÚBLICA COMO GÊNESE DA PÓS-POLÍTICA: UMA ANÁLISE DA RACIONALIDADE NEOLIBERAL NO CONTEXTO DO DÉFICIT DEMOCRÁTICO EM MOUFFE

Data de aceite: 21/09/2021

Data da submissão: 15/08/2021

Letícia Bauman Novaes

Universidade Federal do Rio de Janeiro –
UFRJ
Rio de Janeiro/RJ
ID Lattes: 1549505609344735

Fernanda Fagundes Veloso Lana

Universidade Estadual de Montes Claros –
UNIMONTES
Montes Claros/MG
ID Lattes: 9281232467167385

Cynara Silde Mesquita Veloso

Universidade Estadual de Montes Claros –
UNIMONTES
Montes Claros/MG
ID Lattes: 2302007965587293

Gabriel Huguenin Costa

Universidade Federal do Rio de Janeiro –
UFRJ
Rio de Janeiro/RJ
ID Lattes: 5873241288198000

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo estudar o fenômeno da pós-política, através da discussão avançada por Chantal Mouffe (2005, 2009, 2013), como uma das narrativas para o contexto do déficit democrático atual. (*Freedom House* 2020; *Latinobarômetro* 2018; *Banco Mundial*, 2017). Será apresentada uma discussão sobre a democracia como conceito

e a forma com que a sua variante institucional se desenha, e analisados os dados relativos ao recuo dos índices democráticos. O recorte do trabalho será feito a partir da crise financeira de 2008, e como essa advogou para a consolidação do neoliberalismo em uma variável mais acirrada. Como construção da hipótese, discutiremos o neoliberalismo como prática hegemônica sob a ótica da sua racionalidade subjetiva e da lógica do consenso (Mouffe, 2005). Analisar-se-á a forma com que o triunfo do neoliberalismo culmina na despoliticização da esfera pública (Habermas, 1962), por conseguinte especificada a maneira com que a despoliticização é operada e as suas consequências para o exercício democrático. Posteriormente, será apresentada a visão pós-política como evidente fenômeno da prática política atual à luz da moralização do binômio amigo/inimigo (Schmitt, 1992). Por fim, buscar-se-á possíveis respostas para a ascensão de líderes não-democráticos através de eleições regulares, sob a ótica da concretização da insatisfação política.

PALAVRAS - CHAVE: Democracia, Neoliberalismo, Despoliticização, Esfera Pública.

THE DEPOLITICIZATION OF THE PUBLIC SPHERE AS GENESIS OF POST-POLITICS: AN ANALYSIS OF NEOLIBERAL RATIONALITY IN THE CONTEXT OF THE DEMOCRATIC DEFICIT IN MOUFFE

ABSTRACT: The current work aims to analyze the phenomenon of post-politics, through Chantal Mouffe's (2005, 2009, 2013) argument, as one of the possible justification for the current context of

the democratic deficit (*Freedom House* 2020; *Latinobarômetro* 2018; *Banco Mundial*, 2017). A discussion of democracy as a concept and the way in which its institutional variant is design will be presented, after we will analyzing the data on the decline in democratic rankings around the globe, including aspects such as freedom, democracy, electoral participation and political confidence. This paper will work in the timeline of the 2008 financial crises, and how it pleads for the consolidation of neoliberalism in a more fierce variable. To develops the assumption, we will discuss neoliberalism as a hegemonic practice from the perspective of its political governmentality and the consensus model (Mouffe, 2005). We will advance the dissertation analyzing the way in which the triumph of neoliberalism culminates in the depoliticization of the public sphere (Habermas, 1962), therefore we will specify how it strikes and its consequences for the democratic practice. Afterwards, the post-political view will be presented as the phenomenon of current practice according to the moralization friend/enemy binomial (Schmitt, 1992). Finally, we will seeking answers to the rise of non-democratic leaders through regular elections under the accomplishment of a political apathy and dissatisfaction.

KEYWORDS: Democracy, Neoliberalism, Depoliticisation, Public Sphere.

1 | INTRODUÇÃO

As ondas democratizantes se iniciaram com o afastamento evidente do comunismo e o estabelecimento do neoliberalismo como regime não apenas dominante, mas hegemônico ao redor do globo. O processo também incluiu a consolidação de Bretton Woods como instituições monetárias basilares do comércio cada vez mais globalizado.

Ao longo dos anos de 1990 a 2000 a maioria dos países ao redor do globo adotaram a doutrina neoliberal como novo paradigma, e suas diretrizes como o crescimento econômico e a expansão do mercado a nível global ditaram as políticas internas e externas de diversos países.

Importante destacar que por neoliberalismo nos referimos a um processo histórico que transformou o próprio capitalismo e por consequência as sociedades, desta forma, utilizaremos a definição de Wendy Brown (2005) em *Neoliberalism and the end of liberal democracy*, na qual neoliberalismo não é apenas uma política econômica, mas sim uma racionalidade que se expande e dissemina valores econômicos e de mercado para as instituições e até mesmo para a ação individual e social.

Ainda é preciso destacar, nesse sentido, que em relação à racionalidade neoliberal aludimo-nos ao conceito de “governamentalidade” elaborado por Michel Foucault e avançado em referência ao neoliberalismo por Pierre Dardot e Christian Laval (2016) em a nova razão do mundo, que seria um conjunto de atividades de poder exercidas por homens em busca de conduzir as práticas de outros homens a fim de governá-los. Sobremaneira, governar em si seria a capacidade de direcionar a conduta dos governados.

Assinala-se, ainda, que pretende o presente trabalho entender que a prática hegemônica se caracterizaria pela condução política e cultural dos grupos aliados de forma consentida, enquanto o aparelho coercitivo estatal seria o responsável pela condução não

consentida. Dessa forma, a construção da prática hegemônica requer o consentimento passivo de parte efetiva da sociedade quanto a ideais e valores.

Importante pontuar que por esfera pública opta-se o presente trabalho pelo conceito habermasiano (1962, 1991), isso é a esfera pública como “uma arena de debate público em que os assuntos de interesse geral podem ser discutidos e as opiniões podem ser formadas” (Giddens e Sutton, 2015: 219).

Dessa forma, evidencia-se que, em um contexto de despolitização da esfera pública, a forma com que o potencial institucional da democracia, qual seja a democracia representativa liberal, não é capaz de materializar os conceitos essencialmente democráticos, tornando-se um mero procedimento.

Para tanto, em um recorte dos anos após 2008, buscaremos correlacionar a intensificação das práticas neoliberais ao redor do mundo no sentido da austeridade fiscal com o recuo dos índices democráticos, e a forma com que a racionalidade neoliberal influencia o déficit democrático.

Será necessário identificar, assim, os impactos da hegemonia do neoliberalismo através de suas práticas e discursos despolitizantes, quais sejam a lógica do consenso e a emersão da visão pós-política marcada pela moralização do debate e a supressão do político. Ressalte-se que nos basearemos na discussão avançada por Chantal Mouffe (2005, 2009, 2013) em relação a como a política do consenso impulsiona a pós-política.

Para tanto, o esforço é no sentido de investigar as hipóteses: se a racionalidade neoliberal se intensificou após a crise financeira de 2008; se a racionalidade neoliberal como prática hegemônica contribui para a despolitização da esfera pública; se a despolitização da esfera pública neutraliza os possíveis movimentos contra a prática hegemônica; se a despolitização da esfera pública reforça o déficit democrático e se a pós-política leva a uma maior abertura a alternativas autoritárias.

2 | DESENHOS INICIAIS SOBRE A DEMOCRACIA

Destaca-se, nesse âmbito, a Declaração Universal da Democracia, na qual se conceitua que a democracia “destina-se essencialmente a preservar e promover a dignidade e os direitos fundamentais do indivíduo; alcançar a justiça social; e fomentar o desenvolvimento econômico e social da coletividade” (Declaração universal da democracia: resolução A/67/7 da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU).

A democracia representativa liberal é o atual modelo democrático vigente, se apresentando – hegemonicamente – como a variante institucionalizada de democracia. Qualifica-se como o governo de todos através de representante escolhidos por todos, assentando nos mecanismos da igualdade de direito, da liberdade de expressão e do *fair trial*. Ainda em termos de caracterização, tem-se neste modelo “eleição livres, democracia representativa e distribuição igualitária das liberdades individuais” (Brown, 2005: 46).

Norberto Bobbio conforma a ideia semelhante à de abandono da noção clássica de governo do povo que foi substituído pela noção de governo aprovado pelo povo, ao conceber o procedimentalismo como regra para a composição do governo representativo (Bobbio, 1996), definindo a democracia “como a forma de governo caracterizada por um conjunto de regras que permitem a mudança de governantes sem necessidade de usar a violência” (1996: 233).

Uma descaracterização profunda do ideal inicial pode ser identificada na debilidade da democracia em gerenciar seus conflitos internos e a incapacidade de representar múltiplas identidades e agendas (Santos, 2020: 49).

A crise financeira de 2008 trouxe à tona questionamentos sobre o modelo democrático em diversos setores da sociedade. Isto é, além de movimentos progressistas que advogavam pela concretização de melhores das práticas a fim de alargar a democracia, também há de se destacar o regresso da extrema direita, com manifestações autoritárias e explicitamente xenófobas.

“Crises são essenciais para a reprodução do capitalismo. É no desenrolar das crises que as instabilidades capitalistas são confrontadas, remodeladas e reformuladas para criar uma nova versão daquilo que consiste o capitalismo” (Harvey, 2016: 5), e foi exatamente o que se comprovou após 2008. O neoliberalismo, em contrapartida ao seu aparente fim, se radicalizou. “a crise conduziu a seu brutal fortalecimento, na forma de planos de austeridade adotados por Estados cada vez mais ativos na promoção da lógica da concorrência dos mercados financeiros.” (Laval e Dardot, 2016: 12).

Com a crise tomando proporções globais, o neoliberalismo, baseado no corte dos gastos estatais e no apoio a diretrizes pela austeridade, ganhou força ao redor do mundo. À época, a Troika, formada pela aliança entre o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Central Europeu (BCE) e a Comissão Europeia (CE), tomou as rédeas da economia global, passando a ditar as diretrizes para o resgate econômico.

A Grécia, a Irlanda e Portugal foram os países que solicitaram formalmente resgate financeiro à Troika, no entanto, sua orientação ideológica se disseminou pela Europa, tendo, inclusive, a Itália aplicado normas pela austeridade pressionada pelo Banco Central Europeu, e, também, a Espanha que recebeu incentivos dos fundos europeus em propósito de reestruturar a banca.

Na América Latina, o descontentamento com a política era crescente, como consequência da crise econômica teve-se a alta dos preços das *commodities*, o que impôs fim a um período de benesses em termos de políticas sociais. O Brasil, a Argentina, a Colômbia e o Peru ainda tiveram seus governos dragados por escândalos de corrupção. O processo de desgaste político se agravou em 2013, quando diversos países vivenciaram manifestações de rua que representavam o sentimento de indignação que tomava parte expressiva da população.

Debates sobre políticas de ajustamento econômico se espalhavam também neste

lado do equador. Colocava-se em prática medidas em prol de reduzir o déficit fiscal e a dívida governamental em busca de retomar o crescimento econômico. Conforme já elucidado, após a crise de 2008, essa foi a receita das principais instituições liberais para o resgate econômico dos países com dificuldade financeira. Em um artigo publicado pelo próprio FMI em sua revista *Finance and Development*, a conclusão é de que as políticas de austeridade falharam gravemente e de que esse era, desde o início, um “barco furado”.

O Brasil é um dos exemplos de como a política neoliberal advoga para o declínio democrático. Embora não seja o único fator a ser considerado, fato é que, após a crise de 2008, a radicalização das políticas neoliberais, nos governos Dilma Rouseff e Michel Temer, confrontaram valores intrínsecos à ideia clássica de democracia. Assim sendo, o aumentou-se a descrença no sistema como forma de conformar a participação e agenda popular, além de evidenciar a sua concepção meramente procedimentalista e estéril.

Necessário avaliar o declínio da democracia a nível global através deste contexto histórico, para melhor compreender o nível de confiança política cada vez mais baixo, com grave comprometimentos do sistema democrático liberal no na promoção dos direitos fundamentais e diretrizes clássicas da democracia.

3 | DADOS IMPORTANTES SOBRE O DÉFICIT DEMOCRÁTICO GLOBAL

O relatório mais atual da *Freedom House*, intitulado de “uma luta sem líder pela democracia”, demonstra os declínios e os avanços democráticos em escala global. A versão de 2020 indica os declínios democráticos superando seus avanços na última década. (*Freedom House*, 2020, 2). Enquanto 37 países registraram ganhos democráticos, 64 países sofreram retrocessos quando avaliados em suas liberdades civis e seus direitos políticos.

Interessante analisar os relatórios do *Democracy Index* de 2008 juntamente com a atualização de 2019, uma vez que, em 2008 o relatório classificou 30 países como democracias plenas fato que representaria 14,4% da população mundial, já em 2019 esse número cai para 22 países e apenas 5,7% da população mundial. (EIU, 2008a,2019)

Destaque-se como importante sintoma do déficit (de democracias) o declínio nos índices de confiança política e, conseqüentemente, nos índices de participação eleitoral, que tiveram queda significativa a partir dos anos.

Uma queda na assiduidade eleitoral é repercutida na confiança do povo em seu processo eleitoral e em suas instituições. Conforme alertam Stefan Foa e Yasha Mounk (2016), “a vitalidade de uma democracia depende não apenas da crença em valores políticos essenciais como direitos civis, mas também da participação ativa de uma cidadania informada” (2016: 15). A desconfiança da população no sistema eleitoral reflete no desestímulo crescente para a participação eleitoral.

Cabe ressaltar que a situação no Brasil é ainda mais grave. A sensação é de descrença

geral para com instituições chaves para o desenvolvimento do sistema representativo democrático. De acordo com um estudo executado pelo instituto de pesquisa Datafolha em junho de 2018, 67% dos entrevistados afirmaram sua não confiança para com o Congresso Nacional, 64% afirmaram a mesma desconfiança para com a Presidência da República (DATAFOLHA, 2018).

No levantamento do Latinobarômetro¹, na América Latina, em 2008, 59,4% dos entrevistados afirmaram preferir o modelo democrático a qualquer outra forma de governo. No entanto, dez anos depois essa porcentagem cai para 47,8%. No Brasil, a maior queda ocorre após o impeachment de Dilma Rousseff. Em 2015, 54,4% dos entrevistados afirmavam preferirem a democracia a qualquer outra forma de governo, já em 2016, essa porcentagem cai bruscamente para apenas 32,4%.

Desta forma, importante notar que a insatisfação do povo com os rumos que a democracia e seus poderes tomaram é crescente, evidenciando neste caso uma crise na representação política que ocorre nas democracias liberais ao redor do mundo.

4 | O TRIUNFO DO NEOLIBERALISMO

O neoliberalismo requer mais do estado, a desregulação por si só é muito branda, o estado deve advogar pelo mercado, promovendo meios viáveis para a sua expansão, desta forma, as legislações e até mesmo os arranjos institucionais devem prover pelo livre comércio e pela expansão do mercado. Sendo assim, a ideia inicial do liberalismo clássico de que o mercado é um estado natural da sociedade se molda para acrescentar que os meios para evolução desse mercado a nível global devem ser criados artificialmente pela atuação estatal.

O projeto neoliberal não é tão reducionista a ponto de ser apenas um conjunto de práticas econômicas, é preciso que se encare o que Wendy Brown (2005) chamou de racionalidade neoliberal existente neste fenômeno.

Ressalte-se que quando o Estado intervém no mercado a fim de expandi-lo em conformidade com o que preza o comércio internacional, o Estado está, na verdade, submetendo-se ao mercado disponibilizando o seu próprio aparato funcional e este é o aspecto subjetivo do neocapitalismo, a sua capacidade de mercantilizar não só o Estado e suas políticas, mas sim a própria vida daqueles que ali residem, em razão das políticas de Estado e da conformação da vida em sociedade.

A conformação dessa mudança de paradigma torna-se de tamanha relevância a ponto de interferir na atuação da soberania popular, isso porque “a governança não é mais decidida pela vontade soberana dos Estados em nome do bem-estar da população, mas pela competição de mercado em nome da liberalização do comércio” (Esposito, 2014: 147).

¹ Corporação chilena sem fins lucrativos, fundada em 1995, como projeto de distribuição de dados pesquisa a América Latina em diversos campos como a Democracia, as Instituições, a Economia, dentre outros. Disponível em <https://www.latinobarometro.org/latOnline.jsp> Acesso em 03/08/2020

5 | CHANTAL MOUFFE E A LÓGICA DO CONSENSO

Com o término da Guerra Fria a democracia liberal e a economia de mercado passaram a serem vistas como a forma mais capaz de embasar a organização social. É preciso notar que “o ‘fim da história’ também foi declarado como ‘o fim da ideologia’ e até como ‘o fim da política’.” (Swyngedouw e Wilson, 2014: 7) Sendo assim, através de qualquer um dos sentidos de ‘fim’ há uma noção de certeza, de que esse fenômeno se realizaria exatamente dessa forma.

Ocorre que, comprovou-se posteriormente que o “fim da história” não foi efetivamente a superação definitiva de outras narrativas ideológicas, mas tão só a consolidação do neoliberalismo como racionalidade hegemônica.

Neste sentido, porém, Chantal Mouffe (2009) dispõe sobre a necessidade de superarmos como sociedade essa forma ideologicamente hermética, uma vez que o embate político seria essencial para o bom funcionamento democrático:

As práticas de articulação através das quais uma determinada ordem é criada e o significado das instituições sociais é fixo, e são o que chamamos de “práticas hegemônicas”. Toda ordem é a articulação temporária e precária de práticas contingentes. As coisas sempre poderiam ser diferentes e toda ordem é baseada na exclusão de outras possibilidades. É sempre a expressão de uma configuração particular de relações de poder. O que em um dado momento é aceito como a ordem “natural”, juntamente com o senso comum que a acompanha, é o resultado de práticas hegemônicas sedimentadas; nunca é a manifestação de uma objetividade mais profunda que seria exterior às práticas que os trouxe à existência. Toda ordem, portanto, é suscetível de ser desafiada por práticas contra-hegemônicas que tentam desarticulá-la para instalar outra forma de hegemonia. (Mouffe, 2009: 143)

Sendo assim, baseando-se no arcabouço teórico de Mouffe (2005, 2009, 2013), a ‘lógica do consenso’ não é o estado natural da sociedade ou da política, neste sentido compreende-se que existe uma dimensão antagonônica inerente à política e às sociedades.

Desta forma, o confronto de posições política democráticas é requisito essencial para que uma democracia esteja plenamente funcionando. Isso porque, se esse confronto aparentemente não existir há o risco de que a discussão democrática de lugar a um embate entre valores moralizantes ou até mesmo formas essencialistas de identificação. Mouffe (2013: 21) ainda enfatiza que uma sociedade democrática liberal exige que haja a discussão sobre as alternativas possíveis, uma vez que a busca pelo consenso leva à apatia política.

Por esse prisma, o embate acerca dos temas políticos, de alternativas diferentes para o futuro ou até o confronto de princípios éticos não são combustíveis para desestabilização social, mas sim requisitos necessários para o fortalecimento da democracia em si mesma.

No mais, ressalta-se que a lógica do consenso opera importante papel na manutenção da hegemonia neoliberal, é uma das formas de promover a própria racionalidade neoliberal, a busca pelo consenso passa por diversos âmbitos da governança, sejam os assuntos

econômicos até assuntos de direitos humanos. (Mouffe, 2002: 181).

6 | A DESPOLITIZAÇÃO DA ESFERA PÚBLICA

A despolitização da esfera pública seria a transformação desse espaço propício para o próprio processo democrático. Essa forma de despolitização através do economicismo contribui para silenciar as tentativas de repensar a própria organização das práticas econômicas, e atitudes necessárias para romper com ciclos de austeridade e radicalização do capitalismo. (Madra e Adaman). (2013: 692)

A despolitização da esfera pública como projeto para neutralizar as forças insurgentes à lógica hegemônica conta com diversas práticas que aprofundam em menor ou maior parte a desconfiança política nas instituições democráticas e a apatia quanto à participação política.

A racionalidade neoliberal busca, através da lógica do consenso de centro e da narrativa de neutralidade se apresentar como uma “terceira via”. Desse modo, aspirando demonstra-se como a superação dos antagonismos essencialmente ligados ao político, a terceira via atua como suposta alternativa à dicotomia do espectro ideológico – esquerda e direita – quando, em sua realidade, não passa de mera reprodução da concepção hegemônica.

Nesse sentido, consoante ao que propõe a lógica do consenso, interessante notar o desenvolvimento da corrente política a que se costumou chamar terceira via. Na segunda metade de 1990, partidos que se aproximavam do espectro político de esquerda passaram a adotar em suas plataformas eleitorais propostas essencialmente neoliberalista, dito de outra forma, nota-se a adoção de políticas econômicas neoliberais ao lado do incentivo à programas sociais tidos como essenciais. Formou-se, assim, em vista de se consolidar através do pragmatismo eleitoral, uma terceira suposta alternativa que se expressa através do esbatimento das diferenças ideológicas e, por consequência, programáticas.

É de se salientar que referidos caminhos para a despolitização da esfera pública, atuam tanto no campo narrativo do discurso neoliberal, mas adentram, inclusive, a dimensão institucional, haja vista, que efetivamente limitam a autonomia política e o potencial de forças sociais se insurgirem contra a lógica hegemônica. Isso porque, a própria escolha dos eleitores – princípio essencial da democracia – é limitado.

7 | A VISÃO PÓS-POLÍTICA E OS POSSÍVEIS NOVOS CAMINHOS

Mouffe (2009) alertou acerca do esbatimento das diferenças entre as alternativas políticas, o discurso da neutralidade e crescente da lógica do consenso se imbricam com uma visão muito pessimista do futuro da política. É preciso que se reitere que não estamos caminhando em um sentido a tornar o mundo mais unido e pacífico, mas sim dando espaço para uma visão pós-política emergir.

O ponto central é que ao se estabelecer um consenso além do espectro político, qual seja, nem à direita nem à esquerda, mas sim o centro, não mais se permite que os eleitores decidam entre políticas significativamente diferentes e é nesse contexto que os populistas de direitas são capazes de articular o desejo do povo quanto a uma alternativa ao sufocante consenso. (Mouffe, 2005: 66)

Ressalta-se que não quer esse ponto estabelecer o fim da oposição nós/eles, uma vez que, conforme Mouffe (2000a) bem evidenciou, estabeleceríamos por consequência o fim do político. O que se busca demonstrar é que o vazio que a pulverização das fronteiras entre a esquerda e a direita causou foi ocupado de forma não democrática. Conforme defendeu Mouffe (2000a) em “por um modelo agonístico de democracia”.

A política busca a criação da unidade em um contexto de conflitos e diversidade; está sempre ligada à criação de um “nós” em oposição a um “eles”. A novidade da política democrática não é a superação dessa oposição nós-eles – que é uma impossibilidade –, mas o caminho diferente em que ela é estabelecida. O ponto crucial é estabelecer essa discriminação nós/eles de um modo compatível com a democracia. (Mouffe, 2000a: 20)

A moralização do discurso político forneceu os meios necessários para que a identificação social ocorresse em espaços não necessariamente democráticos. A narrativa contra a imoral tornou-se meio de expressar as insatisfações públicas e particulares. O apelo identitário de combater o “mau” e proteger a nação contra os inimigos iminentes é o que move os novos movimentos anti-*establishment* para uma realidade acirrada entre tensões sociais e impossibilidade de diálogo.

8 | OS ELEITOS E OS ELEITORES: A CONCRETIZAÇÃO DA INSATISFAÇÃO POLÍTICA

Cogita-se, dessa forma, quais os caminhos que a democracia representativa liberal tomará em vista do contexto em que se encontram, atualmente, a forma de fazer política, os índices de descrédito democrático e a ascensão do autoritarismo ao redor do mundo.

É certo que os mecanismos de despolitização da esfera pública, através da racionalidade neoliberal, foram mola propulsora para a moralização do binómio essencial do antagonismo político, no entanto há que se pontuar que a grande maioria dos movimentos atuais de contestação ativa encontram na própria população sua legitimidade e ganho político.

A novidade em termos de análise da pesquisa de Foa e Mounk (2016, 2017) é que os índices de desconsolidação não buscam medir o estado da democracia local e globalmente, conforme analisamos no capítulo 3, mas busca estabelecer prognosticamente a durabilidade da democracia como sistema.

O mais recente relatório da *Freedom House* (2020: 18) ressalta essa tendência, em sua última sessão indica que manifestantes ao redor do globo estão buscando algum tipo

de mudança, os desejos, apesar de dispersos, são por igualdade, justiça e liberdade.

A agressividade política ganha o espaço que a despolíticação da esfera pública e a moralização da política não foram capazes de preencher, e é dessa agressividade política que os líderes atuais conseguem se firmar. “É como se tivessem um botão de pânico na mente e esses líderes conseguissem apertá-los, detonando neles o hooligan interno.” (Abranches, 2018: 31)

9 | CONCLUSÃO

O presente trabalho trouxe debates acerca das hipóteses para o déficit democrático atual, para uma melhor compreensão da funcionalidade e as intenções da racionalidade neoliberal no contexto da democracia representativa liberal e a emersão da pós-política através da eliminação do dissenso e da moralização do binômio amigo/inimigo.

Como demonstrado a crise financeira de 2008, as práticas neoliberais foram intensificadas, assim como a racionalidade neoliberal, isso porque o discurso pela austeridade fiscal e pelo ajustamento econômico se disseminou mundialmente como orientação ideológica.

A racionalidade neoliberal não se frustra em conformar a despolíticação da esfera pública. O mecanismo se dá através da eliminação do político por meio da lógica do consenso e de um discurso de neutralidade baseado no tecnicismo e em decisões que seriam pragmaticamente necessárias não sendo passíveis de discussão política.

É importante notar a identificação da despolíticação da esfera pública e a racionalidade neoliberal convivem em harmonia, inclusive sendo a despolíticação responsável pela expansão do neoliberalismo, através do conceito de hegemonia de Gramsci, seria essa neutralização das forças insurgentes responsável pela adesão consensual das políticas, ideias e valores do neoliberalismo.

Não restam dúvidas de que a despolíticação da esfera pública reforçou o déficit democrático na medida em que concretiza a visão pós-política. E, como consequência cria um vácuo que no contexto do déficit democrático, que vem sendo preenchido por alternativas não democráticas que conseguem articular a contestação ativa da insatisfação popular.

Por fim, já em resposta à última hipótese que esse trabalho levantou, a pós-política leva a uma maior abertura a alternativas não democráticas, no sentido em que conforme o essencialmente político e a formação do binômio amigo/inimigo são esvaziados pelas alternativas tradicionais – em relação a “gestão não-partidária” e “decisões não-ideológicas” – dá-se abertura para que movimentos não-democráticos ganhem o apelo identitário por meio de formas de identificação controversas.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio. **Polarização radicalizada e ruptura eleitoral**. In. ABRANCHES, Sérgio. Democracia em risco?: 22 ensaios sobre o Brasil hoje. Companhia das Letras, 2019.

BIANCHI, Alvaro; ALIAGA, Luciana. **Força e consenso como fundamentos do Estado: Pareto e Gramsci**. Revista Brasileira de Ciência Política, n. 5, p. 17-36, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Democracia**, em J.F. Santillán (coord.). Norberto Bobbio: *El Filósofo y la Política*. Fondo de Cultura Económica. México, 1996.

BRASIL. Data Folha: **Grau de Confiança nas Instituições: PO813964, 06 e 07.06.201** . Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2018/06/15/e262facbdfa832a4b9d2d92594ba36eeci.pdf>. Acesso em 20/10/2020

BRASIL. Data Folha: **Intenção de voto presidente 2014 Avaliação das instituições**. Disponível em: http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2013/05/02/int_voto_presidente2014_avaliacao_inst_14122012.pdf Acesso em 20/10/2020

BROWN, Wendy. **Neoliberalism and the end of liberal democracy**. In W. Brown (org). Edgework: Critical Essays on Knowledge and Politics. Princeton University Press.2005

ESPOSITO, Marianna. **Democracy and neoliberalism on the crisis of democratic legitimacy caused by neoliberal transformation**. Soft Power, v. 1, n. 1, p. 147-151, 2014.

FLINDERS, Matthew; WOOD, Matt. **Depoliticisation, governance and the state**. *Policy & Politics*, v. 42, n. 2, p. 135-149, 2014.

FOA, Roberto Stefan; MOUNK, Yascha. **A desconexão democrática**. *Journal of democracy em português*, v. 5, n. 2, 2016.

FOA, Roberto Stefan; MOUNK, Yascha. **Os Sinais de Desconsolidação**. *Journal of democracy em português*, v. 6, n. 1, 2017.

GIDDENS, Anthony; SUTTON, Philip W. **Conceitos essenciais da sociologia**. SciELO-Editora UNESP, 2017.

HABERMAS, Jurgen. **The structural transformation of the public sphere: An inquiry into a category of bourgeois society**. MIT press, 1991.

HARVEY, David. **O Enigma do Capital: e as crises do capitalismo**. Tradução de João Alexandre Peschanski. São Paulo, SP: Boitempo, 2016.

LAVAL, Christian; DARDOT, Pierre. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. São Paulo: Boitempo, 2016.

MADRA, Yahya, M.; ADAMAN, Fikret. **Neoliberal reason and its forms: De-politicisation through economisation**. *Antipode*, v. 46, n. 3, 2014.

MOUFFE, Chantal. **On the Political**. Routledge. Abingdon, 2005.

MOUFFE, Chantal. **The Democratic Paradox**. London: Verso, 2009.

MOUFFE, Chantal. **Agonistics: Thinking the world politically**. Verso Books, 2013.

MOUFFE, Chantal. **Por um modelo agonístico de democracia**. Revista de Sociologia e Política, n. 25, p. 11-23, 2005.

MOUFFE, Chantal. **Democracia em um mundo multipolar** Democracy in a Multipolar World. Revista Publicum, v. 4, p. 142-156| 157-170, 2018.

MOUFFE, Chantal. **Democracy in a multipolar world**. Millennium, v. 37, n. 3, p. 549-561, 2009.

MOUFFE, Chantal. **Sobre o político**. trad. Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

NAÇÕES, Unidas. **Declaração universal da democracia**: resolução A/67/7 da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU, Publicação Interlegis, v. 4, 2012. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/243080> Acesso em: 21/10/2020.

Neoliberalism: Oversold? FINANCE & DEVELOPMENT, EUA, Vol. 53, No. 2, June 2016. Disponível em> <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2016/06/ostry.htm> acesso em 13.07.2020

NEW REPORT: Freedom in the World 2020 finds established democracies are in decline. Freedom House. EUA. Março, 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **La crudele pedagogia del virus**. Lit Edizioni, 2020.

WILSON, Japhy; SWYNGEDOUW, Erik. **The post-political and its discontents**. Edinburgh University Press, 2014.

CAPÍTULO 3

CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: ORIGENS E DESDOBRAMENTOS

Data de aceite: 21/09/2021

Alexandre Almeida Rocha

Professor Adjunto no Departamento de Direito do Estado da Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG)

Paulo César de Lara

Professor Assistente no Departamento de Direito das Relações Sociais na UEPG e Doutorando em Direito Constitucional na UNIBRASIL

Lúcia Helena Borszcz

Acadêmica no 5º Ano de Direito na UEPG e pesquisadora de iniciação científica no biênio 2019-2020

RESUMO: Como hipótese de pesquisa, busca-se a resposta à questão da existência ou não de originalidade e ineditismo do chamado “novo constitucionalismo latino-americano”, no cenário geral do constitucionalismo, a partir da análise das origens do constitucionalismo pluralista latino-americano e de que maneira esta nova forma tem lugar no rol de manifestações do sujeito constitucional e em muito pode colaborar para uma nova compreensão do mundo, do homem e da natureza. O objeto de estudo é perceber e demonstrar como aos poucos, o continente formado por uma vultosa miscigenação de povos, foi gestando projetos constitucionais próprios, absolutamente inéditos e originais em diversos aspectos. Neste sentido, a construção de uma sociedade que mudasse radicalmente

a sua concepção de mundo, da humanidade, de direitos e de como o ser humano deve viver e conviver com a natureza, acabou aos poucos refletindo-se entre os Países que viveram estas mesmas experiências de submissão colonial, até se criar uma base comum de valores compartilhados e que apontam para algo novo e belo a ser objeto de estudo e compreensão, então denominado pelos estudiosos como “novo constitucionalismo latino-americano”. O método de pesquisa é o hipotético-dedutivo, a técnica de pesquisa é a bibliográfica e estudos de direito comparado e historiografia.

PALAVRAS - CHAVE: Constitucionalismo. Latino. Americano. Origens. Natureza.

ABSTRACT: As a research hypothesis, it seeks to answer the question of the existence or not of originality and novelty of the so-called “new Latin American constitutionalism”, in the general scenario of constitutionalism, based on the analysis of the origins of Latin American pluralist constitutionalism and of how this new form takes place in the list of manifestations of the constitutional subject and can greatly contribute to a new understanding of the world, man and nature. The object of study is to perceive and demonstrate how little by little, the continent formed by a large miscegenation of peoples, was gestating its own constitutional projects, absolutely unprecedented and original in several aspects. In this sense, the construction of a society that radically changed its conception of the world, humanity, rights and how human beings should live and coexist with nature, ended up little by little reflected among the countries that

lived these same experiences. from colonial submission, to the creation of a common base of shared values that point to something new and beautiful to be studied and understood, then termed by scholars as “new Latin American constitutionalism”. The research method is hypothetical-deductive, the research technique is bibliographical and comparative law studies and historiography.

KEYWORDS: Constitutionalism. Latin. American. Origins. Nature.

1 | INTRODUÇÃO

O texto transita entre os movimentos libertários que precederam a garantia das primeiras constituições da América-latina. Neste sentido será analisada a situação constitucional do Chile, da Venezuela, da Bolívia, da Colômbia e certos aspectos do Brasil, desde as origens dos tempos revolucionários até a auto-organização para elaborar as Constituições.

Num segundo momento, analisa-se o constitucionalismo latino-americano na esfera internacional, os elementos em comum entre as Constituições, sistematizar as diferenças e semelhanças nos pontos essenciais, a comparação entre os textos da América e da Europa e observar a grande diferença de visões de mundo.

Num terceiro momento observa-se a transformação cultural do constitucionalismo, demonstra-se que antes não haviam estes institutos e conceitos e esta visão de mundo que entrelaça os diversos textos constitucionais com os textos anteriores, os quais não contemplavam a enorme quantidade de direitos que estas comunidades tinham e têm.

Pode-se finalmente afirmar que há sim um novo momento na história do constitucionalismo que parte de uma concepção antropológica do ser humano muito diferenciada, pois baseada num novo paradigma inédito, o paradigma eco-social, mas combinado no plano constitucional. Por certo não é a resposta definitiva, mas sim a primeira e grande pergunta qualificada ao homem deste tempo, que tipo de vida deseja ter e por quanto tempo, o constitucionalismo latino americano que se assenta no paradigma eco-social, uma nova e desafiante forma de ser e viver. A questão é isto será possível sair do papel e se encarnar na vida dos homens?

Quando se faz referência à modernidade, quase que de imediato vem à tona a ideia da afirmação do continente europeu como centro da história cosmopolita. Neste contexto, a ordem mundial, consagrada com a fundação dos Estados Nacionais, trouxe um suntuoso processo de ocultamento do diferente, ou seja, daquele que não comungava dos ditos valores “civilizados”, é o “ocultamento do outro” (DUSSEL, 1993).

Entretanto, no contexto da América Latina, Estados Nacionais, em sua maioria, são oriundos de um processo de independência, liderado pelas então elites que, pouco modificaram significativamente nos primeiros momentos após a emancipação formal dos países. Se armas e tropas imperialistas deixaram as colônias, os interesses, negociatas e planos ocultos das antigas metrópoles não as acompanharam. Se perderam territórios e

riquezas de um lado, de outro mantiveram outros privilégios ou gestaram formas indiretas de continuar se locupletando das riquezas das ex-Colônias. A Inglaterra fortaleceu seu sistema bancário com dinheiro para investir nas mesmas antigas colônias sempre com contratos que lhes eram extremamente favoráveis além de manter certas Colônias até os dias atuais devido a sua poderosa armada naval.

A Espanha continuou com sua frota encastelando-se nas riquezas subtraídas e nunca devolvidas aos povos subjulgados, dando-se o mesmo com Portugal numa estranha história de emancipação no caso brasileiro, em que a mesma casa Real da Metrópole continuou reinando através da descendência do Imperador após a declaração de Independência do Brasil e até hoje se retira dinheiro dos cofres públicos para subsidiar os gastos dos descendentes da família real¹.

O laudêmio² (2,5%), conhecido em Petrópolis como “imposto do príncipe”, estabelece uma taxa a ser paga aos descendentes de antigos proprietários de terra, os foreiros, no caso da venda do imóvel sobre o valor de mercado à Companhia Imobiliária de Petrópolis, entidade administrada pelos descendentes de Dom Pedro II. Sem pagar o laudêmio, não recebem a Escritura.

A própria perspectiva de Estado Nacional almejada, pressupunha um ideal uniformizado, em consonância com os ditames europeus, inclusive com a pauta liberal-burguesa. Diz-se, portanto, que a colonialidade³ é um fenômeno que se desenrola paralelamente às fronteiras nacionais e históricas e se sustenta mediante a reprodução das instituições de dominação, tanto sob o seu viés econômico, quanto histórico e cultural; foi, por assim dizer, a força motriz das relações de poder vigentes no contexto mundial, não sendo a reiligão menos relevante neste processo de invasão em que se irmanaram a cruz e a espada, cujos efeitos continuam arraigados na contemporaneidade.

Com vistas à mudar esta realidade, surgem os novos movimentos constitucionalistas, como exemplo o neoconstitucionalismo, cujo norte é a realização dos direitos fundamentais; mas mais especificamente o constitucionalismo Latino-Americano, por alguns designado de “novo”. Aqui se dá o primeiro e mais profundo recorte do objeto de estudo, a temática

1 BBC NEWS. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/videos_e_fotos/2014/11/141126_laudemio_vale_este_lgb. Acesso em 02.07.2021. Segundo a notícia da BB NEWS: “Um projeto de lei quer acabar com uma taxa até hoje paga por quem vende um imóvel no centro da cidade de Petrópolis, na região serrana do Rio de Janeiro, a herdeiros da antiga família real. Petrópolis, também conhecida como cidade imperial, era o refúgio dos membros da monarquia brasileira durante o verão. O pagamento do chamado laudêmio (2,5% sobre o preço de mercado do imóvel) tem de ser feito à vista à Companhia Imobiliária de Petrópolis, entidade administrada pelos descendentes de Dom Pedro 2º. Caso contrário, o comprador – quem, na prática, acaba desembolsando o valor - não recebe a escritura. Opositores da taxa afirmam que o laudêmio eleva o preço dos imóveis e afasta investimentos da cidade. Ironicamente, a taxa é conhecida na cidade como “imposto do príncipe”. No ano passado, segundo um representante dos herdeiros, as receitas provenientes do laudêmio totalizaram R\$ 4 milhões, divididos entre cerca de dez integrantes da antiga família real.”

2 MORAES, Roberto Souza. O laudêmio de Petrópolis. Disponível em: <https://robertomoraes.jusbrasil.com.br/noticias/661683409/o-laudemio-de-petropolis>. Acesso em: 02.07.2021.

3 Há uma discussão a respeito da forma verbal mais correta para se referir ao fenômeno. Segundo SANTOS (2018) o “decolonial” seria a contraposição à “colonialidade”, enquanto o descolonial seria uma contraposição ao “colonialismo”, já que o termo “descolonización” é utilizado para se referir ao processo histórico de ascensão dos Estados-nação após terem fim as administrações coloniais (...). **Castro Gómez e Grosfoguel (2007)** e **Walsh (2009)**. O que estes autores afirmam é que mesmo com a descolonização, permanece a colonialidade.

da origem do constitucionalismo latino-americano.

As Américas do Sul, em especial, eram e são uma sociedade multicultural; pluralista. E uma das maneiras de ver e sentir o lugar e o papel do homem neste cenário é justamente a dimensão de pluralismo agregada e qualificada do tema voltada para uma visão que liga o destino dos homens e da natureza, esta forma de constitucionalismo ganha grande relevância e traz um grande desafio nunca antes visto e por fim, a construção de uma identidade cultural e política, jurídica e humanista totalmente diversas das estruturas de qualquer outro país do mundo. Este constitucionalismo como fato social, pressupõe a convivência de diferentes identidades culturais.

O método de pesquisa é o hipotético-dedutivo, a técnica de pesquisa é a bibliográfica e estudos de direito comparado. Como hipótese de pesquisa, busca-se demonstrar que o Constitucionalismo pluralista tem lugar neste rol de manifestações no âmbito da globalização.

2 | DOS MOVIMENTOS LIBERTÁRIOS E AS PRIMEIRAS CONSTITUIÇÕES DA AMÉRICA LATINA

Primeiramente é necessário deixar claro que as insurreições na América Latina iniciadas na segunda metade do século XIX, não partiram de movimentos populares ou reivindicações de classes, foi uma revolta das elites crioulas, que cansados de serem pressionados pela estrutura da metrópole de arrecadação de riquezas, resolveram dar uma basta neste processo vendo única saída a insurreição. Nas décadas de 80 e 90 do século XX, os movimentos sociais insurgentes, cujo principal escopo foi o rompimento com o **status quo**, culminaram com o surgimento de um “novo” constitucionalismo na América Latina, afastando-se em definitivo dos formatos e valores do constitucionalismo clássico europeu, acrescido de significativos avanços, sobretudo quanto ao pluralismo cultural e multiétnico, inclusão social, participação política e proteção ambiental.

É importante também deixar em evidência que este fenômeno político jurídico se deu nos países da Bolívia, Equador, Venezuela e Colômbia numa certa medida, mas não atingiu todos os países do continente e não houve as estas alterações nos demais textos constitucionais, mas é inegável a grande influência que vem exercendo e seduzindo os constitucionalistas com a profundidade dos valores incrustados nos textos constitucionais das nações limítrofes. Também não se pode esquecer o forte estado de crise em que estas Constituições tão moralmente elevadas acima de qualquer padrão antes visto como o cuidado com o bem estar, o “bem viver”. Está sendo um grande teste de resistência para ao final se revelarem as almas dos povos e a resultante de todas estas forças combinadas.

Esquadrinha-se um desenvolvimento sustentável com vistas ao equilíbrio do uso dos recursos econômicos e ambientais e a valorização da diversidade histórico-cultural em favor de um modelo socioeconômico voltado a uma melhor qualidade de vida: o *bien*

vivir, ou *sumak kawsay* (Equador) e *suma qamana* (Bolívia) Estes termos de viver bem ou do bem viver indicam um novo paradigma, um novo viver (FUSCALDO e URQUIDI, 2015). Consta da Constituição da Bolívia⁴ *in verbis*:

Artigo) 8. I. O Estado assume e promove como **princípios ético-morais da sociedade plural**: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (não seja preguiçoso, não seja mentiroso nem seja ladrão), suma qamaña (viva bem), ñandereko (vida harmoniosa), teko kavi (vida boa), ivi maraei (terra sem mal) e qhapaj ñan (modo de vida nobre (BOLÍVIA, 2008, tradução nossa)⁵

Igualmente, consta do Preâmbulo da Constituição do Equador⁶ que:

Decidimos construir uma nova forma de convivência cidadã, na diversidade e harmonia com a natureza, **para alcançar o bem viver**, o *sumak kawsay*; Uma sociedade que respeita, em todas as suas dimensões, a dignidade das pessoas e das comunidades;⁷ (ECUADOR, 2008, tradução nossa)

A isto, acrescente-se a intervenção do Estado no âmbito econômico, dissonante ao modelo neoliberal aventado pelas organizações econômicas internacionais, pelo capital estrangeiro, bem como pelas classes historicamente dominantes, conforme mencionado por Barborsa et. al. (2017, p. 1128-1129) uma vez que estas Constituições foram convocadas por plebiscito, e com participação de vários grupos sociais, o que inexistiu nos textos constitucionais anteriores demonstrando assim maior participação popular que os textos anteriores.

Foram acrescentados o referendo, plebiscito, iniciativa legislativa popular e revogatória de mandato de todos os cargos públicos, incluindo o de Presidente da República. Hugo Chávez em 2004 enfrentou um processo revogatória (BRANDÃO, 2015) e Evo Morales foi o segundo em 2008, tendo ambos saído vitoriosos no processo eleitoral e sendo mantidos em seus cargos. Trata-se de um constitucionalismo experimental (SANTOS, 2007) surgido a partir da busca de processos de participação que legitimem o exercício do poder político pelo do poder constituído com características bem próprias.

Segundo WolKmer (2001, p. 399) a forte característica das Constituições latino-americanas é a multietnicidade e multiculturalidade, o que as distingue dos textos do velho mundo, ao instituir conceitos importantes como pluralidade de culturas, línguas e etnias trazendo aspectos como (i) a autonomia dos povos, algo independente dos governos centrais; (ii) descentralização, ante o deslocamento das esferas decisórias; (iii) participação, principalmente de grupos minoritários; (iv) localismo, em detrimento aos centros decisórios

4 BOLÍVIA. Constituição. Disponível em: https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_bolivia_1001.pdf Acesso em 02.07.2021.

5 “Artículo 8. I. El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (**vivir bien**), ñandereko (**vida armoniosa**), teko kavi (**vida bue**), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble)”

6 ECUADOR. Constitución. Disponível em: https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_ecuador_6002.pdf . Acesso em 02.07.2021.

7 “Decidimos construir Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*; Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades;

centrais; (v) diversidade; por fim a (vi) tolerância entre os vários grupos coexistentes.

Segundo Santos (2010, *apud* WOLKMER, p. 81), a ideia de plurinacionalidade⁸ é perpassada pelo reconhecimento de direitos coletivos que considerados sob o enfoque dos direitos individuais são ineficazes para a proteção de sua identidade cultural combatendo a discriminação, aludindo a Estados plurinacionais como o Canadá, a Bélgica, a Suíça, a Nigéria, a Nova Zelândia, por exemplo. Assinala que a Nação coexiste com as Nações culturais dentro de um mesmo espaço geopolítico, num mesmo Estado. Além disso, reconhecer a plurinacionalidade traz consigo a noção de autogoverno e autodeterminação, mas, não necessariamente a ideia de independência.

Com efeito, o fenômeno do pluralismo jurídico já era existente na Europa medieval, com a pulverização do poder. Em contrapartida com a experiência europeia, o pluralismo na América Latina se dá de forma independente do poder estatal, contrapondo-se ao monismo jurídico, no qual se centra o poder no Estado, de onde emanam os textos legais que dão suporte a determinada nação (LAURINDO, 2006, p. 33). Mas, em que pese a autonomia das comunidades, tem-se que as mesmas necessitam da intervenção estatal para a concretização de seus direitos, posto que, uma vez petrificados tornam-se legítimos para a persecução de seus propósitos (LEAL, 2017, p. 314).

Nas palavras de Wolkmer (2001) este paradigma de pluralismo jurídico caracteriza-se pelo projeto de alteridade para o espaço geopolítico latino-americano e possui cinco características que lhe conferem originalidade como tal e sugerem o período de transição: a) legitimação de novos sujeitos sociais; b) fundamentação na justa satisfação das necessidades humanas; c) democratização e descentralização de um espaço participativo; d) pedagógica em favor da ética da alteridade; e) consolidação de processos conducentes a uma racionalidade emancipatória.

Parte deste movimento também advém de uma **tendência “fragmentária”** das constituições, principalmente a viabilidade prática, já que possuem altos níveis de normas materiais cujo principal escopo é condicionar a atividade estatal. Parte deste fenômeno é a análise da dimensão positiva que as constituições adquirem na proteção de seus direitos fundamentais, pela vontade democrática e vontade constituinte. Quanto ao alcance popular, tem-se a paulatina retirada de fatores prolixos dentro da constituição, exemplo disso é que na constituição da Bolívia, em seus artigos 125 e seguintes, **o latim usado em expressões tradicionais como *habeas corpus*, ou *habeas data* foi trocado por “*acción de libertad*” e “*acción de protección de privacidad*”, tudo com vistas ao acesso popular.**

Demais disso, estas tendências comuns ao novo constitucionalismo latino-americano

8 Na íntegra: “En el lenguaje de los derechos humanos, la plurinacionalidad implica el reconocimiento de derechos colectivos de los grupos sociales en situaciones en que los derechos individuales de las personas que los integran resultan ineficaces para garantizar el reconocimiento y la persistencia de su identidad cultural o el fin de la discriminación social de que son víctimas. Como lo demuestra la existencia de varios Estados plurinacionales (Canadá, Bélgica, Suiza, Nigeria, Nueva Zelanda, etc.), la nación cívica puede coexistir con varias naciones culturales dentro del mismo espacio geopolítico, del mismo Estado. El reconocimiento de la plurinacionalidad conlleva la noción de autogobierno y autodeterminación, pero no necesariamente la idea de independencia. (SANTOS, 2010, p. 81 *apud* WOLKMER)”.

não são fenômenos isolados. A sua edificação material, e, posteriormente formal, adveio também das relações travadas **entre os Estados latino-americanos**, sobretudo na recepção de **tratados e convênios internacionais** no âmbito dos **direitos humanos**. É o que se verifica, a título exemplificativo, nas seguintes cartas: Constituição da República de Honduras, Constituição Política da República da Nicarágua, Constituição da Nação Argentina, Constituição Política do Estado da Bolívia, Constituição Política da República do Chile, Constituição Bolivariana da Venezuela, Constituição Política do Paraguai e também na Constituição Política da República do Equador (SARLET, 2009).

3 | CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO E A ESFERA INTERNACIONAL

Portanto, impende destacar que o processo de estruturação do **novo constitucionalismo latino-americano** pela via das **junções internacionais** não é um **fenômeno hodierno**. A virada descolonial da América Latina tem seu primeiro momento com os movimentos de **libertação das metrópoles**.

Duas grandes figuras históricas demonstraram as **particularidades deste fenômeno**. Simón Bolívar já no século XIX com o ideal de uma **união continental**, com vistas a uma independência a seus povos; e **José Martí**, o qual advogou a ideia de uma **“pátria grande”** de um viés **anti-imperialista**.

E no século XX Com efeito, Che Guevara, o grande símbolo revolucionário, apresenta reflexões com vistas à libertação de todo o continente; inclusive com a reafirmação do poder por meio da organização popular na guerra de guerrilhas. Para além da experiência cubana, tem-se no Chile, entre 1970 a 1973 uma insurgência revolucionária, frustrada com o golpe imperialista. Na Nicarágua, como uma junção de ambos os ciclos revolucionários anteriores, surge a revolta armada com democracia popular. No México, em Chiapas, os zapatistas, inauguram um novo modelo de movimento insurgente e, finalmente, na **Venezuela, Bolívia e Equador**, com o dito “socialismo do século XXI”, tem-se edições de novas Constituições como grandes marcos do estado moderno (PAZELLO, 2016, p. 235-236.).

4 | A TRANSFORMAÇÃO CULTURAL DO CONSTITUCIONALISMO

Por outro giro, a descolonização também diz respeito ao aspecto cultural e intelectual uníssona à grande difusão das teorias marxistas e a sua insurgência na América Latina, fenômeno este dotado de particularidades, entre elas as contribuições advindas da historicidade do direito e a impossibilidade de uniformização das normas jurídicas, como espécie gênero de organização política. Disto, se depreende que os movimentos sociais são os novos protagonistas.

Para tanto, dada a nova ordem mundial, falar-se em movimentos sociais acaba

distante daquilo inicialmente visto no começo do século XX com as ditas revoluções operárias. Em suma síntese, a força propulsora desse novo arranjo constitucional foi a crise do sistema neoliberal e o inconformismo das massas periféricas, historicamente marginalizadas, descortinando, desta forma o “outro”.

Deste modo, em alguns Estados, também atrelado à onda constitucional que se está a analisar, o novo constitucionalismo reforça o ideal democrático e também a participação popular. Em outros, as novas Constituições passaram a abordar questões regionalistas e ancestrais, próprias dos povos indígenas e de sua cultura, o que acaba por despontar com as ideias constitucionais metropolitanas outrora instituídas (LAURINO, 2016, p. 138).

Oscar Corrêas, em sendo um dos principais teóricos do pensamento crítico latino-americano, defende uma “[...] concepção de Direito voltada para os conteúdos normativos enquanto materialização dos fenômenos socioeconômicos.” (WOLKMER, 2001, p. 204). Afirma o autor que as normas comunitárias utilizadas não se contrapõem ao sistema oficial, convivendo em harmonia com o sistema dominante, situação essa experimentada nas comunidades indígenas das Américas ou nos grupos ciganos na Espanha. Não obstante, por vezes, há o choque, ante a existência de sistemas subversivos, cujo escopo é a mudança radical da ordem vigente; como exemplo, o autor cita os zapatistas mexicanos.

Por certo que o ordenamento jurídico se estrutura sob uma contextualização crítico-ideológica, atrelada, no mais das vezes, ao conceito elitista de cultura. Uma das maneiras de se aceder a este ideal é atribuindo mais valia às culturas populares ou subalternas, face à cultura erudita, qual seja, a dominante. Entretanto, não se olvide que, em se tratando de continentes ou mesmo países que tiveram por base uma forte miscigenação, há, por óbvio uma circularidade de influências partilhadas entre as classes sociais.

O constitucionalismo clássico (XVIII e XX) desenvolveu-se primeiramente na Europa e após, nas Américas; foi introduzido, pela primeira vez com vistas à limitação à atividade governamental/Estatal principalmente com a operacionalização e sistematização por meio de Constituições rígidas e escritas o que dificultava a sua modificação.

Seu percurso histórico se deu com três grandes regimes - inglês, francês e americano. Na experiência inglesa, a monarquia constitucional surge no afã de proteger liberdades civis, reconhecidas, sobretudo, pelas disposições consuetudinárias do *common law* por meio de documentos solenes como a Magna Carta, *Petition of Rights*, *Habeas Corpus* e o *Bill of Rights*. A principal contribuição francesa é a divisão dos poderes, a elaboração doutrinária dos direitos políticos e também a soberania nacional. Nos Estados Unidos, temos a estrutura federativa de Estado, a aplicação rígida da divisão dos poderes por meio do regime presidencialista e o controle jurisdicional de constitucionalidade dos dispositivos legais (LARA, 2002, p. 06).

No contexto particular da América Latina com o novo constitucionalismo do final do século XX e início do século XXII, tem-se a existência de outras fontes “normativas” que perpassam a existência dos códigos e Constituições; trata-se do saber plural que pressupõe

a existência de novos aportes críticos, metodológicos, pluralistas e interdisciplinares para o estudo das instituições jurídicas, pautado, sobretudo, na interculturalidade, de modo a respeitar a riqueza e a diversidade latino-americana⁹.

Quanto à classificação dos movimentos constitucionais latino-americanos, tem-se que se precede mediante três ciclos. Num primeiro momento, tem-se as Constituições do Brasil, Guatemala e Nicarágua, com a característica multicultural (1982 a 1988); após, àquelas da Colômbia, México, Peru, Argentina e Venezuela, pluriculturais por excelência (1989 a 2005); e, finalmente, as ditas plurinacionais da Bolívia e do Equador (2006 a 2009).

No terceiro momento o maior expoente é a do Equador, que institui a política do *bien vivir*, citado alhures, a qual trata-se de uma cosmovisão harmônica do ser humano com a natureza, biocêntrica, onde a natureza não é tida como um objeto, mas sim um espaço vital. “Daí decorre direitos fundamentais e irrenunciáveis como o acesso à água, aos alimentos e ambientes saudáveis, ao habitat e moradia seguros e saudáveis, o direito à saúde e à sustentabilidade.” (LAURINO, 2016, p. 137).

Outrossim, este novo constitucionalismo também tem como objetivo a solução da desigualdade social. Persegue-se os atendimentos às diversas camadas sociais e a sua respectiva inclusão na área de proteção jurídica, atentando-se, contudo, à preservação da individualidade; em outras palavras do direito de uma minoria de “ser minoria”.

Exemplo mais pristino deste ideal é trazido à lume, por exemplo, com a Constituição do Equador de 2008¹⁰, no seu artigo 1^a, *in verbis*:

Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución. Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.

O mesmo se diga da Constituição da Venezuela de 1999, em seu **preâmbulo**:

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR PREAMBULO NOSOTRAS Y NOSOTROS, el pueblo soberano del Ecuador RECONOCIENDO nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos, CELEBRANDO a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia, INVOCANDO el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad, APELANDO a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad, COMO HEREDEROS de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de

9 [...] la riqueza de la diversidad cultural de nuestra América debe servir de base e sustento para la constucción de naciones de nuevo tipo y de su desarrollo. Esa diversidad cultural implica diversidad de identidades y eso nos lleva a plantear una cuestión vital: Cómo construir la identidad nacional? Me parece que un aspecto ineludible para ello es la interculturalidad. Si hasta ahora las relaciones entre distinos pueblos, entre distintas culturas han sido excluyentes e intolerantes hacia los otros y han sido marcadas por la imposición de una cultura sobre las otras, es necesario empezar a construir las relaciones interculturales. (MENCHÚ TUM, 1998, p. 41, apud DANTAS).

10 <https://www.gob.ec/sites/default/files/regulations/2020-06/CONSTITUCION%202008.pdf>

dominación y colonialismo, Y con un profundo compromiso con el presente y el futuro, Decidimos construir Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*; Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades; Un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana -sueño de Bolívar y Alfaro-, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra; y, En ejercicio de nuestra soberanía, en Ciudad Alfaro, Montecristi, provincia de Manabí, nos damos la presente.

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR

A tutela àqueles setores sociais marginalizados, como por exemplo os indígenas, começou a ser o protagonismo das novas constituições (BARBOSA, TEIXEIRA, 2017); exemplo disso é a Constituição da Bolívia, que, além da instituição de um Estado Plurinacional, passa a garantir diversos direitos aos seus povos, além de estabelecer uma jurisdição indígena à parte da ordinária. No caso em particular da Bolívia, abandona-se o antropocentrismo como o paradigma constitucional (dignidade da pessoa humana) e passa-se a estabelecer a proteção da natureza como valor supremo. Não se olvide que neste sistema o ser-humano é parte integrante da natureza, logo, não há que se falar na natureza como um “bem” à livre disposição do povo, como exarado pela Constituição brasileira de 1988.

No Brasil, a mudança democrática pós governo militar requereu vários esforços diplomáticos, eis que se estava diante de um momento anacrônico marcado pelo mercantilismo estadunidense - herança dos governos militares, moratória - e também pela descoberta do estado de bem-estar social. A consequência mais prática disso foi a minoração dos efeitos queridos inicialmente pelas Constituições em vista da ascensão de governos conservadores no primeiro mundo e os interesses econômicos, tanto dos grandes credores das dívidas externas, quanto de organismos como o FMI e o BIRD (RICUPERO, 2017, p. 581).

Mas, em que pese tais argumentos, a experiência constitucional brasileira nos denota diversas particularidades. O artigo quinto, por exemplo, além de elencar um rol exemplificativo dos direitos fundamentais, também abre o leque constitucional para aquilo que ainda não está expresso na constituição e que poderá vir a ser incluído via tratados internacionais. Destarte, conclui-se que os direitos fundamentais não são meramente taxativos, posto possuírem um viés expansivo. Além disso, encontram-se espargidos pela Constituição, e a razão disso é que a própria Constituição não contém em si todas as hipóteses de direitos fundamentais, vez que optou por os elencar prefacialmente, justamente com o intuito de se contrapor ao momento histórico anterior.

A Constituição de 1988 trata o tema dos direitos fundamentais de uma maneira sistemática; várias referências estão espalhadas pelo texto constitucional. Sem embargo, a *sedes materiae* é o Título II “Dos direitos e garantias fundamentais”.

O sistema de direitos fundamentais, além de toda a sua graciousidade, também é

alvo de várias críticas, principalmente os ditos direitos sociais. Aqueles que adotam as cosmovisões político-ideológicas neoliberais tecem críticas quanto ao caráter dirigente desses mesmos direitos, a dita inflação de direitos, sugerindo um retorno às liberdades individuais. Lado outro, são as críticas por aqueles que adotam as posições ditas progressistas; para estes os direitos fundamentais, são meros discursos/argumentos retóricos à mingua de efetivação, principalmente quanto aos direitos sociais. Neste diapasão é que surge o discurso multicultural e a sua importância de sua tutela, que, por sua vez, está em perfeita consonância com a realidade brasileira.

Entretantes, hodiernamente fala-se na “internacionalização dos direitos fundamentais”, ou direitos humanos (de modo abstrato). Opõe-se, portanto ao relacionamento bilateral entre ESTADO e INDIVÍDUO, que sustenta toda a dogmática tradicional dos direitos fundamentais. Fartas alterações vêm ocorrendo nesta seara, destaca-se, pois, a (i) ampliação dos titulares dos direitos; (ii) possibilidade de responsabilização dos Estados no âmbito externo; (iii) politização deste tópico, frente aos compromissos entre os Estados e outros atores internacionais no afã de garantir a efetividade dos direitos fundamentais. Não se olvide que a tutela dos Direitos Fundamentais só existe com a presença do Estado.

Temos que o reconhecimento da diferença é capaz de formalizar e efetivar os direitos especiais diferenciados, já que os direitos humanos postos pela Declaração Universal são altamente genéricos e impõem obrigações para os Estados; assim “[...] cada povo constrói seus próprios direitos humanos, segundo seus usos, costumes e tradições, quer dizer não existe um Direito universal de cada povo elaborar seus direitos humanos com única limitação de não violar os direitos humanos de outros povos (SOUZA FILHO, 2003, p. 83-84 *apud* DANTAS)

Este processo demanda a aceitação de uma nova categoria para a cidadania a fim de efetivar os direitos diferenciados, alargando o plexo de “[...] vínculos sociais, culturais, jurídicos e políticos de pertença concomitantemente às suas sociedades e culturas particulares e ao Estado. ” (DANTAS, 2014, p. 353) em detrimento da homogeneização promovida pelo interesse econômico no espaço transnacional e processo de homogeneização social e cultural. “Isto equivale a dizer que é a participação do sujeito diferenciado, duplamente contextualizado e relacionado no seu universo particular e comunitário, bem como no âmbito do Estado. ” (DANTAS, 2014, p. 353). Neste sentido, poder-se-ia se dizer que, nos países andinos, as concepções indígenas passaram a moldar a nova ordem constitucional.

As formações sociais mundiais diferem-se daquelas do novo mundo; assim, reduzir os direitos fundamentais apenas aos direitos humanos *lato sensu* é uma maneira de desaforar todas as construções históricas pelas quais todos os povos passam em suas lutas diárias. O condicionamento material da produção da vida deve ser o grande vetor para a transformação da realidade (PAZELLO, 2016, p. 256).

A agenda da multiculturalidade no Brasil tem como o seu maior vetor a questão

dos povos indígenas. Apenas com a promulgação da Constituição de 1988, os povos indígenas passaram a ostentar o reconhecimento de seu status “diferente”. Parte deste reconhecimento advém de movimentos sociais, cuja principal característica é o viés reacionário à homogeneização social advinda com o processo de globalização. Disto, sabe-se que é necessária uma classe minoritária que, embora nos acarrete diversos avanços, não é capaz de tencionar desmedidamente a ordem homogênea do liberalismo político ou da economia moderna. O que vem ocorrendo é a conferência de uma autonomia limitada no âmbito interno dos Estados que, por sua vez, ainda permanece contida neste. Nesta senda, os organismos internacionais como a ONU e OIT se referem à autonomia interna dos Estados quanto ao seu povo e autodeterminação, logo, tal questão acaba desprovida de sentido jurídico no Direito Internacional.

Entretanto, sempre há resistência quando a pauta é incluir a pluriculturalidade como princípio constitutivo (RIVERA, 1998, p. 119, *apud* DANTAS). No Brasil, tal fato pode ser evidenciado, por exemplo, pelo dispositivo constitucional o qual afirma que a titularidade das terras indígenas é da União, assegurado o direito de gozo e fruição por parte dos índios, porém ressalvadas as hipóteses de remoção para a defesa dos interesses soberanos nacionais. Deste modo, o limite do direito coletivo de autodeterminação dos povos indígenas no Brasil reside na impossibilidade destes de constituir um Estado independente.

Para o ordenamento jurídico brasileiro, as terras indígenas, ou seja, aquelas tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, são bens da União, no entanto são propriedades veiculadas ou reservadas para o fim de garantir os direitos dos índios sobre ela; deste modo, embora possuam uma finalidade específica, possuem as características próprias de bens da União que são o fato de serem inalienáveis, indisponíveis e imprescritíveis.

A base deste instituto, terras dos índios, em verdade advém da ideia de indigenato, algo já existente no Brasil Colônia já que não se trata de uma fonte primária e congênita de posse territorial, mas sim de um direito congênito, algo que já vinha de tempos, não se confunde com as ideias de *res nullius* ou *derelictae* (SILVA, 2015); trata-se de um direito complexo, porém com a ideia de originário e reservado a eles conforme o Alvará de 1º de abril de 1680. Disto se infere que as terras indígenas não se regem pelas meras relações de Direito Civil.

Demais disso, os direitos e interesses dos índios têm a natureza de direito coletivo, vez que além de pertencerem à cada índio e à respectiva comunidade a que estão inseridos, do mesmo modo é algo integrante da cultura e nação brasileira.

A Constituição brasileira de 1988 sofreu influências dos influxos europeus do pós-guerra, mormente abarcando temas caros aos textos de Portugal, Espanha, Itália e Alemanha. A insurgência dos novos movimentos sociais que possibilitaram a nova construção democrática, tanto no Brasil quanto na América Latina, os quais pregavam pautas contrárias à imposição neoliberal do consenso de Washington. Requeria-se, assim, uma participação ativa do Estado na prestação de serviços e regulação da atividade mercantil. Gize-se, enfim

que essas manifestações são fruto de uma realidade constitucional (poder constituinte originário) e não objeto da mera perquirição dogmática das teorias constitucionais.

Em que pese todo este arrazoado, há quem diga também que tal “Novo Constitucionalismo Latino Americano” em verdade, não traz qualquer aspecto novo. Roberto Gargarella (2015, p. 171), por exemplo, afirma que os novos textos constitucionais são meras sintetizações das ideias advindas do constitucionalismo norte-americano no início do século XIX sobre a organização do poder Estatal e do rol de direitos que começaram a se afirmar a partir do século XX. A Constituição mexicana de 1917, neste aspecto, já era uma grande predecessora do que viria a ser os ditos movimentos de insurgência na América Latina nos idos dos anos 80 e seguintes.

Por conseguinte, quanto à questão social tanto discutida no contexto da América Latina, tem-se que fora postergada durante a afirmação das primeiras constituições latino-americanas (aquelas do período pós-independência). Somente com as crises perpassadas pela América Latina e também por todo mundo, tanto no contexto do pós-guerra, e após as ditaduras militares do século XX é que a questão social passa a ganhar novos contornos, mostrando-se amplas em gênero e também receptivas com a agenda multicultural e também com os direitos indígenas. Seria, portanto, uma nova roupagem ao constitucionalismo regional¹¹.

Não obstante, a aplicação prática do que está positivado ainda é um campo repleto de controvérsias, neste sentido, a **criação de tribunais constitucionais na América Latina** foi o crescente descontentamento e críticas ao poder judiciário local em promover a defesa da Constituição e aos direitos humanos/fundamentais. (SARLET, 2009).

De se ressaltar ainda, a criação de entidades não-governamentais para o fim de incrementar os serviços legais e o acesso à justiça no âmbito da América-Latina; exemplo disso é o Instituto Latino-Americano de Serviços Legais Alternativos (ILSA-Bolívia), que, além de promover o estudo e pesquisa acerca das práticas jurídicas insurgentes, também incentiva a coordenação social destes institutos.

A contemporaneidade enfrenta uma crise de governabilidade, atrelada, entre outras coisas, com a insurgência do capitalismo pós-moderno – e suas demandas, e seu respectivo contraste com as demandas políticas, sociais e jurídicas. Afirma Bobbio que o liberalismo propiciou a fundação do estado democrático; contudo as demandas sociais acabam encarecendo-o, devendo o Estado sempre trazer as respostas adequadas, onerando, por certo em demasia o Estado.

Com efeito, a organização dos poderes acaba de certo modo concentrado a autoridade, ainda que tacitamente ao Executivo; parte desta premissa advém da figura simbólica do poder (antes, nas monarquias e impérios, concentrados no soberano);

11 [...] las Constituciones escritas en la década 1990-2000 expandieron tales compromisos, para mostrarse más amplias en materia de género, as más receptivas en relación con derechos indígenas y multiculturales, que hasta entonces aparecían marginados. Aquí tenemos entonces –en el área de los derechos– la «segunda alma» (más «social») del constitucionalismo regional.” (GARGARELLA, p. 171).

demais disso, o poder judiciário se mostra elitista e o poder legislativo distante de seus eleitores. Deste modo, o sistema de freios e contrapesos não logra os efeitos almejados. Por vezes, na prática, ao invés de se equilibrar (*checks and balances*), os poderes acabam se confrontando entre si.

Impende destacar a dificuldade em conciliar o princípio da autodeterminação dos povos com a ordem internacional e as demandas do capital moderno. Dentre este aspecto tem-se a controvérsia do pagamento das dívidas públicas externas, vez que, com tal medida, os países pobres acabam postergando a apreciação de demandas populares, fortalecendo, cada vez mais o poderio econômico e a dominação dos países ricos face a América Latina, por exemplo. Disso se abstrai que o papel do jurista em face à esta realidade, muito mais do que mero exegeta, deve-se, também, levar em conta a formação social da sociedade em que está inserido e que se propõe a expurgar os conflitos.

No mais, a modernidade líquida experimentada, calcada no ágil influxo de informações e também da volatilidade das relações sociais, nos traz novas agendas, uma vez que os determinantes epistemológicos que durante séculos sustentaram os saberes e também toda a racionalidade dominante já não conseguem fazer frente à todas as necessidades hodiernas do ser humano.

Vislumbra-se, portanto que a ruptura paradigmática a qual cedeu espaço ao novo constitucionalismo latino-americano e seus influxos pluralistas, nos mostra que o poder constituinte originário volta à tona com um recorte compreensivo-interpretativo dos fenômenos práticos.

Segundo Dalmau, (LEAL , 2017, p.324) a evolução constitucional é estritamente ligada à “necessidade”. Todas as grandes mudanças constitucionais são diretamente realcionadas com as necessidades sociais, culturais e também com a percepção das possibilidades de mudança. O que se verifica, portanto, no contexto latino-americano é a que toda esta nova onda revolucionária, é propriamente uma “nova independência”¹².

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todas as exposições supra e, de modo algum exaurindo o objeto de estudo, infere-se, *in casu* que as incitações que moldaram a paulatina virada descolonial, e, ato contínuo, o ordenamento jurídico como um todo, advieram, sobretudo de um mecanismo comunitário que perpassa as fronteiras nacionais dos Estados latino-americanos, sobretudo mediante os convergências teoréticas, históricas, também os movimentos sociais e os

¹² La evolución constitucional responde al problema de la necesidad. Los grandes cambios constitucionales se relacionan directamente con las necesidades de la sociedad, con sus circunstancias culturales, y con el grado de percepción que estas sociedades posean sobre las posibilidades del cambio de sus condiciones de vida que, en general, en América Latina no cumplen con las expectativas esperadas en los tiempos que transcurren. Algunas sociedades latinoamericanas, al calor de procesos sociales de reivindicación y protesta que han tenido lugar en tiempos recientes, han sentido con fuerza esa necesidad que se ha traducido en lo que podría conocerse como una nueva independencia, doscientos años después de la política. (DALMAU *apud* LEAL, p. 324).

blocos de constitucionalidade, atrelados à experiência regionalista.

Não obstante, nas suas particularidades, os paradigmas adotados por cada onda constitucional serviram como base para àquelas subsequentes, de modo que, todo o recorte do novo constitucionalismo latino-americano pauta-se na participação – principalmente de sujeitos minoritários, entre eles os povos nativos - via um processo histórico de desenvolvimento.

Isto posto, a legitimidade de novos sujeitos sociais no contexto da América Latina forma as bases para o reconhecimento de uma sociedade plurinacionalista, o que, as suas últimas consequências, possibilitará o efetivo exercício da democracia. A história política da América Latina as diversas ondas de insurgência contra as metrópoles visando uma emancipação de fato, não tiveram o efeito imaginado em face dos processos de independência das Nações, pois, os vínculos entre metrópole e colônia não chegaram a ser rompidos de forma completa e em todos os seus sentidos e profundidade, nem a racionalidade de submissão, corrupção e desencanto de alguma forma desenvolvidos desapareceram de todo.

Foi proposta como hipótese de pesquisa, e demonstrar que o Constitucionalismo pluralista latino-americano tem lugar original e inédito no rol de manifestações do sujeito constitucional e em muito pode colaborar para uma nova compreensão do mundo. Ao longo da história da América Latina percebeu-se os elementos que constituem esta originalidade, pois, que os, o continente formado por uma vultosa miscigenação foi gestando projetos constitucionais próprios, absolutamente inédito e original em diversos aspectos

Neste sentido, a construção de uma sociedade que mudasse radicalmente a sua concepção de mundo, humanidade, direitos, natureza acabou aos poucos refletindo de um País a outro, até se criar uma base comum de valores compartilhados e que apontam para algo novo e belo a ser objeto de estudo e compreensão,

REFERÊNCIAS

DALMAU, Rubén Martínez; SILVA JÚNIOR, Gladstone Leonel. **O novo constitucionalismo latino-americano e as possibilidades da Constituinte no Brasil**. In DIEHL, Diego Augusto; RIBAS, Luiz Otávio (org.). *Constituinte Exclusiva: um outro sistema político é possível*. Editora Expressão Popular, São Paulo, 2014.

BARBOSA, Maria Lúcia; TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Neoconstitucionalismo e Novo Constitucionalismo Latino Americano: dois olhares sobre igualdade, diferença e participação**. *Revista Direito e Práxis*. Vol. 08, N. 2. Rio de Janeiro: 2017. p. 1.113-1.142.

BOLÍVIA; **Constitución Política del Estado 2009**. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf. Acesso em 03/08/2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, promulgada em 05 de outubro de 1988. Publicada no DOU de 05.10.1998. Planalto. Site oficial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 06/10/2020

CADEMARTORI, Sergio Urquhart; MIRANDA, José Alberto Antunes de. **Democracia, Constituição e Relações Exteriores: o papel do Direito e da Cidadania no Contexto do Novo Constitucionalismo Latino-Americano**. Seqüência (Florianópolis), n. 72, p. 93-124, abr. 2016.

DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho; **Descolonialidade e direitos humanos dos povos indígenas**. Revista de Educação Pública. Vol. 23, N. 53/1. Cuiabá: 2014. p. 343-367.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DUSSEL, Enrique. 1492: **O encobrimento do outro: a origem do ito da modernidade: Conferências de Frankfurt**. Tradução de Jaime A. Clasen. Petropolis, Vozes, 1993.

EQUADOR; **Constitucion de la Republica del Ecuador 2008**. Disponível em https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf. Acesso em: 05/03/2020

FAGUNDES, Lucas Machado; WOLKMER, Antonio Carlos. **Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: estado plurinacional e pluralismo jurídico**. Revista Pensar, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011.

GALEANO, Eduardo. **As Veias Abertas da América Latina**. 36. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994.

GARGARELLA, Roberto. **El “Nuevo Constitucionalismo latinoamericano”**. Revista Estudios Sociales, año XXV, nº 48, Santa Fe, Argentina, Universidad Nacional del Litoral, primer semestre de 2015, pp. 169-172.

GERVASONI, Tássia Aparecida. **Globalização e internacionalização do direito a partir dos direitos humanos: impactos no constitucionalismo latino-americano**. Revista Nomos. Vol. 37 n. 2 (2017): jul./dez. 2017.

LARA, Paulo César de. **A perspectiva da Democracia no Brasil numa visão inculturada Latino Americana**. Revista Aporia Jurídica. Ano III, Vol. IV. Ponta Grossa: Cescage, 2002. p. 73.

LAURINO, Márcia Siqueira; NETO, Francisco Quintanilha Veras. **O novo constitucionalismo latino-americano: processo de (re) descolonização?** Revista Juris. Vol. 25. Rio Grande: 2016. pp. 129-140.

LEAL, Augusto Antônio Fontanive. **Novo Constitucionalismo Latino-Americano, Efetivação da Justiça e Jurisdição Constitucional: uma incursão paradigmática entre o pluralismo jurídico e a democracia**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Vol. 33, n. 01. Pouso Alegre: jan./jun. 2017. p. 307-326.

PAZELLO, Ricardo Prestes. **Pensamento Descolonial, Crítica Jurídica e Movimentos Populares: repensando a crítica aos direitos humanos desde a política da libertação latino-americana**. O Direito Alternativo, v.3, n.1. pp. 231-267, nov./dez. 2016.

RICUPERO, Rubens. **A diplomacia na construção do Brasil – 1750 - 2016**. Rio de Janeiro: Versal Editores, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 75, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

VENEZUELA. **Constitucion de la Republica Bolivariana de Venezuela 1999**. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf. Acesso em: 05/03/2020.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001

FUSCALDO, Bruna Muriel Huertas. URQUIDI, Vivian. **O Buen Vivire os saberes ancestrais frente ao neo-extratativismo do século XXI**. Disponível em : <https://journals.openedition.org/polis/10643>. Acesso em 21.06.2021. 16 maio 2015.

Santos, Vivian Matias dos. Notas desobedientes: Decolonialidade e a contribuição para a crítica feminista à Ciência. 03.12.2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/fj/psoc/a/FZ3rGJJ7FX6mVyMHkD3PsnK/?lang=pt>. Acesso em 21. Jun. 2021.

UMA ANÁLISE DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA DOS IMIGRANTES VENEZUELANOS NO BRASIL

Data de aceite: 21/09/2021

Data de submissão: 16/07/2021

Davi José da Silva Campagnolli

Faculdade Barretos, curso de Direito

Barretos - São Paulo

<http://lattes.cnpq.br/5275879461190080>

RESUMO: O direito fundamental ao acesso à justiça é objeto da Convenção Internacional de Haia. Discutir a efetividade dessa garantia se mostra oportuna, principalmente, em virtude da crise humanitária presente na Venezuela, a qual resultou em diversas ondas migratórias, incluindo a entrada de venezuelanos, por diversas formas, no Brasil. Diante disso, o presente artigo teve como escopo analisar a concretização do direito fundamental ao acesso à justiça perante os imigrantes venezuelanos, diante da mencionada crise humanitária. Para tanto, inicialmente, foi feita uma delimitação da dimensão do direito fundamental ao acesso à justiça, bem como as implicações da Convenção de Haia no ordenamento brasileiro. Posteriormente, apresentou-se, a partir de documentos oficiais, a situação migratória dos nacionais venezuelanos no Brasil. Por fim, o zelo pelos direitos deles no sistema de justiça brasileiro, seja judicialmente ou extrajudicialmente. Assim, a partir de uma metodologia qualitativa, por intermédio de análise de documentos e revisão bibliográfica, buscou-se perceber a possibilidade de um concreto acesso à justiça pelos imigrantes

venezuelanos. Constatou-se que o ordenamento jurídico brasileiro, com caráter de direito fundamental, concede uma prestação de serviços jurisdicionais (gratuito e integral) aos não nacionais que comprovarem vulnerabilidade jurídica e econômica. Observou-se que algumas instituições estão respondendo ao aumento do número dos venezuelanos no país, oferecendo, além de outros serviços técnicos, assistência jurídica judicial e extrajudicial para garantir a regularização migratória dos venezuelanos. Concluiu-se que está ocorrendo uma efetivação ao acesso à justiça aos venezuelanos, contudo, limitando-se a sua regularização legal no país, entanto, não restaram concluídas concretas facilitações ao acesso ao Judiciário para garantia de outros direitos fundamentais.

PALAVRAS - CHAVE: Acesso à Justiça; Convenção Internacional de Haia; Imigração venezuelana.

AN ANALYSIS OF THE ENSURING OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO ACCESS TO JUSTICE FOR VENEZUELAN IMMIGRANTS IN BRAZIL

ABSTRACT: The fundamental right to access to justice is the subject of the Hague Convention on. Discussing the effectiveness of this guarantee is opportune presently, mainly due to the humanitarian crisis present in Venezuela, which resulted in several migratory waves, including the entry of Venezuelans, in different ways, into Brazil. Therefore, this article aimed to analyze the ensuring of the fundamental right to access justice for Venezuelan immigrants, in view of the humanitarian crisis. Thus, initially, a

delimitation was made of the dimension of the fundamental right to access to justice, as well as the implications of the Hague Convention in the Brazilian legal system. Then, from official documents, the migratory situation of Venezuelan nationals in Brazil was presented. Finally, it was presented the zeal for their rights in the Brazilian justice system, whether judicially or extrajudicially. Therefore, from a qualitative methodology, through document analysis and bibliographic review, it sought to realize the possibility of a concrete access to justice for Venezuelan immigrants. It was found that the Brazilian legal system, as a fundamental right, grants a provision of jurisdictional services (free and integral) to non-nationals who prove legal and economic vulnerability. It was noted that some institutions are responding to the increase in the number of Venezuelans in the country, offering, in addition to other technical services, judicial and extrajudicial legal assistance to ensure the immigration regularization of Venezuelans. It was concluded that access to justice for Venezuelans is taking place, however, limiting in their legal regularization in the country, however, concrete facilitations of access to the Judiciary to guarantee other fundamental rights have not been concluded.

KEYWORDS: Access to Justice; The Hague International Convention; Venezuelan immigration.

1 | INTRODUÇÃO

Há infrações aos direitos humanos em diferentes cantos do globo, inclusive na Venezuela, alvo de lamentáveis atos contrários à vida humana recentemente. Tal fato vem fazendo com que venezuelanos atravessem a fronteira com o Brasil buscando acolhimento no país vizinho, bem como melhores oportunidades de desenvolvimento da personalidade humana.

Considerando tais premissas, o presente artigo tem como escopo analisar a concretização do acesso à justiça para estes imigrantes venezuelanos, tendo em vista que será a partir desse acesso que eles poderão ter o condão de, efetivamente, residir e construir uma nova vida no país.

Para tanto, far-se-á, inicialmente, uma exposição do acesso à justiça no ordenamento constitucional brasileiro, de modo a destacar suas características, origem, bem como a compreensão mais aceita doutrinariamente. Em seguida, será elencado importantes documentos internacionais pactuados que asseguram a efetivação desse direito.

Com efeito, buscar-se-á definir os conceitos de imigrantes e refugiados, objetivando depreender a situação dos venezuelanos. Assim, será possível analisar documentos oficiais que relatam a entrada deles no Brasil, permitindo obter real dimensão da imigração existente atualmente.

A partir disso, serão elencadas as formas de concretização do acesso à justiça que vem ocorrendo perante os venezuelanos no país, identificando as principais instituições responsáveis em aproximar o direito à justiça e os imigrantes e refugiados venezuelanos, os quais vem tentando a entrada legal no Brasil.

Dessa forma, por intermédio de uma metodologia qualitativa, com pesquisa

bibliográfica e documental, realizar-se-á uma breve análise da efetivação do direito ao acesso à justiça dos imigrantes venezuelanos.

2 | O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

2.1 Considerações a respeito dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro

A sociedade pós-moderna presencia um gradual desenvolvimento de direitos fundamentais já consagrados, pelos quais é possível depreender uma maior proteção do indivíduo frente ao Estado. Contudo, nem sempre se procedeu desta forma, pois, tal valorização passou por um longo caminho na dogmática jurídica (CAETANO, 1989, p. 311). São diversas as razões para seu surgimento desses direitos, sobretudo, aquelas ligadas ao pensamento cristão e ao direito natural, não cabendo a este trabalho traçar todos os seus aspectos históricos.

Porém, cumpre ressaltar que os direitos fundamentais são oriundos de inúmeras reivindicações, emergindo, consoante leciona José Afonso da Silva (2005, p. 173), quando as condições materiais da comunidade propiciaram, conjugando-se com circunstâncias objetivas e subjetivas para a sua formulação. As situações objetivas são originárias da quebra de regime político entre a monarquia absoluta e a sociedade liberal burguesa, enquanto, por sua vez, as subjetivas consistiram nas fontes de inspiração filosófica. Porquanto, sucederam declarações solenes destes direitos, figurando, posteriormente, no preâmbulo de determinadas Constituições e, atualmente, no próprio texto normativo constitucional, tal qual ocorre com a Constituição Federal de 1988.

Nossa carta magna é fruto de uma resposta aos antecedentes históricos sombrios, conforme leciona Oliveira Neto:

De tudo que foi colocado, penso que é possível caminhar no sentido de reconhecer que as observações históricas mostram que a construção do texto de 1988 não se deu por acaso, mas sim como forma de proteção contra as atrocidades ocorridas ao longo de uma histórica política marcada por grandes conturbações, não só no campo externo, mas também, e especialmente, internamente e, antes de se falar em reforma ou substituição do texto constitucional, imperioso se torna colocar em prática as políticas eleitas como prioritárias pelo legislador constituinte de 1988, depositário maior da soberania popular (2003, p. 71).

Dentre essas consagrações, têm-se um amplo rol de direitos fundamentais. Tratam-se de direitos vinculados essencialmente à dignidade da pessoa humana, bem como à liberdade, conduzindo ao significado de universalidade inerente “como ideal da pessoa humana” (BONAVIDES, 2004, p. 562). São históricos, inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis (SILVA, 2005, p. 181-182). Podem, ainda, enquadrar-se nos direitos individuais, relacionados à nacionalidade, políticos, sociais, coletivos e solidários (SILVA,

2005, p. 184).

Defini-los é tarefa árdua, não somente em decorrência da diversidade de sinônimos, mas também da flexibilidade intrínseca de cada ordenamento. Em outras palavras, o que pode ser considerado como fundamental no Brasil, não necessariamente será em Portugal. Todavia, ainda assim, é oportuno delimitar seu objeto, lhe concedendo uma fundamentabilidade formal e material.

Sustenta-se um direito fundamental formalmente a partir do texto constitucional, isto é, fundamental será aquele direito assim positivado na ordem constitucional, submetido, até mesmo, às limitações que possam impedir sua modificação, interpretação restritiva ou extinção. Por seu turno, embasa-se um direito fundamental materialmente a partir de seu grau valorativo como bem jurídico na coletividade específica, em resumo, sua relevância axiológica é acompanhada de uma hierarquia normativa. É este o sentido concedido ao conceito de direito fundamental que se colhe da doutrina de Ingo Sarlet:

Assim sendo, para que se possa fechar este item com um conceito de direitos fundamentais compatível com as peculiaridades da ordem constitucional brasileira, é possível definir direitos fundamentais como todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente, integradas à constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, tendo, ou não, assento na constituição formal (2016, p. 327).

Pode-se afirmar que os direitos fundamentais ganharam especial magnitude pela ascensão do Estado Social. A Constituição Mexicana de 1917 e a alemã da República de Weimar de 1919, representaram uma nova relação entre Estado e sociedade. Por conseguinte, iniciava-se, dessa forma, um período de transformação social, auxiliado pelas políticas públicas (PIOVESAN, 2003, p. 29). Assim, o Estado, que antes era predominantemente liberal, passava a adotar um modelo de “proibição de omissão” (CANOTILHO, 1994, p. 364), pelo qual deveria agir positivamente, objetivando a concretização dos direitos fundamentais.

Tal fenômeno é destacado no ordenamento pátrio, a partir da Constituição Federal de 1988, a qual agasalhou no seu Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) um extenso rol de posições jurídicas expressamente designadas como fundamentais. Assumem um caráter multifuncional e heterogêneo, compreendidos em uma dimensão negativa e positiva, sendo “tanto direitos de defesa quanto direitos de prestação” (SARLET, 2007, p. 118).

2.2 Desvelando o acesso à justiça no ordenamento jurídico brasileiro

Pensar em acesso à justiça, ao menos no Brasil, é se remeter para a pesquisa realizada por Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1988, p. 12), a partir do Projeto Florença, em

1978. Trata-se de um importante marco teórico para o tema, o qual efetivamente chegou ao Brasil tão somente em 1988, diante da tradução para o idioma português. Naquele, os autores fazem uma importante observação, isto é, “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.

Trata-se, então, de uma aplicação daquele direito de petição anteriormente consagrada no Bill of Rights, em 1689 (MENDES, 2009, p. 611). O acesso à justiça considera não somente o direito de apresentar reivindicação perante os poderes, mas pretende garantir uma efetiva prestação jurisdicional ao cidadão. Sobre isso, extrai-se da doutrina de Cappelletti e Garth:

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos (1988, p. 8).

Dessa forma, segundo os autores, o acesso à justiça visa garantir a prestação de serviço jurisdicional sem quaisquer discriminações, isto é, sem distinção de sexo, raça, orientação sexual ou mesmo nacionalidade, tal qual previsto no caput do artigo 5º da Carta Magna vigente no país. Ainda, busca-se travar a injustiça social, concedendo resultados individuais e socialmente justos.

Na doutrina nacional é importante trazer à baila a definição de José Eduardo Carneira Alvim:

Para mim, o acesso à Justiça compreende o acesso aos órgãos encarregados de ministrá-la, instrumentalizados de acordo com a nossa geografia social, e também um sistema processual adequado à veiculação das demandas, com procedimentos compatíveis com a cultura nacional, bem assim com a representação (em juízo) a cargo das próprias partes, nas ações individuais, e de entes exponenciais, nas ações coletivas, com assistência judiciária aos necessitados, e um sistema recursal que não transforme o processo numa busca interminável de justiça, tornando o direito da parte mais um fato virtual do que uma realidade social. Além disso, o acesso só é possível com juízes vocacionados (ou predestinados) a fazer justiça em todas as instâncias, com sensibilidade e consciência de que o processo possui também um lado perverso que precisa ser dominado, para que não faça, além do necessário, mal à alma do jurisdicionado (2003, p. 2).

Em síntese, o acesso à justiça hoje não está somente ligado ao seu sentido axiológico, mas sim instrumentalizado pelas legislações pátrias, com o intuito de efetivamente garantir sua prestação. Relaciona-se e dialoga com outros direitos e princípios fundamentais, tais quais o princípio da inafastabilidade e o direito de petição. Trata-se de um direito fundamental, expressamente previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988.

Pois bem, Cappelletti e Garth idealizaram o acesso à justiça em três ondas renovatórias, quais sejam: a) assistência judiciária para os pobres; b) representação dos interesses difusos; c) acesso à representação em juízo, caracterizada por um novo enfoque ao acesso à justiça. O primeiro percebe-se, por exemplo, a partir das Defensorias Públicas, Escritórios de Assistência Jurídica nas faculdades de Direito, bem como pela concessão dos benefícios da justiça gratuita, nos termos do artigo 98, do Código de Processo Civil. Por seu turno, o segundo é relacionado com aqueles direitos humanos de terceira geração, difusos e coletivos, concretizados por intermédio de Ações Cíveis Públicas, especialmente pelo trabalho do Ministério Público. Já o terceiro consiste na alteração e criação de procedimentos no próprio sistema jurisdicional, tais quais os métodos alternativos de solução de conflitos.

Portanto, o acesso à justiça não consiste somente em um mandamento estatal, mas exige uma formulação de uma ordem jurídica justa, com um planejamento procedimental e material da prestação que seja condizente com a realidade da população. Então, não basta proporcionar a todos o acesso irrestrito à justiça, faz-se mister, ainda, ter à disposição meios constitucionalmente previstos para alcançar este resultado (BEDAQUE, 2009, p. 73).

Em razão disso, autoras como Gabbay, Henriques da Costa e Araujo Asperti, criticam a repetição e continuidade das lições de Cappelletti e Garth na doutrina brasileira:

A forma como a obra de Cappelletti e Garth foi lida e citada no Brasil, porém, fez com que o direito social de acesso à justiça fosse lido como um ideal universalizante, uma afirmação que talvez fizesse sentido em um momento de consolidação de um modelo de Estado Social de Direito que, naquele período histórico, se pretendia instaurar na Europa (JUNQUEIRA, 1996, p. 390). Porém, diversamente do que se via na Europa à época do Projeto Florença, o Brasil viveu apenas a promessa de um Estado de Bem Estar Social, tendo sido implementado, após o desmonte do Estado desenvolvimentista, um modelo neoliberal de privatizações e abertura de mercado, o que repercutiu diretamente nas reformas judiciárias e processuais que se seguiram à Constituição Federal de 1988, como se verá mais detidamente no capítulo 5 abaixo. (2019, p. 5-6).

Dessa forma, as professoras da Fundação Getúlio Vargas compreendem o acesso à justiça como um direito social, mas cuja implementação se concretiza em um contexto social e econômico diverso daquele estipulado no Projeto Florença, entendendo aquele, como um recurso escasso e não universal (GABBAY; COSTA; ASPERTI, 2019, p. 6).

É a partir disso que se deve compreender a realidade social brasileira, no tocante a prestação aos imigrantes venezuelanos. Novamente citando as autoras, compreendendo o mundo de capacidade social crescente, no qual há “uma escolha política distributiva, muitas vezes implícita no desenho institucional e normativo de um determinado país [...]” (GABBAY; COSTA; ASPERTI, 2019, p. 6). Diante disso, é preciso compreender como vem funcionando essa distribuição do acesso à justiça aos imigrantes venezuelanos.

2.3 O acesso à justiça no Direito Internacional

O objeto deste artigo é uma reivindicação, que vai além das fronteiras pátria. Configura-se em um direito fundamental no Estado de Direito Moderno, fruto de inúmeras injustiças históricas no que toca ao atendimento do jurisdicionado no Poder Judiciário. Diante disso, faz-se mister clarificar seu tratamento nos diversos documentos internacionais.

Marco legislativo para tanto foi a Convenção Europeia de Direitos Humanos, tendo como nome oficial Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais, entrando em vigor em 1953. O artigo 6, por exemplo, visa assegurar a todos um processo equitativo, concedendo a qualquer pessoa o direito de pretensão, de modo justo, imparcial, público, com uma duração razoável do processo.

Tais previsões são hoje expressamente consagradas no Código de Processo Civil vigente, sendo imperioso destacar os princípios da publicidade, juiz natural, imparcialidade e duração razoável do processo. Esse último colabora para uma concretização formal do acesso à justiça.

Cite-se, também, a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida por Pacto de São José da Costa Rica (1969), a qual foi finalmente ratificada pelo Brasil em 1992, por intermédio do Decreto nº 678. Desta destaca-se, especialmente, dos artigos 8º e 25 a preocupação com a duração razoável do processo e as garantias processuais aos jurisdicionado na esfera criminal.

No que tange ao objetivo deste artigo, é indispensável citar a Convenção 51, a qual regula especificamente o estatuto dos refugiados. Importa trazê-la à baila, tendo em vista que inúmeros venezuelanos podem vir a adquirir tal qualidade internacional ao entrar no território brasileiro. Já no preâmbulo do documento, é assegurado aos refugiados o mais amplo leque possível de direitos humanos e liberdades fundamentais, sendo irrefragável a inclusão do direito ao acesso à justiça neste sentido.

Consoante, ensina Liliana Lyra Jubilut (2007, p. 171), a garantia deste direito ao refugiado não é importante somente após a concessão de tal *status*, mas também em quatro momentos diversos, quais sejam: a) já inicialmente, com as causas que levaram ao refúgio; b) durante o trajeto até o Estado acolhedor; c) no período da concessão; d) na busca de uma solução durável para estes sujeitos

Dessarte, é preciso centrar a atenção no processo de concessão da qualidade de refugiado e suas consequências visto que, após este momento, é inegável que aquele deverá ter um acesso à justiça tal qual um brasileiro nato. Ora, a própria Lei de Migração, em seu artigo 3º, assegura o direito de ser informado sobre as garantias que lhe são asseguradas para a condição migratória (no caso deste artigo, de refugiado), bem como acesso à justiça e assistência judiciária gratuita.

Afinal, neste percurso, o refugiado encontra-se em situação de vulnerabilidade, estando sujeito a se tornar vítima de lesão de direitos humanos, motivo pelo qual se revela

essencial o recurso ao Judiciário para a efetivação de direitos formais (COSTA; MENEZES; VINCENZI, 2019, p. 179). Daí resulta a importância do estudo sobre a concretização desses direitos, visto que, o acesso à justiça é a “porta de entrada” para os demais, sejam fundamentais ou não.

É importante, então, compreender como está a situação dos venezuelanos que, de modo notório, vem entrando pelas fronteiras do norte do país, tendo em visto a indubitável crise política presente em seu país de origem. Faz-se mister verificar a forma de tratamento destas pessoas, sua proteção e, por conseguinte, integração no país.

Atualmente, muito se discute na celeridade do Poder Judiciário para garantir o acesso à justiça e pouco se tem refletido a respeito desta situação, isto é, da entrada de estrangeiros em território nacional, independente da forma, e suas implicações no acesso à justiça. Acerca das políticas públicas atuais, mais uma vez é oportuno transcrever Gabbay, Henriques da Costa e Araújo Asperti:

Como discutido nesse artigo, as mais recentes políticas públicas de acesso à justiça no Brasil privilegiam os interesses de grandes litigantes, fundando-se em um discurso essencialmente eficientista que dá primazia a mecanismos de padronização decisória que prometem funcionar como soluções de gestão para desafogar um Poder Judiciário sobrecarregado e moroso. Acesso enquanto uniformização e celeridade, por meio de lógicas de julgamento por amostragem, por exemplo, é um discurso que acaba por fortalecer ainda mais as vantagens estratégicas daqueles que conseguem navegar por esses instrumentos processuais, que demandam expertise e recursos. É este o acesso que se tem hoje no Brasil e que, do ponto de vista dos mais vulneráveis, é uma realidade que tende ao não-acesso (2019, p. 25).

Ora, em um momento de dúvidas a respeito do comunitarismo, globalismo, crises internacionais e inegáveis ondas de refugiados, sobretudo no oriente médio, torna-se imprescindível a verificação de seus direitos no acesso ao país acolhedor, pelas razões acima expostas. Em síntese, há efetivo acesso à justiça assegurado na onda migratória venezuelana?

3 | IMIGRAÇÃO VENEZUELANA NO BRASIL

3.1 Introdução a Imigração Internacional no Brasil

A Organização Internacional para as Migrações (OIM) é a agência das Nações Unidas para as migrações, é a principal organização intergovernamental atuante para aquelas. Está presente em mais de 100 países, e no Brasil possui um escritório sede em Brasília-DF e um escritório em Boa Vista -PR.

O Glossário sobre Migrações da OIM (2009, p. 42) define o termo migração internacional como “movimentos de pessoas que deixam os seus países de origem ou de residência habitual para se fixarem, permanente ou temporariamente, noutro país. Consequentemente, implica a transposição de fronteiras internacionais”.

Isto é, migrar é sair do país ou estado de origem para outra região geográfica. Diferente da viagem motivada pelo turismo, o migrante almeja (de forma temporária ou permanente), por um período significativo, criar vínculos no chamado estado ou país de destino ou de acolhimento. A ONU entende como migração a permanência de uma pessoa em um lugar de destino a partir de um ano ou mais, e a estadia por um período menor como uma visita temporária.

Os movimentos migratórios dentro de um país são chamados de migrações internas, diferente das migrações internacionais que ultrapassam fronteiras entres países.

Ademais, a Lei de Migração brasileira (Lei nº 13.445, 2017) traz também os conceitos de imigrante como sendo “pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil” (artigo 1º, § 1, II) e emigrante como “brasileiro que se estabelece temporária ou definitivamente no exterior” (artigo 1º, § 1, III).

Uma pessoa pode ser ao mesmo tempo imigrante e emigrante, a visão depende do olhar do estado de origem ou destino, no entanto, os termos se diluem em um mesmo sujeito, podendo ser sintetizado em apenas migrante internacional.

Atualmente, a grande parte dos países que são destino de migrantes adota políticas migratórias restritivas e seletivas que dificultam ou impedem o ingresso de determinadas pessoas ao seu território, especialmente quando não há nenhum vínculo que justifique sua permanência, ainda que provisória, no país. Essas políticas migratórias, podem se apresentar como fronteiras vigiadas, muros e restrições da própria legislação. Entretanto, esses obstáculos não impedem que muitos arrisquem sua vida em meios de transportes ou trajetos inadequados na tentativa de migrar para outro país.

A OIM (2019. p. 1) calcula que, desde o ano de 1996, aproximadamente 75.000 migrantes tenham perdido suas vidas antes mesmo de alcançar o seu destino. Existem aqueles que, embora consigam chegar no país de destino são impedidos de ingressar ou permanecer, por diferentes razões como a falta de um documento de viagem válido ou de um visto. A Lei de Imigração em seus artigos 6º e 7º da conta de que:

Art. 6º O visto é o documento que dá a seu titular expectativa de ingresso em território nacional.

Parágrafo único. (VETADO).

Art. 7º O visto será concedido por embaixadas, consulados-gerais, consulados, vice-consulados e, quando habilitados pelo órgão competente do Poder Executivo, por escritórios comerciais e de representação do Brasil no exterior.

Parágrafo único. Excepcionalmente, os vistos diplomático, oficial e de cortesia poderão ser concedidos no Brasil.

A pessoas que ingressam em um país e de alguma maneira não possuem os documentos e as formalidades exigidas para sair do país de origem ou residência, ingressar, trabalhar ou permanecer no país de destino devem ser chamadas de migrantes

não documentados, muito embora são identificadas como “imigrantes ilegais. Essa nomenclatura criminaliza e desumaniza as pessoas que migram, e podem ser usadas para justificar a negativa de direitos que são próprios do ser humano.

Em outro ponto, as razões para uma pessoa migrar são muitas: ter acesso à direitos fundamentais, garantir a sobrevivência diante de perseguições religiosas, questões políticas, raciais, orientação sexual, se unir aos familiares, fugir de catástrofes, dentre outros motivos. O perfil dos imigrantes também varia: homens, mulheres, crianças, não existe um perfil específico, pode mudar de acordo com o país de origem ou momento histórico.

No Brasil, o movimento migratório foi intensificado no século XIX, com a expansão do café o país recebeu milhares de imigrantes europeus para colaborar com a força do trabalho nas lavouras.

Após o fim da Primeira Guerra Mundial houve um ingresso de novos imigrantes, desta vez de diversas etnias dentre elas portuguesa, espanhola, japonesa e, no pós-guerra, polonesa, russa, romena e judaica.

Contemporaneamente, de acordo com dados da OIM (2017. p. 1) em 2015, os migrantes internacionais representavam 0,3 da população de 207,7 milhões do Brasil, um número muito pequeno.

A Polícia Federal aponta que em 2018, de acordo com dados do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) (2019, p. 10), o Brasil tinha 80.057 solicitações de reconhecimento da condição de refugiado. Observa-se a diversidade da população migrante contemporânea no Brasil, grande parte do Sul do globo, especialmente da América Latina, com destaque para Venezuela que representava maioria desses requerimentos.

3.2 A situação dos venezuelanos

O Comitê Nacional para Refugiados, funciona sob a liderança do Ministério da Justiça, sendo o órgão responsável pela concessão de refúgio no Brasil, o procedimento é feito administrativamente nos termos do Estatuto dos Refugiados (Lei n 9.474, 1997).

De acordo com o Glossário do Relatório “Refúgio em Números 4ª edição” do CONARE (2019, p. 03), é definido como refugiado “[...] pessoas que estão fora de seu país de origem devido a fundados temores e não podem ou não querem valer-se da proteção de seu país [...]”. O Estatuto dos Refugiados, no seu artigo 1º, classifica como temores a perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas e devido a grave e generalizada violação de direitos humanos.

Informa o CONARE (2019, p. 7) que “Na data de 06 de junho de 2019, segundo dados de governos, estima-se que 4.001.917 de nacionais da Venezuela constam como solicitantes de reconhecimento da condição de refugiado, refugiados e residentes em seus sistemas”.

Os venezuelanos, até dezembro de 2018, representavam 85.438 dos solicitantes de

reconhecimento da condição de refúgio no Brasil. Dessas, 61.681 foram recebidas apenas em 2018 e 81% das solicitações foram apresentadas no estado de Roraima, na cidade fronteiriça de Pacaraima (COMITÊ NACIONAL PARA OS REFUGIADOS, 2019, p. 10).

Em 14 de junho de 2018, o CONARE (p. 35, 2019) reconheceu a grave generalizada violação de Direitos Humanos na Venezuela, com fundamento no inciso III do art. 1º do Estatuto dos Refugiados que estabelece: será reconhecido como refugiado “[...] todo indivíduo que devido a grave e generalizada violação de direitos humanos é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país”.

O reconhecimento desta situação facilitou a solicitação de refúgio por partes dos reconhecidos, possibilitando um procedimento simplificado nos termos da referida lei.

Conforme aponta os dados do “Estudo de País de Origem Venezuela” do Ministério da Justiça e Segurança Pública (2019, p. 1) a tensão foi iniciada em 2013, após Nicolás Maduro ganhar as eleições. Isso agravou a crise econômica, levando a falta de bens, inflação e desvalorização da moeda, bem como a retirada da Venezuela da Convenção Americana de Direitos Humanos e outros acontecimentos.

O relatório corrobora que os venezuelanos vivem sob violência e insegurança generalizada como execuções extrajudiciais; violência de gênero; tortura de pessoas privadas de liberdade; conflitos internos; maior taxa anual de homicídios da América Latina, Caribe e do mundo. Além de tudo isso, sofrem violação maciça de direitos humanos como direito à alimentação, direito à saúde, direito à educação, direito ao trabalho (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICOS, 2019, p. 13).

O estudo também informa o acontecimento de episódios que afetam a ordem pública, patrocinadas por instituições e funcionários da administração pública, as instituições políticas (Poder Executivo, Legislativo e Judiciário) e as Forças do Estado. Neste sentido:

Instituições Políticas: A CIDH apontou interferência na Assembléia Nacional, após decisões proferidas pelo Supremo Justiça (TSJ), afetando o princípio da separação de poderes. Esta situação piorou em 2017 com uma alteração constitucional as Sentenças nº 155 e 156 emitidas pelo Supremo Tribunal em 28 e 29 de março, que concedeu ao Poder Executivo poderes discricionários, medidas constuíam uma usurpação das funções do Poder Legislativo por parte dos Poder Executivo.

Forças do Estado: Policiais estão envolvidos em corrupção e violações de direitos humanos, incluindo p manifestantes, atores políticos da oposição, e têm sido ineficazes em conter os crescentes níveis de violência no país. Estado de emergência: Decreto determina “estado de exceção e emergência econômica” em todo o território nacional pela escassez de alimentos, medicamentos e a deterioração da infraestrutura, bem como a polarização e conflito político.

Liberdade de Expressão: 4 pessoas morreram, mais de 200 ficaram feridas e 205 foram presas durante a repressão de vários protestos que ocorreram desde 30 de abril de 2019. Além de execuções extrajudiciais, uso ilegal da força arbitrárias em massa e maus-tratos contra pessoas que expressam sua opinião contra o governo de Maduro (2019, p.14).

Percebe-se a ligação com o aumento do fluxo migratório e a crise humanitária instituída na Venezuela.

Ainda que o número de migrantes venezuelanos seja expressivo, principalmente na região da fronteira com Roraima, segundo dados da Matriz de Monitoramento de Deslocamentos da OIM (2018, p. 2) 52% dos que entraram pelo estado já deixaram o Brasil. Deduzindo-se que, para muitos, o Brasil é um país de trânsito para chegar a um terceiro estado, obviamente países que tem o espanhol como língua nativa.

4 | CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA DOS IMIGRANTES VENEZUELANOS

Conforme já frisado no presente texto, o acesso à justiça é direito fundamental de todo brasileiro ou estrangeiro residente no país, e a sua efetivação depende, na maioria das vezes, das instituições públicas. Relativo aos nacionais venezuelanos, verificou-se um maior zelo da Defensoria Pública da União (DPU), que desempenha papel basilar na defesa dos interesses dos migrantes, além do Comitê Nacional para Refugiados, da Organização Internacional para Migrações e outras organizações da sociedade civil.

Primeiramente, a DPU é promotora dos direitos humanos e da defesa em todos os graus, judicialmente e extrajudicialmente, dos direitos individuais e coletivos de forma integral e gratuita (BRASIL, Lei Complementar nº 132, 2009, art. 1º).

Segundo, atua como assessora em demandas internacionais de todos os brasileiros ou estrangeiros em situação de vulnerabilidade jurídica e econômica, em conformidade com a legislação nacional, além dos tratados assinados pelo Brasil, conforme estabelecido no art. 26, I do Regimento interno da DPU (Resolução do Conselho de Superior da DPU nº 154, 2019).

A análise da condição de vulnerável do estrangeiro é do defensor. A DPU (2020a) informa que no caso de estrangeiros, são observados os critérios adotados no país de origem para caracterizar uma pessoa carente de recursos. Em regra, pessoas que têm direito aos benefícios assistenciais do Estado se enquadram nessa condição.

Nesse ponto, a DPU atua na assistência jurídica integral e gratuita aos imigrantes, na promoção dos direitos dos imigrantes e refugiados, inclusive articulando com órgãos governamentais e sociedade civil e expedição de recomendações para tutela de direitos dessas pessoas. Os imigrantes e refugiados que necessitem dos seus serviços podem procurar as suas sedes nos Estados e no Distrito Federal (DPU, 2020b).

Do mesmo modo, em 2013 na 74ª Reunião Extraordinária da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, foi firmado um Acordo de Cooperação Técnica entre a DPU, a Secretaria Nacional de Justiça (SNJ) e o CONARE, possibilitando que a DPU analise conjuntamente com o CONARE os casos de pedidos de refúgio (SENADO FEDERAL, 2013). Essa medida proporciona uma avaliação precisa dos pedidos.

Ora, a assistência jurídica integral dar-se-á em todas as necessidades jurídicas dos imigrantes, judicialmente ou extrajudicialmente, antes, durante e depois do pedido de refúgio.

No tocante, DPU mostra-se bastante aplicada na resposta ao fluxo venezuelano no Brasil, é o que o Defensor Público Federal João Freitas de Castro Chaves confirma no histórico de atuação:

Dezembro/2016: Habeas corpus preventivo para impedir deportação coletiva de 450 venezuelanos (CADH [Convenção Americana de Direitos Humanos] x Estatuto do Estrangeiro)

Julho/2017: Ação civil público para isenção de taxas (atuação conjunta com MPF [Ministério Público Federal])

Outubro/2017: Missão preliminar em Pacaraima (parceria com UNODC [Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime])

Janeiro/2018: Participação em missão do CNDH [Conselho Nacional dos Direitos Humanos] (Belém, Santarém, Manaus, Boa vista, Pacaraima)

Junho/2018: Missão em Manaus/AM com atenção especial a indígenas warao (parceria com UNOCD)

Julho/2018: Primeira missão específica na operação Acolhida

Agosto/2018: Início da atuação permanente em Pacaraima (2 Defensores/ as Públicas/ as Federais)

Outubro/2018: Missão em Belém/PA com atenção especial a indígenas warao (parceria com UNODC) (2018, p. 93).

A operação acolhida ocorreu entre junho-julho/2018, de caráter de força-tarefa contou com apoio do Exército Brasileiro, Polícia Federal, Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), Ministério do Desenvolvimento Social, Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, Receita Federal, DPU e agências internacionais (OIM, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), Fundo de População das Nações Unida (UNFPA), Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF).

Nesta operação, a DPU atuou na representação legal e análise de proteção para crianças e adolescentes por meio de resoluções, monitoramento do controle migratório para prevenção de negativa dos pedidos, orientação jurídica sobre o regime de vistos, documentos de viagem e regularização migratória, garantia de acesso aos direitos básicos em Pacaraima, suporte jurídico e diálogo interagências e visitas aos abrigos indígenas (CHAVES, 2018, p. 97).

Relativo ao fluxo migratório, o CONARE está oferecendo orientação e assistência para as pessoas iniciarem o processo de regularização, por meio do pedido de refúgio e vistos de residência temporária (EGAS, 2018, p.33).

A OIM conta com um escritório em Boa Vista - RR, e um posto de atendimento em Pacaraima, que realiza o trabalho de regularização dos venezuelanos. A organização

está apoiando a regularização migratória dos venezuelanos em território brasileiro, junto a Polícia Federal e outros órgãos (OTERO; TORELLY; RODRIGUES, 2018, p. 42).

Por fim, importante citar as organizações da sociedade civil (sem fins lucrativos, religiosas ou filantrópicas) que prestam alguma assistência jurídica aos imigrantes.

A primeira é o Instituto Migrações e Direito Humanos (IMDH), fundada em 1999 em Brasília, e vinculada à Congregação das Irmãs Scalabrinianas. O IMDH dedica-se ao atendimento jurídico dos solicitantes de refúgio, refugiados e apátridas. Também mantém um escritório em Boa Vista, voltado ao atendimento de mulheres e crianças venezuelanas em situação de vulnerabilidade social, com ações que abrangem também o município de Pacaraima (INSTITUTO MIGRAÇÕES E DIREITOS HUMANOS, 2020).

Seguido, no Rio de Janeiro a Cáritas Arquidiocesana, mantém o Programa de Atendimento a Refugiados e Solicitantes de Refúgio (PARES), com a proposta de acolhimento, oferecendo orientações sobre a solicitação do reconhecimento da condição de refugiado e o acompanhamento jurídico dos pedidos. A instituição já atendeu em 2019, 1.082 venezuelanos em seus diversos setores, de recepção, serviço social, pedagogia e saúde mental (PROGRAMA DE ATENDIMENTO A REFUGIADOS E SOLICITANTES DE REFÚGIO CÁRITAS RJ, 2020).

Na cidade de São Paulo existem duas organizações que, potencialmente, podem oferecer assistência aos nacionais venezuelanos. A primeira é a Missão Paz, que por meio do Centro Pastoral e de Mediação dos Migrantes (CPMM) acolhe imigrantes e refugiados e oferece atendimento jurídico a eles (MISSÃO PAZ, 2020).

Ainda, desde 2014 o Centro de Referência e Atendimento para Imigrantes (CRAI), administrado pelo Serviço Franciscano de Solidariedade (Sefras), por meio de um convênio com a Secretaria Municipal de Direitos Humanos e Cidadania, fornece apoio jurídico aos imigrantes em parceria com a DPU. (CENTRO DE REFERÊNCIA E ATENDIMENTO PARA IMIGRANTES, 2014).

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como escopo realizar uma breve análise a respeito da concretização do acesso à justiça aos imigrantes venezuelanos, que vem realizando notória saída do seu país de origem.

Tal qual frisado, o direito ao acesso à justiça é um desenvolvimento do direito de petição, o qual encontra guarida ainda na Magna Carta britânica. O seu aperfeiçoamento jurídico ocorreu, principalmente, com Garth e Cappelletti, responsáveis por influenciar inúmeros doutrinadores nacionais que tratam do tema.

Aquele, em suma, objetiva garantir uma prestação de serviços jurisdicionais sem quaisquer discriminações, ou seja, sem distinção de sexo, raça, orientação sexual ou nacionalidade, assim, corroborando o *caput* do artigo 5º, da Constituição Federal. A Lei

maior pátria lhe concede o caráter de direito fundamental, sendo aplicável seja a nacionais, seja a estrangeiros, tais quais os venezuelanos.

Ademais, por meio de relatórios, percebeu-se que os venezuelanos, de fato, vivem sob violência e insegurança generalizada, incluindo violência de gênero, tortura de pessoas privadas de liberdade, altas taxas de homicídios, bem como imperiosa violência aos direitos humanos. Diante disso, é expressivo o número de venezuelanos que atravessaram a fronteira buscando uma vida melhor no Brasil.

Nesse sentido, a Defensoria Pública da União desempenha papel basilar na defesa dos interesses dos migrantes, além do Comitê Nacional para Refugiados, da Organização Internacional para Migrações e outras organizações da sociedade civil. A DPU tem o condão de atuar na assistência jurídica integral e gratuita aos imigrantes, na promoção dos direitos dos imigrantes e refugiados, inclusive articulando com órgãos governamentais e sociedade civil e expedição de recomendações para tutela de direitos dessas pessoas.

Deste modo, foi possível observar que a DPU já atuou na representação legal e análise de proteção para crianças e adolescentes por meio de resoluções, monitoramento do controle migratório para prevenção de negativa dos pedidos, orientação jurídica sobre o regime de vistos, documentos de viagem e regularização migratória em determinadas missões na fronteira.

Além disso, há outras organizações que visam buscar a garantia desta regularização de imigração para os venezuelanos, como o Instituto Migrações e Direito Humanos (IMDH) e o PARES, no Distrito Federal e Rio de Janeiro, respectivamente.

A partir do presente trabalho foi possível compreender que está ocorrendo uma efetivação ao acesso à justiça aos venezuelanos, contudo, limitando-se a sua regularização legal no país, buscando concessões de visto, permissões para ficar no país ou acolhimento como refugiados. Entretanto, ao menos em breves considerações, não restou concluído concretas facilidades ao acesso ao Judiciário para garantia de outros direitos como habitação, alimentação, saúde, dentre outros conflitos, mesmo que no âmbito privado.

Apesar disso, considera-se tal fenômeno como recente, compreendendo como importante e satisfatório essa garantia de regularização legal para os imigrantes venezuelanos por intermédio de diversas organizações, sobretudo, a Defensoria Pública da União.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo. Carreira Justiça: Acesso e Descesso. **Revista Jus Navigandi**, p. 2, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativas de sistematização)**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei complementar nº 132, de 7 de outubro de 2009. Altera dispositivos da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, e dá outras providências. **Disponível em:** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp132.htm. Acesso em: 25 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Disponível em:** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm. Acesso em: 25 jul. 2020.

BRASIL. **LEI Nº 9.474, DE 22 DE JULHO DE 1997.** Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. **Disponível em:** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm. Acesso em: 25 jul. 2020.

CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional.** Tomo I, 6. Coimbra: Almedina, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas.** Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CAPPELLETI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça.** [ed.] Sérgio Antônio Fabris. Porto Alegre: s.n., 1988.

CENTRO DE REFERÊNCIA E ATENDIMENTO PARA IMIGRANTES. Atendimento. **Prefeitura de São Paulo Secretaria de Direitos Humanos e Cidadania.** Disponível em: https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/direitos_humanos/imigrantes_e_trabalho_decente/crai/index.php?p=186981. Acesso em 10 de jul. 2020.

CHAVES, João Freitas de Castro. Panorama da reposta humanitária ao fluxo venezuelano no Brasil na perspectiva da Defensoria Pública da União: Histórico de atuação da Defensoria Pública da União em relação à imigração Venezuela no Brasil. In: BAENINGER, R. e João Carlos JAROCHINSKI SILVA, J. C. (org.), **Migrações Venezuelanas.** Campinas: UNICAMP, 2018, p. 93.

Conselho Superior da Defensoria Pública da União. Resolução nº 154, de 4 de outubro de 2019.

COSTA, M. C.; MENEZES, P. F.; VINCENZI, B. V. O Direito Humano de Acesso à Justiça para os Refugiados e os Obstáculos Enfrentados para a sua Efetivação. **Revista de Direito Constitucional e Internacional Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 116, p. 173-186, nov-dez 2019.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. Assessoria Internacional, quem pode ser atendido pela DPU. **DPU Defensoria Pública da União.** Disponível em: <https://www.dpu.def.br/assistencia-juridica-internacional>. Acesso em: 27 jun. 2020.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. Migrações, Apátrida e Refúgio. **DPU Defensoria Pública da União.** Disponível em: <https://www.dpu.def.br/migracoes-e-refugio>. Acesso em: 16 jul. 2020.

EGAS, José. Solidariedade com refugiados começa com todos nós. In: BAENINGER, R. e João Carlos JAROCHINSKI SILVA, J. C. (org.), **Migrações Venezuelanas.** Campinas: UNICAMP, 2018, p. 31.

GABBAY, D. M.; COSTA, S. H.; ASPERTI, M. C. A. Acesso à justiça no Brasil: reflexões sobre escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, vol. 6, n. 3. p. 152-181, 2019.

INSTITUTO MIGRAÇÕES E DIREITOS HUMANOS. **Instituto Migrações e Direitos Humanos**. Disponível em: migrante.org.br. Acesso em: 06 jun. 2020.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. **Fatal Journeys Volume 4: Missing Migrant Children**. Geneva: International Organization for Migration, 2019.

JUBILUT, Líliliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

MENDES, G.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. **Curso de Direito Constitucional**. 4. São Paulo: Saraiva, 2009.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICOS. **Estudo de País de Origem Venezuela**. Brasília, 2019.

COMITÊ NACIONAL PARA REFUGIADOS. **Refúgio em números 4 ed.** Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Público, 2019.

MISSÃO PAZ. Quem Somos. Missão Paz. Disponível em: missaonspaz.org/menu/quem-somos. Acesso em: 06 jun. 2020.

MORAES, Thaís Guedes Alcoforado de. O papel do judiciário na proteção dos refugiados. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. especial, 2014.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues. **O Poder Judiciário na Concretização do Estado Democrático de Direito após 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DE MIGRAÇÃO. **Direito Internacional da Migração: Glossário sobre Migrações**. Genebra: s.n., 2009.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. **Direito Internacional da Migração: Glossário sobre Migrações**. Genebra: Organização Internacional para as Migrações, 2009.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. **Monitoramento do Fluxo Migratório Venezuelano n. 2**. Brasília: Organização Internacional para as Migrações, 2018.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. **Tendencias Migratorias en América del Sur: Informe Migratorio Sudamericano**, n. 1, 2017.

OTERO, G.; TORELLY, M. e RODRIGUES, Y. A Atuação da Organização Internacional para migrações no apoio a gestão do fluxo migratório venezuelano. In: BAENINGER, R. e João Carlos JAROCHINSKI SILVA, J. C. (org.), **Migrações Venezuelanas**. Campinas: UNICAMP, 2018, p. 38.

PIOVESAN, Flavia. Proteção Judicial contra omissões legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. **Revista dos Tribunais**, 2º ed, São Paulo: s.n., 2003.

PROGRAMA DE ATENDIMENTO A REFUGIADOS E SOLICITANTES DE REFÚGIO. Números do Refúgio. **PARES Cáritas RJ**. Disponível em: <http://www.caritas-rj.org.br/numeros-atendimentos-na-caritas-rj.html>. Acesso em: 04 ago. 2020.

SARLET, I. W; MARINONI, L. G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SENADO FEDERAL. 03/12/2013- 74ª Reunião- Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/notas-taquigraficas/-/notas/r/2197>. Acesso em 04 ago. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24º ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

LIBERDADE RELIGIOSA E DISCURSO DE ÓDIO: (RE) LEITURA NECESSÁRIA

Data de aceite: 21/09/2021

Data da submissão: 01/07/2021

Diego dos Reis Braga

Bacharel em Ciências Jurídicas pela
Universidade Paulista- UNIP
Ribeirão Preto/SP

Pós-graduado lato-sensu em Direito
Constitucional e Direito Eleitoral pela Faculdade
de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de
São Paulo (FDRP-USP)

Mestrado no programa de Pós-graduação da
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da
Universidade de São Paulo (FDRP-USP) -
Compliance

Ética Negocial e Desenvolvimento
<http://lattes.cnpq.br/5394992083606471>

Rafaella Marineli Lopes

Bacharela em Ciências Jurídicas pela
Universidade Paulista- UNIP- São José do Rio
Preto/SP

Pós-graduada lato-sensu em Direito
Constitucional e Direito Eleitoral pela Faculdade
de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de
São Paulo (FDRP-USP)

Mestranda no programa de Pós-graduação
da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da
Universidade de São Paulo (FDRP-USP)
<http://lattes.cnpq.br/7176774161642768>

RESUMO: A discussão perfunctória sobre a relação do Estado e religião nos remonta de imediato para o princípio liberal da neutralidade do Estado. Em que pese ser um princípio unânime

do Estado Liberal, abordado desde Rousseau e Locke, o seu grau de abstração é nascedouro de discussões sobre os limites estabelecidos ao Estado no tocante às matérias de tolerância religiosa. Tal modo, não há um consenso sobre o assunto, que demonstra ser mutável no espaço e no tempo, cambiável conforme os fatores sociais, jurídicos e políticos de cada época, e sempre atual.

PALAVRAS - CHAVE: Estado Social e Liberal. Liberdade de expressão. Liberdade religiosa. Discurso de ódio. Democracia.

RELIGIOUS FREEDOM AND HATE SPEECH: (RE) REQUIRED READING

ABSTRACT: The perfunctory discussion on the relationship between the State and religion immediately goes back to the liberal principle of State neutrality. Despite being a unanimous principle of the Liberal State, addressed since Rousseau and Locke, its degree of abstraction is the source of discussions about the limits established to the State with regard to matters of religious tolerance. As such, there is no consensus on the subject, which proves to be changeable in space and time, changeable according to the social, legal and political factors of each era, and always current.

KEYWORDS: Social and Liberal State. Freedom of expression. Religious freedom. Hate speech. Democracy.

1 | INTRODUÇÃO

A ideia do presente artigo emergiu após o Supremo Tribunal Federal julgar a ADO - Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão Nº 26, e reconhecer em decisão do Plenário a mora do Congresso Nacional para incriminar atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBTQIA+, embora excluísse dessa incriminação a liberdade religiosa e seus líderes.

O Corte Constitucional entendeu pelo enquadramento da homofobia e da transfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei 7.716/1989) até que haja a edição legislativa (tardia) do Congresso Nacional sobre a matéria. Durante o julgamento do Plenário, os Ministros do Supremo Tribunal Federal entenderam e asseguraram que a repressão penal à prática da homofobia e da transfobia não alcança, restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, nestes termos:

qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.¹

A ressalva feita pelo Plenário do Tribunal nos faz remeter para a vetusta dicotomia do Estado Liberal e do Estado Social, cuja discussão sempre se faz contemporânea. O Estado liberal surgiu no século XVIII, por meio de Revoluções Liberais em face do regime absolutista, com ingerência mínima de poder, existindo o reconhecimento a partir daí de um Estado Gendarme².

A propagação dos ideais liberais centralizou a riqueza e o poder nas mãos de poucos integrantes da sociedade, impondo o colapso da economia ocidental, desencadeando as duas grandes Guerras Mundiais do século XX e expondo ao mundo as contradições e assimetrias desse novo formato civilizatório.

A partir destes marcos na história humanidade, vislumbrou-se a ratificação de um novo formato, o do Estado Social, com promessas sociais e coletivas não compartilhadas pelo ideal liberal. A característica intervencionista do Estado Social passou a reconhecer as fendas assimétricas sociais causadas pelo liberalismo, impondo medidas para controle

1 Notícias STF. - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019. Teses da ADO nº 26. Disponível em: Acesso em: 11 de dezembro de 2019.

2 Marcado pela prestação da segurança pública e outros serviços essenciais ao próprio Estado; vigilante; busca preservar a civilização pela passagem da guerra ao convívio organizado.

da economia e a execução de remédios coletivos por meio de uma justiça redistributiva supostamente mais igualitária, necessária para almejar a quietação dos conflitos humanitários e sociais consolidados pelo funesto Estado Liberal.

Com o tecido social fragmentado, nasceram no seio da sociedade atores sociais unidos de reivindicações próprias que modificaram significativamente a sociedade contemporânea. O descompasso causado pelo regime liberal foi o motor propulsor para a dinâmica desses atores, políticos e jurídicos, e a liberdade de expressão ressurgiu como o combustível necessário à voz plural do povo e ao regime que se aproximava: o democrático. Indispensável à difusão de ideias, à formação de identidade de grupos e ao expoente das reivindicações, a liberdade de expressão está em todos os setores da vida social de um regime democrático (em tese). A liberdade religiosa é uma de suas vertentes e, inevitavelmente, não professa apenas o sagrado.

O discurso de ódio - *hatch speech*, que pode partir de algumas manifestações e líderes religiosos, trouxe a necessidade da (re) discussão de limites. Limites legais atrelados à liberdade de expressão com o anseio de assegurar a participação efetiva e a resposta de grupos minoritários ofendidos por tais discursos e líderes, ofensivos à dignidade humana.

Nesse ínterim, o presente artigo trará o esboço do paradigma do Estado Liberal e do Estado Social, por meio das doutrinas dos estadunidenses de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron, com finalidade de (re) discutir a relação íntima entre a democracia, a tolerância e os discursos de ódio religiosos direcionados à comunidade LGBTQIA+.

2 | TOLERÂNCIA E INTOLERÂNCIA

Uma sociedade dita como democrática deve ou pode ser tolerante com discursos de ódio? Ser tolerante com a intolerância? Impor limites legais à liberdade de expressão corrói o direito dentro de uma democracia ou será mais grave permitir a intolerância?

Questionamentos pairam desde os pensamentos de Rousseau na sua célebre obra *Do Contrato Social*, no Capítulo da Religião Civil, em que se reverbera o dever de tolerar todos aqueles que toleram aos demais, desde que seus dogmas íntimos e individuais não contrariem os seus deveres como cidadão (ROUSSEAU, 1978, p.145).

Nesse sentido, defendemos que o Estado, por meio do seu poder de interferência, deve ser mais ativo não apenas para cultivar a tolerância, mas também para prever meios legais e maneiras de garantir que indivíduos e grupos sejam responsivos ao agir intolerantemente com crenças e convicções plurais emergidas no tecido social da sociedade. É dever do Estado assegurar a convivência harmônica dos indivíduos, consubstanciado no respeito pelas adversidades.

Quando se trata do tema tolerância, Locke (1823, p. 10), em contraposição ao entendimento de Rousseau, entende que o Estado não deve e não pode executar qualquer tipo de coerção sobre a liberdade religiosa, pois os indivíduos devem ser livres para

promulgar e reverberar suas crenças e convicções. Locke, sob o viés da neutralidade e da carga axiológica abstrata, entende que a manutenção de uma democracia saudável depende da não intervenção do Estado na liberdade dos indivíduos. Posição esta afastada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro no julgamento sob análise.

3 | PERMITIR A INTOLERÂNCIA FAZ PARTE DA DEMOCRACIA: RONALD DWORKIN

Para o Dworkin a liberdade de expressão não deve sofrer censura pelo Estado dentro de uma Democracia, seja ela na sua forma mais odiosa ou embasada em temas sensíveis, como o racial, o étnico, o político, o de gênero, o de orientação sexual ou o religioso. Para o jus-filósofo, assiste à liberdade de expressão até mesmo o direito de ridicularizar ideias (DWORKIN, 2009, p.6).

Esse entendimento, no entanto, esbarra no fato da liberdade de expressão ser um direito humano de escala universal, não ligado ao mero procedimento ou à instrumentalidade do regime democrático. A questão que esbarra nessa premissa é da decisão: restringir ou censurar a liberdade de expressão comprometeria, de forma significativa, a legitimidade do processo democrático?

Para responder a essa questão, partimos do pressuposto de que sem dignidade humana não há que se falar em liberdade de expressão. Embora a liberdade de expressão seja algo intrínseco à legitimidade democrática, a igualdade e o respeito aos indivíduos estabelece uma linha limítrofe que deve ser respeitada.

A legitimidade democrática resta prejudicada quando determinados indivíduos ou grupos são impedidos parcial ou totalmente de participar do processo democrático, propagando suas ideias, informações, opiniões, crenças e convicções íntimas e de cunho político e moral. No entendimento de Dworkin, cabem aqui mesmo as ideias e as opiniões mais preconceituosas e os discursos de ódios direcionados aos indivíduos ou grupos étnicos, religiosos, políticos, de gênero e orientação sexual (DWORKIN, 2009, p. 7).

Esse entendimento, como já posto anteriormente, implica que em qualquer restrição imposta à liberdade de expressão, o Estado impediria a liberdade e a igualdade dos indivíduos dentro da sociedade política, o que afetaria demasiadamente a legitimidade democrática. Todos os indivíduos da sociedade têm a crença de que as leis em sentido estrito são trabalhos oriundos de procedimentos democráticos que expressam a vontade da maioria. A maioria, a decidir, submete a todos ao império e aos efeitos da lei. Daí entende Dworkin que os intolerantes são as minorias antidemocráticas e estão submetidos igualmente ao império da lei. Por isso, seria antidemocrático que a maioria, restringisse, por meio de leis, o expressar, a opinião e as ideias daquela minoria.

Nesse sentido, não se deve promulgar leis ou medidas coercitivas que vedem os discursos de ódio, sob pena dessa intervenção preventiva no processo democrático ser uma forma de censura prévia às minorias. Dessa forma, a resposta da lei como corolário

de proteção para os indivíduos e grupos minoritário não de ser prévia, e sim, posterior à liberdade de expressão, mesmo no caso do discurso de ódio externado e público. Nas palavras de Dworkin (2009, p. 8), “em um regime intitulado de democrático ninguém, por mais poderoso ou impotente que seja, pode ter o direito de não ser insultado ou ofendido”.

Mesmo no caso da liberdade religiosa, que abarca uma conexão muito profunda com a crença e o sagrado (em tese), de valor intrínseco de cada indivíduo ou grupos, que pode macular sua própria dignidade pelo discurso de ódio, o Estado deve tolerar a intolerância, por prestigiar e garantir a legitimidade democrática. Esse seria o resultado do equilíbrio principiológico entre a dignidade humana e a igualdade.

A inquietude de Dworkin está na possível restrição ao discurso de ódio pelo poder legislativo com o fim de ceifar vozes opoentes: “o despotismo da polícia do pensamento” (DWORKIN, 2006, p. 364). A ideia central é não restringir a liberdade de expressão, mesmo no caso do discurso de ódio, devendo o Estado garantir igual oportunidade de influência, de fala, escrita e gestos para todos, sem distinção. Os argumentos Dworkin são questionáveis. Tratar o discurso de ódio como tolerável abarca uma questão moral maior: o da dignidade humana. A vida, acima de tudo, é o nosso maior direito junto à nossa dignidade.

4 | INTOLERAR O INTOLERADO: JEREMY WALDRON

Diferente dos ensinamentos de Dworkin, Waldron encontra argumentos para impor restrição prévia legal às manifestações e expressões de intolerância e ao discurso de ódio, entendendo que os efeitos desses são nocivos, primeiro, porque afeta a dignidade humana dos indivíduos ou dos grupos minoritários e, segundo, porque isso pode ocasionar a corrosão do regime democrático e a poluição do tecido social.

Os dois argumentos se mostram válidos, visto que, todos aceitam os mesmos princípios, fazendo-se necessário blindar os discursos de ódio que vão à contramão de uma sociedade bem-ordenada baseada na concepção de justiça (WALDRON, 2012, p. 69). Contudo, não basta às sociedades serem bem-ordenadas, fazendo-se necessário a imposição de restrições legais e efetivas em face da intolerância e dos discursos de ódio.

Clamar por restrição legal ao discurso de ódio, baseado na intolerância pelas adversidades, não é uma busca por privilégios, mas uma afirmação da dignidade humana. Quando o discurso de ódio é externado ao público, ultrapassando os limites da seara e da individualidade privada, direitos sensíveis do outro são ceifados, devendo o Estado prover a segurança legal para que isso não ocorra, pois, como defende Waldron, a segurança é uma parte indissociável da dignidade, estando esta atrelada a própria reputação da sociedade (2012, p. 85).

Nesse íterim, é preciso realizar uma diferenciação de dois conceitos relacionados à causa e efeito do discurso de ódio, distintos pelo grau de abstração e percepção. Quando o discurso de ódio é externado pode se identificar dois efeitos colaterais. O primeiro efeito

diz respeito à avaliação, e o segundo, diz respeito ao reconhecimento. Waldron, elegendo critérios subjetivos e objetivos, ensina que o primeiro efeito reflete como ofendido se sente após o discurso de ódio, diante dos fatos, e o segundo, reflete sua reputação, ou seja, a sua posição perante a sociedade.

Nesse sentido, o Estado estaria legitimado ao sucesso da causa se, por meio de mecanismos legais de censura prévia ao discurso de ódio, buscasse a proteção da dignidade dos indivíduos, contudo, estaria fadado ao insucesso caso, utopicamente, buscasse proteger o indivíduo contra ofensas. E nesse ponto, Dworkin tem razão ao dizer que todo ser, supremo ou impotente, está sujeito a receber ofensas.

Quanto à crítica sobre a censura prévia poder erodir a legitimidade democrática, Waldron é enfático ao atestar que a questão pode ser resolvida. Para o autor, mecanismos e procedimentos legais que visam coibir os discursos de ódio de modo a censurá-los previamente, os mesmos podem arranhar a legitimidade das leis contra a discriminação, embora não a destrua. Para o autor, não é uma questão de tudo ou nada, mas uma questão de grau, em prol da proteção da dignidade. Desta feita, leis contra os discursos de ódio não faz ruir o regime democrático, pelo contrário, pode até fortalecê-lo (WALDRON, 2012, p. 193-194).

O regime democrático é baseado no dissenso, logo, o espaço público não deve acolher a intolerância e o discurso de ódio, como manifestação legítima da liberdade de expressão. O ambiente público deve ter como norte os anseios pela liberdade e tolerância, pois aquele que reverbera a raiva, o desprezo, a inferiorização e a segregação demonstram, como bem trouxe Dworkin, valores antidemocráticos. Embora sejam minorias, como bem destacou Dworkin, são antidemocráticas. Uma futura questão que até pode ser levantada com o tema é se, no Brasil atual, de fato essas pessoas que professam o ódio são, hoje, uma minoria. Por isso, talvez, a necessidade de uma legislação que contenha esses ânimos odiosos.

Por tais motivos, lei editada contra os discursos de ódio deve ter um procedimento preventivo com relação aos danos à segurança e à dignidade de minorias vulneráveis, principalmente com o viés de proteção ao ambiente democrático e à sociedade como um todo (WALDRON, 2012, p. 96). Talvez seja esse o pior impasse ao tratar o discurso de ódio apenas na esfera penal, ou de modo que essa mora legislativa prorrogue uma legislação específica para o caso ao longo de anos, vez que a lei penal remedia fatos, em vez de prevenir, o que não faz dessa decisão última decisão do STF suficiente.

5 | CONCLUSÃO

Os argumentos trazidos por Dworkin e Waldron são terrenos fartos para um debate literário acalorado sobre os limites de intervenção do Estado na vida social, principalmente na questão colocada por esse artigo sobre a liberdade religiosa e o discurso de ódio.

Militante árduo pela liberdade de expressão, de viés liberal, contrariando a ideia de qualquer censura prévia pelo Estado, Dworkin trata a intolerância como parte inegociável da legitimidade democrática, como se a intolerância fosse um tecido indissociável do corpo social, e que não merece reprimenda. Por sua vez, Waldron, perfilha pela censura prévia da intolerância e do discurso de ódio, defendendo não ser uma “questão de tudo ou nada”, mas sim questão de grau, estando em jogo a dignidade humana e a própria cultura democrática.

Os discursos falsamente religiosos que profanam um ideal anti-dignidade humana carecem da atenção legislativa dada ao tema. Deixar essa decisão nas mãos do Judiciário retirou as minorias vulneráveis, igualmente eleitores e votantes, do cenário político. A decisão do Supremo Tribunal Federal em afastar as liberdades religiosas dessa incriminação deve ser analisada no cenário democrático como um todo.

A restrição ao discurso de ódio se faz necessária quando dirigida a grupos minoritários com a intenção de segregar e diminuir aqueles na formação da opinião política. Nunca é demais lembrar que aqueles que propagam o discurso de ódio, geralmente, não estão abertos ao diálogo, uma das bases do regime democrático. A Democracia não é reconhecida pelo seu caráter meramente instrumental, mas pelos direitos erigidos para proteger. Portanto, é legítimo ao Estado impor restrição prévia com o fim de censurar o discurso de ódio baseado na intolerância contra os indivíduos e grupos vulneráveis.

REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. **Constitutionalism and Democracy**. European Journal of Philosophy. 3:1, 1995, p. 2-11.

_____, Foreword to Extreme Speech and Democracy. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (Editors). **Extreme Speech and Democracy**. New York: Oxford University Press, 2009, p. v-ix;

_____, **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte- -americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006b.

LOCKE, John. **Works of John Locke**. London: Thomas Tegg, 1823.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Abril cultura, 1978.

WALDRON, Jeremy. **Dignity and defamation: the visibility of hate**. In: Harvard Law Review, v. 123, p. 1596-1657, 2010.

_____, **The harm in the hate speech**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2012.

CAPÍTULO 6

A VERTICALIZAÇÃO DA REVENDA DE COMBUSTÍVEIS E A LIVRE CONCORRÊNCIA

Data de aceite: 21/09/2021

Claudia Gattermann Perin Pollo

Graduada em Direito pela Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP), Graduada em Administração pela Fundação Educacional do Alto Vale do Rio do Peixe (FEARPE) e Graduada em Processamento de Dados pela Universidade do Contestado (UnC) Caçador/SC
<https://orcid.org/0000-0002-7384-0030>

RESUMO : A Constituição Federal de 1988 adotou a livre concorrência como princípio que norteia a ordem econômica. Neste viés, para resguardo e estímulo à prática saudável de competitividade no ramo dos combustíveis, a Lei nº 9.478/97 e a Portaria de nº 116/2000 da ANP proibem as distribuidoras de combustíveis de exercerem a atividade de revenda varejista. O presente artigo tem como objetivo analisar o segmento da atividade de distribuição de combustíveis no Brasil e as possíveis consequências, oriunda da participação das maiores distribuidoras no varejo. Para o desenvolvimento do trabalho utilizou-se a revisão bibliográfica por meio do método dedutivo, através de artigos acadêmicos, livros, periódicos e jurisprudências. Com o conhecimento da história, evolução e organização da distribuição de combustíveis no país, do direito econômico, da intervenção do Estado para se evitar atos de concentração que gerem prejuízos econômicos e concorrência desleal, conclui-se não ser momento oportuno para a implantação da

verticalização. Essa possível liberação poderá trazer efeitos deletérios aos pequenos e médios empreendedores, consequentemente aos consumidores.

PALAVRAS - CHAVE: Distribuição de Combustíveis. Livre Concorrência. Verticalização.

VERTICALIZATION OF FUEL RESALE AND FREE COMPETITION

ABSTRACT : The Federal Constitution of 1988 adopted free competition as a principle that guides the economic order. In this perspective, to safeguard and encourage the healthy practice of competitiveness in the fuel sector, Law No. 9,478/97 and ANP Ordinance No. 116/2000 prohibit fuel distributors from engaging in retail resale activities. This paper aims to analyze the segment of fuel distribution activity in Brazil and the possible consequences arising from the participation of the largest distributors in retail. For the development of the work, a bibliographic review was used through the deductive method, through academic articles, books, periodicals and jurisprudence. With knowledge of the history, evolution and organization of fuel distribution in the country, economic law, State intervention to avoid concentration acts that generate economic losses and unfair competition, it is concluded that this is not an opportune time for the implementation of verticalization . This possible release may have harmful effects on small and medium entrepreneurs, consequently on consumers.

KEYWORDS: Fuel Distribution. Free competition. Verticalization.

INTRODUÇÃO

O artigo 170 da Constituição Federal aborda o Princípio Constitucional da Livre Concorrência como um limitador ao abuso do poder econômico, em que o Estado tem função imprescindível no amparo deste princípio (CORDEIRO, 2007).

A Portaria nº 116/2000 da Agência Nacional do Petróleo – ANP, em seu artigo 12 estabelece que: “É vedado ao distribuidor de combustíveis líquidos derivados de petróleo, álcool combustível, biodiesel, mistura óleo diesel/biodiesel especificada ou autorizada pela ANP, e outros combustíveis automotivos o exercício da atividade de revenda varejista” (ANP, 2000, n.p).

A verticalização na revenda pelas distribuidoras ocorre no mercado varejista de combustíveis, quando da prática de preços que afrontam à concorrência e limitam a competitividade, o poder judiciário tem o dever de manter o mercado hígido, equilibrado, ético e leal (MINISTÉRIO PÚBLICO DO MATO GROSSO DO SUL - MPMS, 2019).

Segundo Almeida (2015) os consumidores não conhecem a organização da verticalização e suas implicações nefastas, visto que os preços baixos não refletem a realidade, frustram a concorrência e os interesses dos consumidores, posteriormente há desaparecimento da efetiva competitividade. Em longo prazo, existe a possibilidade de haver um monopólio, onde a oferta será menor que a demanda e conseqüentemente os preços elevar-se-ão (PROENÇA, 2001).

Neste contexto, o presente artigo tem como escopo chamar a atenção para o segmento da distribuição de combustíveis no Brasil. Mister conhecer sua evolução, o direito da concorrência, o direito constitucional econômico, a intervenção do Estado na ordem econômica para a compreensão do fenômeno da verticalização da revenda de combustíveis e a livre concorrência.

Ressalta-se que o objetivo do estudo está assentado sobre um tema consistente, contemporâneo e relevante ao mercado consumidor brasileiro.

A VERTICALIZAÇÃO NA REVENDA: BENEFÍCIO OU PREJUÍZO?

A distribuição de combustíveis no Brasil é uma atividade que move a economia, gera empregos e arrecada tributos desde a década de 1910, quando a primeira distribuidora instalou-se no país a *Standard Oil*. Era o início do abastecimento de um novo mercado de derivados de petróleo (NOEL, 2010).

A descoberta de petróleo no Brasil e a criação da empresa pública Petrobras no ano de “1953, para o exercício do monopólio estatal do petróleo brasileiro com a finalidade de suprir o mercado interno” (BOAMAR, 2010, p. 54) foram essenciais para o desenvolvimento e crescimento econômico. No Brasil tinha-se um mercado petrolífero fechado e controlado, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 houve grande conquista neste setor, em que foi determinada a separação entre venda e revenda de combustíveis (ABOU,

2010).

A Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997 (Lei do Petróleo), implantou um novo marco regulatório para o setor petrolífero brasileiro, com o fim de dotá-lo com perfil de livre mercado, maior eficiência econômica e fomento da competição entre os agentes econômicos (BRASIL, 1997).

Segundo Luna e Meira (2014, p. 125) o negócio entre as “distribuidoras e a revenda de combustíveis é dotado de nuances ainda pouco exploradas e estudadas”, afirmam Luna e Meira (2014, p. 126) que devido “a introdução dos ideais neoliberais no país, houve um redirecionamento da política econômica do Estado e, por conseguinte, uma mudança de paradigma”.

Essas mudanças ocasionaram novos parâmetros e a adoção de novas medidas, pois anterior à abertura de mercado, a revenda tinha seus preços tabelados e com as novas determinações os preços passaram a ser diferenciados em virtude de alteração nos contratos, na distância das bases de distribuição, impactando no frete, no surgimento de novas distribuidoras e de postos bandeira branca, criando-se dessa forma maior competitividade (LUNA; MEIRA, 2014).

De outra banda, uma grave realidade no Brasil, é o furto de combustíveis em dutos, prática ilícita, ocorre de forma recorrente em nosso país, são atuações “criminosas que constituem um risco real de vazamentos, incêndios ou explosões. As intervenções podem causar impactos à vida das comunidades vizinhas às faixas de dutos, ao meio ambiente [...] aos consumidores e ao processo econômico” (PETROBRÁS, 2019, n.p).

A Transpetro é a empresa responsável na execução de transportar o petróleo e os seus derivados através destes dutos, com uma abrangência de 14.000 km, “através desta malha, terminais, refinarias e bases de processamento e de distribuição são interligados. Os dutos representam o modal mais eficiente de transporte e movimentação de petróleo e combustível [...] seguro e eficiente” (Petrobras, 2019, n.p)¹. Outro benefício dos dutos é a retirada de aproximadamente vinte mil veículos que transportariam estes produtos via rodovia, e dessa forma desafogam o crítico tráfego de nossas estradas (PETROBRAS, 2019).

Em decorrência da pandemia, da negociação de refinarias da Petrobras, da possível verticalização, da reforma tributária, dos carros elétricos e híbridos, do RenovaBio é perceptível às incertezas no cenário concorrencial do setor de combustíveis. Silveira (2020, n.p) afirma que a ruptura da revenda chegou, “ruptura não é nada mais do que uma ruptura, ou um rompimento de algum modelo de negócio que estejamos aplicando normalmente”.

O Estado deve coibir qualquer excesso ou irregularidade para alcançar patamares de desenvolvimento econômico aspirados na Constituição (NELSON; BRAGA JUNIOR,

¹ Vídeo explicativo da empresa Transpetro alertando a respeito das derivações clandestinas: <https://youtu.be/IWv-f61H9tto>

2013). “É preciso repensar o projeto de país que se pretende concretizar e o atual contexto político/social reclama a efetivação do paradigma de regulação econômica democrática, a partir de uma cultura da transparência” para não exceder os limites jurídicos frente à complexidade desse segmento de mercado (ALMEIDA; ARAÚJO; CASTRO, 2017, p. 327).

A livre concorrência de acordo com Vieira (2017) é uma situação de mercado em que os agentes econômicos envolvidos disputam de forma igualitária toda e qualquer diferença existente em seu ramo de atividade, utilizando cada qual o seu perfil econômico, no intuito de conquistar o mercado consumidor almejado, sem a imposição de fatores que impeçam a competitividade, observando os ditames da lei.

Para o futuro as distribuidoras talvez tenham que repensar o seu modo de parceria, sempre o formato foi à promoção de seus produtos, as metas a serem atingidas, o seu robusto lucro, envolvendo o revendedor numa trama de difícil desvencilhamento. Hoje, este revendedor não deseja mais o papel de mero coadjuvante nesse segmento, almeja uma verdadeira livre concorrência (SILVEIRA, 2020, n.p).

O ano de 2020 foi um ano atípico com o surgimento de novidades no mercado de combustíveis. Exemplo mais inusitado foi a campanha do delivery de entrega de combustíveis da Distribuidora Fit Combustíveis, denominado Gofit. “O governador do Rio de Janeiro vetou integralmente o projeto em que proibiu o serviço de abastecimento de veículos ao consumidor fora do estabelecimento comercial autorizado” (RIO DE JANEIRO, 2020, n.p).

Quando da tramitação do projeto na Assembleia Legislativa os deputados cariocas não convocaram a ANP para tratar do assunto e tomaram a decisão para si o que é de competência federal. Este veto foi embasado no art. 238 da Constituição Federal, bem como nos arts. 8º e 9º da Lei nº 9.478/1997 e na manifestação do STF em controle concentrado pela inconstitucionalidade de lei no comércio de combustíveis, a ADI nº 855, por fim mencionou o Código de Defesa do Consumidor entendendo ser a pretensão do delivery prática abusiva por não estar em acordo com as regras existentes nos órgãos responsáveis (RIO DE JANEIRO, 2020). Chiappini (2020, n.p) esclarece que o aplicativo:

[...] entrou em operação sem anuência da agência, foi questionado na justiça, mas no fim das contas prevaleceu o conceito de *sandbox* regulatório. O termo inglês para “caixa de areia” faz referência a sistemas sem regras rígidas, mas em ambientes controlados. Neste caso, o Gofit opera como um projeto piloto.

Assim, a ANP autorizou este projeto piloto alegando que fiscalizará pelo período de 360 dias, observando se estão sendo cumpridos os requisitos de segurança. Nesse mister, Guidoni (2020, 18-19) tenta entender “como um veículo de entrega delivery de combustível poderá atender às exigências de segurança que são necessárias para a atividade”. Os postos são pessoas jurídicas que possuem instalações fixas com menor risco para o meio ambiente se comparado com o projeto piloto que é uma empresa com instalação móvel, em que o consumidor poderá ser um possível poluidor indireto conforme dispõe a Lei nº

6.938/81 sobre a Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA (GUIDONI, 2020).

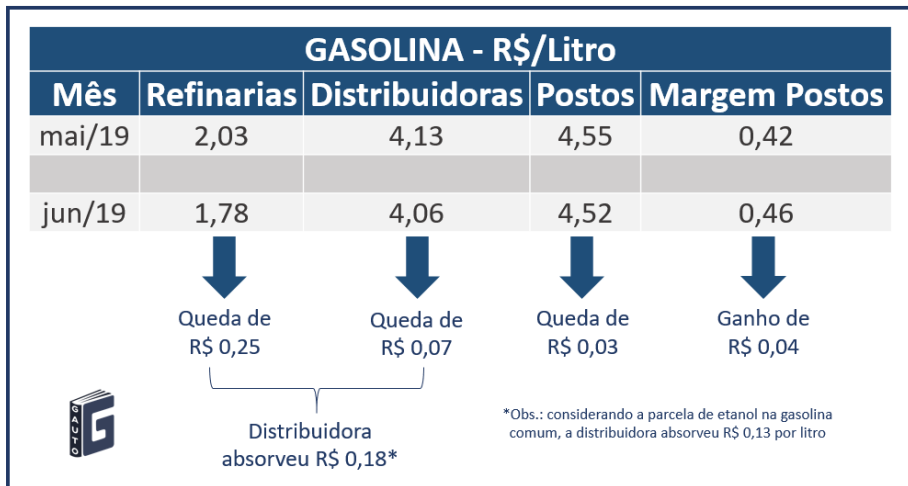
Um posto de combustível para poder iniciar suas atividades necessita cumprir regras específicas para a obtenção do atestado de vistoria emitido pelo Corpo de Bombeiros com relação à segurança contra riscos de explosão, segurança aos funcionários, aos consumidores e a sociedade, cumprir as exigências da NR 20, da NR 10, NR 35, do Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia - INMETRO, do Instituto do Meio Ambiente - IMA, da Resolução nº 273 do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, dentre outros (GUIDONI, 2020).

A venda em postos é efetuada em ambiente aberto, o *delivery* será executado em locais aleatórios e em ambiente fechado, como em garagens de edifícios o que claramente evidencia um grave risco. Ainda o fato da proibição de fontes de ignição em áreas com atmosfera inflamável, dessa forma como será o controle do uso de celulares nestes ambientes abertos? Souto (2020 *apud* Guidoni 2020, p. 20-21) alerta que:

[...] essa postura vai contra todas as premissas de segurança e gestão de riscos, pois é reativa e não preventiva [...] isso pode ser um crime! Não foi apresentada licença para fornecimento móvel de combustível, mas, sim, para o transporte deste tipo de hidrocarbonetos. Na verdade, o órgão ambiental, ao licenciar uma fonte móvel, autoriza determinada rota, de ponto a ponto. Então, a licença ambiental pouco vale para um processo onde não se sabe o trajeto do veículo. Jamais um órgão ambiental licenciaria uma temeridade desta, se soubesse, de fato, o que vai ser feito [...] Por que os estabelecimentos e os postos precisam fazer investigação de passivo ambiental e o serviço de *delivery* não?

Segundo Hernandes (2019) a estratégia de modernização intitulada de verticalização, começou a ser delineada em 2018, quando a ANP apresentou as Tomadas Públicas de Contribuições – TPC, acusava as distribuidoras de ganho elevado e primava por transparência nos preços. A tática da Petrobras foi de reduzir o custo nas refinarias para a gasolina e diesel, com total divulgação na mídia nacional, porém a redução na refinaria não significa redução na revenda. Desta maneira, “a imprensa já cobrava que a redução não havia chegado ao consumidor. Assim, com o brasileiro já convencido que o mercado de combustíveis precisa mudar radicalmente, ficou mais fácil dar sequência ao projeto de liberdade econômica” (HERNANDES, 2019, p. 03).

O que pode ser observado na figura a seguir, a partir de dados ANP e Petrobrás 2019, estes demonstram que “os preços reduzem na refinaria, porém as distribuidoras retardam ou absorvem parte da queda, como pode ser observado” (Gauto, 2019, n.p):



Fonte: a partir de dados ANP e Petrobras 2019

Figura 1 - Gasolina R\$/Litro

Fonte: Gauto (2019, n.p).

O próximo passo foi o Conselho Nacional de Política Energética – CNPE aprovar resolução incentivando a livre concorrência no país. Os órgãos envolvidos neste roteiro são os mesmos que presenciarão o encerramento de pequenas distribuidoras e revendedores que não terão chance de concorrer no mercado com as distribuidoras, e que a redução dos valores de venda do combustível não será uma realidade (HERNANDES, 2019).

Os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência estão intimamente ligados na análise da competitividade, imperativo que a existência de rivalidade entre concorrentes se dê de forma saudável e lícita (LUNA; MEIRA, 2014). Porém o que se conjectura é uma:

[...] afronta ao já referido princípio da livre concorrência, uma vez que exercendo o monopólio do fornecimento de combustíveis para os postos, as distribuidoras passam a efetivamente controlar o mercado, os preços a serem praticados, as margens de lucro e a permanência dos empresários no negócio, onerando, sobremaneira, a relação jurídico-comercial (LUNA; MEIRA, 2014, p.137).

Em uma análise feita através do formulário de comentários e sugestões das audiências públicas nº 5/2015 da ANP no estudo realizado pela Coordenadoria de Defesa da Concorrência – CDC, atinente à comercialização direta de distribuidores de GLP aos consumidores finais, a proposta formulada nas Notas Técnicas da Superintendência de Abastecimento – SAB da ANP (2015, p. 24-25) era de:

[...] vedar a presença de firmas distribuidoras no setor de revenda, com base nas seguintes teses:

‘embora próximas, as atividades de distribuição e de revenda não podem ser exercidas pela mesma sociedade, isso porque a definição legal da

atividade pressupõe a comercialização entre agente distribuidor e o agente revendedor. Permitir àquele exercer atividade de revenda cria diversas implicações regulatórias e jurídico-fiscais: (i) criação de vantagens comparativas injustificáveis; (ii) redução da concorrência;(iii) alteração dos preços repassados aos consumidores finais em razão do salto na cadeia de recolhimento do ICMS; e (iv) confusão entre distribuidor (credor) e revendedor (devedor).’

O comportamento dos preços de bomba dos combustíveis, sempre é atrelado somente à fase final do segmento, o preço na bomba de combustível, ou seja, o da venda direta ao consumidor. Porém, a verdadeira causa de acordo com Bordin (2018, n.p) encontra-se “nas demais etapas do caminho que o petróleo percorre até chegar ao seu tanque”, são elas, exploração, refino e distribuição. Mas o que acontece é a indignação dos consumidores com a revenda, com as quais negociam diretamente (BORDIN, 2018).

Alega Bordin (2018) que os indícios de manipulação dos preços dos combustíveis são em virtude do próprio governo, ou seja, ele causa, ele mantém esse problema. Para quem acompanha, estuda e vive o mercado de combustíveis de perto, com propriedade acerca do assunto, depara-se com distorções como “a falta de competição entre as três maiores distribuidoras de combustíveis que, juntas detêm cerca de 65% do mercado nacional. Essas companhias praticam preços bem uniformes, com poucas diferenças” (MELO; MARTINS, 2019, p. 13).

Sob o mesmo ponto de vista, Guidoni (2020, p. 17) também é “favorável à ampla reforma tributária, pois os tributos que incidem sobre os combustíveis tem grande reflexo na economia, é de fundamental importância” este debate para a revenda e, conseqüentemente ao consumidor brasileiro, salientando ser a uniformização do ICMS uma das medidas mais apropriadas.

Outro ponto importantíssimo ressaltado por Gauto (2019, n.p) a despeito da venda de refinarias da Petrobras é que os preços dos combustíveis não irão baixar:

[...] a redução, se houver, será marginal, ou seja, sem resultado significativo para o consumidor final [...] é preciso entender que o refinador é apenas um dos elos da cadeia de combustíveis, compondo uma das parcelas do custo agregado ao produto final [...] O novo dono das refinarias não praticará preços abaixo do produto importado. Como o preço interno hoje já está alinhado ao do importado, não há margem para redução de preços.

As refinarias colocadas à venda pela Petrobrás distam centenas de quilômetros umas das outras, de modo que a competição entre elas é pequena ou nula. Após a venda das unidades, seguiremos com monopólios regionais. Os gaúchos seguirão dependentes da REFAP (RS), os baianos ainda dependerão da RLAM, os mineiros da REGAP, o norte da REMAN e assim por diante. Não haverá concorrência nos estados hoje atendidos por estas refinarias colocadas à venda.

Na avaliação de Terrin (2009, p. 2883):

[...] para caracterizar a ilicitude de uma conduta, não há necessidade de se comprovar a posição dominante do agente econômico, mas sim demonstrar a abusividade da prática de determinadas condutas, culminando, dessa forma, no desvirtuamento da função social do modelo concorrencial.

Por fim, relevante observar que todas essas inovações, modificações e regulamentações no setor, especificamente a verticalização deve estar em “consonância com a política de defesa da concorrência e garantir que restrições se mantenham rigorosamente circunscritas ao indispensável para a materialização dos objetivos sociais relevantes” (ABRANTES, 2016, p. 47).

DELIMITAÇÕES METODOLÓGICAS

A realização do estudo utilizou o procedimento metodológico da pesquisa bibliográfica, com base na doutrina, na jurisprudência, na rede mundial, na legislação em vigor. Marconi, Lakatos (2007, p. 185) afirmam que “a pesquisa bibliográfica não é mera repetição do que já foi dito ou escrito sobre certo assunto, mas propicia o exame de um tema sob novo enfoque ou abordagem, chegando a conclusões inovadoras”.

O método dedutivo segundo Santos (2019, p. 22) “caracteriza-se por sua racionalidade. Parte-se do geral para o específico por meio da razão que leva ao conhecimento verdadeiro”.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A produção de riquezas é fator primordial para um país, posto isto, Vieira (2017, p. 23) alerta que “o desenvolvimento econômico, embora desejável, não deve se dar a qualquer custo, porquanto não é um fim em si mesmo. Ao contrário, deve ser conjugado com o aspecto social, que lhe é inerente”.

A ex-diretora-geral da ANP, Magda Chambriard (2020, p. 08) e coordenadora de Pesquisa da Fundação Getúlio Vargas (FGV) Energia, não julga com bons olhos a intenção da ANP em propor o tema da verticalização, detalha para o fato de que “[...] dois terços das compras dos postos embandeirados são provenientes de apenas 3 distribuidoras (de um total de mais de 150)”. Conclui que a proposta apenas desordenaria e bagunçaria o setor, indo na contramão da real intenção do governo brasileiro, que é a de estimular a concorrência. Afirma que antes de tudo é preciso uma reforma tributária para a redução do preço dos combustíveis e simplificar o sistema atual (CHAMBRIARD, 2020).

A conclusão da pesquisa Tendência (2018, p. 65) é de que “não há benefícios suficientes para justificar a entrada de distribuidoras no segmento varejista, dados os graves danos à concorrência que poderiam ser provocados pela verticalização”. E finaliza que se aprovada à verticalização, o domínio do segmento “pelas distribuidoras verticalizadas poderia provocar uma saída de *players* menores do mercado, reduzindo a competição e

as opções do consumidor final e aumentando ainda mais a concentração de mercado” (TENDÊNCIA, 2018, p. 64).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise realizada por meio da revisão da literatura a despeito da evolução da distribuição dos combustíveis no Brasil, os procedimentos de fiscalização na concentração empresarial, a intervenção do Estado e principalmente os motivos elencados para a proibição da atuação das distribuidoras na revenda, evidenciam a necessidade de um estudo e acompanhamento sério e rígido deste ramo frente a possíveis mudanças.

O estudo proposto reconhece que desde 2018 um debate mais incisivo sobre a possibilidade de as distribuidoras operarem diretamente a revenda está sobre análise, essa possibilidade requer que os consumidores obtenham o respaldo do Estado em virtude da magnitude e dos impactos das possíveis alterações.

Proteger a livre concorrência é dar liberdade a toda iniciativa empresarial, porém liberdade para que possam permanecer neste mercado exercendo seu direito de assim o fazê-lo sem infringir os princípios constitucionais. Considerando o que aqui foi exposto, pode-se concluir que a verticalização está em sentido contrário à persecução do princípio da livre concorrência, de um segmento eficiente e benéfico ao mercado consumidor brasileiro. Sob a revenda de combustíveis paira a sombra da espada de Dâmoicles em seu futuro.

REFERÊNCIAS

ABOU, Maurício Chicre. Prefácio *in*: BOAMAR, Paulo Fernando de Azambuja. **Combustíveis automotivos: especificações técnicas, tributos e legislação**. 1. ed. Florianópolis: Editora Insular, 2010. p. 11-14.

ABRANTES, Giovanna Zúniga. **Regulação setorial e defesa da concorrência: o caso da distribuição e revenda de combustíveis**. Dissertação (Monografia Bacharelado em Direito) – Fundação Getúlio Vargas Direito Rio, Rio de Janeiro, 2016.

ALMEIDA, Edmar Luis Fagundes de; OLIVEIRA, Patrícia Vargas de; LOSEKANN, Luciano. Impactos da contenção dos preços de combustíveis no Brasil e opções de mecanismos de precificação. **Revista de Economia Política**, v. 35, n. 3, p. 531-556, 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rep/v35n3/1809-4538-rep-35-03-00531>. Acesso em: 17 mai. 2020.

ALMEIDA, Laryssa Mayara Alves de; ARAÚJO, Ludmila Albuquerque Douettes; CASTRO, Vinicius Leão de. Regulação econômica democrática e a construção da cultura da transparência na ANP. **Revista Ius Gentium**, v. 08, n. 2, p. 317-332, jul/dez. 2017. Disponível em: <https://www.uninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/349/283>. Acesso em: 23 mai. 2020.

ANP - AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. **Portaria nº 116 de 05.07.2000**. Regulamenta o exercício da atividade de revenda varejista de combustível automotivo. Brasília, DF. Disponível em: <http://legislacao.anp.gov.br/?path=legislacao-anp/portarias-anp/tecnicas/2000/julho&item=panp-116--2000>. Acesso em: 01 mar. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO – ANP. **Formulários de comentários e sugestões audiências públicas nº 5/2015**. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/images/pdf/77115.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2020.

BOAMAR, Paulo Fernando de Azambuja. **Combustíveis automotivos: especificações técnicas, tributos e legislação**. 1. ed. Florianópolis: Editora Insular, 2010. 832 p.

BORDIN, Ricardo. **Carteis, postos e preços da gasolina - de quem realmente é a culpa pela forte alta?** Instituto Ludwig von Mises Brasil. Disponível em: <https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2845>. Acesso em: 06 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.478 de 06 de agosto de 1997**. Institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm. Acesso em: 08 abr. 2020.

CHAMBRIARD, Magda. Em compasso de espera. **Revista Combustíveis & Conveniência**, ano 17. n. 181, p. 07-09. 2020. Disponível em: <https://www.fecombustiveis.org.br/edicoes-revista/revista-combustiveis-e-conveniencia--ed-181/241406>. Acesso em: 11 set. 2020.

CHIAPPINI, Gabriel. **BR distribuidora questiona campanha de app de delivery da Refit** Disponível em: <https://epbr.com.br/br-distribuidora-questiona-campanha-de-app-de-delivery-da-refit/>. Acesso em: 19 set. 2020.

CORDEIRO, Rodrigo Aiache. **Poder econômico e livre concorrência: uma análise da concorrência na constituição da república federativa do Brasil de 1988**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2007.

GAUTO, Marcelo. **A venda das refinarias Petrobrás não baixará o preço dos combustíveis**. Disponível em: <https://www.linkedin.com/pulse/venda-das-refinarias-petrobr%C3%A1s-n%C3%A3o-baixar%C3%A1-o-pre%C3%A7o-dos-marcelo-gauto>. Acesso em: 31 ago. 2020.

GUIDONI, Rosemeire. Debate sobre tributação dos combustíveis permanece pendente. **Revista combustíveis & conveniência**, ano 17. n. 181, p. 16-17. 2020. Disponível em: <https://www.fecombustiveis.org.br/edicoes-revista/revista-combustiveis-e-conveniencia--ed-181/241406>. Acesso em: 11 set. 2020.

HERNANDES, José Camargo. Verticalização não trará a tão sonhada redução de preços. **Revista postos & serviços**, ano 24. n. 282, p. 03-07. 2019. Disponível em: <http://www.resan.com.br/revista-postos-e-servicos/99-jogo-de-cartas-marcadas/>. Acesso em: 17 set. 2020

LUNA, Priscilla Maria Coutinho Medeiros; MEIRA, Raissa Vanessa de. Os meios de vinculação dos revendedores às distribuidoras de combustíveis sob o enfoque da cláusula de exclusividade. **Revista Direito E-nergia**, v. 8, p. 125-142, 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/direitoenergia/article/view/5549/4943>. Acesso em: 28 de ago. 2020

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de pesquisa: planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisas, elaboração, análise e interpretação de dados**. 6ª edição, São Paulo: Atlas, 2007.

MELO, Mario; MARTINS, Emilio. Quando o remédio mata o doente ao invés de curá-lo. **Revista combustíveis & conveniência**, ano 17. n. 180, p. 16-17, dez 2019/Jan-fev 2020. Disponível em: <https://www.fecombustiveis.org.br/edicoes-revista/revista-combustiveis-e-conveniencia--ed-180/241405>. Acesso em: 11 set. 2020.

MPMS - MINISTÉRIO PÚBLICO DO MATO GROSSO DO SUL. **Autos n. 0842900-59.2017.8.12.0001**. 2019. Promotor Luiz Eduardo Lemos de Almeida. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/peticacao-taurus.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2020.

NELSON, Aline Virgínia Medeiros; BRAGA JUNIOR, Sérgio Alexandre de Moraes. Cláusulas gerais da responsabilidade objetiva previstas no código civil sob o foco do fornecimento de combustíveis e a repercussão nas relações consumeristas. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 4, n. 01, p. 1-17. 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/4337>. Acesso em: 20 mai. 2020.

NOEL, Francisco Luiz. **História da distribuição dos combustíveis Brasil**. Rio de Janeiro: Sindicom, 2010.

PETROBRAS. **Furto de combustíveis em dutos: conheça os riscos e o que pode ser feito para evitar**. Disponível em: <https://petrobras.com.br/fatos-e-dados/furto-de-combustiveis-em-dutos-conheca-os-riscos-e-o-que-pode-ser-feito-para-evitar.htm>. Acesso em: 17 set. 2020.

PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração empresarial e o direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001.

RIO DE JANEIRO. **Diário oficial do estado do Rio de Janeiro**. Ano XLVI, nº 143, ago/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/diario-oficial-rio-janeiro.pdf>. Acesso em: 19 set. 2020.

SANTOS, Luiz Carlos dos. **A construção de um projeto de pesquisa: aspectos teórico-epistemológicos, metodológicos, normativos e da língua culta – uma possível aplicação nas áreas das ciências contábeis, administração e do direito**, 2019. Disponível em: http://www.lcsantos.pro.br/arquivos/A_Constru%C3%A7%C3%A3o_do_Projeto_de_Pesquisa_-_REVISADO_-_20-09-201927092019-123344.pdf. Acesso em: 29 ago. 2020.

SILVEIRA, Luciano Francisco Santos da. **ICMS monofásico: uma proposta de simplificação da tributação do setor de combustíveis**. 2018. Graduação (Curso de Direito) - Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

SILVEIRA, Renato da. **A disrupção da revenda chegou!** 2020. Disponível em: https://www.brasilpostos.com.br/noticias/colonistas/a-disrupcao-da-revenda-chegou/?utm_campaign=News_358&utm_medium=email&utm_source=newsletter-bp#. Acesso em: 06 out. 2020.

TENDÊNCIAS Consultoria Integrada. **Impactos da entrada de distribuidoras de combustíveis no segmento de revenda varejista**. 2018. Disponível em: http://www.mme.gov.br/documents/36220/945012/Revenda_Fecombust%C3%ADveis_Question%C3%A1rio+Resolu%C3%A7%C3%A3o+CNPE+n%C2%BA+12-2019_Anexo+1+-+Parecer+TPC3.pdf/bc2bf310-4626-ceae-0175-ab775ac9e515?version=1.0. Acesso em: 17 mai. 2020.

TERRIN, Kátia Alessandra Pastori. **A garantia institucional da concorrência no direito econômico moderno: análise da posição dominante e abuso de posição dominante**. 2009. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/anais/36/12_1093.pdf. Acesso em: 28 set. 2020.

VIEIRA, Gabriel Matos Monteiro. **O confronto entre a livre iniciativa, a livre concorrência e o direito à segurança nos casos de postos de combustíveis**: um cotejo entre a jurisprudência do tribunal de justiça do estado do Ceará e a do supremo tribunal federal. 2017. Dissertação (Monografia de Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2017.

DESIGUALDADE: REALIDADE OU FICÇÃO? SÉRIE BRASILEIRA 3% A LUZ DA RACIONALIDADE EM MAX WEBER E DO DISCURSO RACIONAL EM JÜRGEN HABERMAS

Data de aceite: 21/09/2021

Wellington Martins da Silva

Universidade Federal Fluminense – UFF
Jaru – RO
<http://lattes.cnpq.br/5083526301392449>

Felipe Nadr El Rafihi

Universidade Federal Fluminense – UFF
Porto Velho – RO
<http://lattes.cnpq.br/8512480162465576>

RESUMO: Este artigo se propõe a analisar o seriado brasileiro “03%” (três por cento) a partir do conceito de racionalidade em Max Weber, bem como das proposições de Jurgen Habermas acerca do discurso racional. Esta série, que teve sua origem em um trabalho de conclusão de curso de alunos da Escola de Comunicações e Artes da USP e gravado posteriormente pela Netflix no ano de 2016, trata de uma sociedade distópica em que ideias como meritocracia, inteligência cognitiva e força física tornam-se requisitos para a realização de provas nas quais três em cada cem pessoas teriam a oportunidade de deixar uma sociedade hostil e sem recursos naturais para passar a viver com outros “merecedores” em uma ilha com tecnologia avançada e recursos em abundância. Os conceitos dos tipos de ação racional de Weber serão utilizados para a interpretação das ações dos personagens, assim como a forma e a noção de discurso racional habermasiano pode estar em jogo no seriado como uma alternativa de transformação

paradigmática dos contextos desiguais e injustos. Para tanto, o método científico utilizado será o dedutivo ao utilizar as teorias de Max Weber e de Jurgen Habermas na direção dos fatos inseridos no seriado 03%, utilizando o método monográfico como procedimento de análise cultural do grupo de personagens inseridos na série.

PALAVRAS - CHAVE: Desigualdade. Série 3%. Racionalidade. Discurso.

**INEQUALITY: REALITY OR FICTION?
BRAZILIAN SERIES 3% IN THE LIGHT OF
RATIONALITY IN MAX WEBER AND RATIONAL
DISCOURSE IN JÜRGEN HABERMAS**

ABSTRACT: This article aims to analyze the Brazilian series “03%” (three percent) based on Max Weber’s concept of rationality, as well as Jurgen Habermas’ propositions about rational discourse. This series, which had its origins in a course conclusion work by students at the School of Communications and Arts at USP and later recorded by Netflix in 2016, deals with a dystopian society in which ideas such as meritocracy, cognitive intelligence and physical strength they become requirements for conducting tests in which three out of every hundred people would have the opportunity to leave a hostile society without natural resources to live with other “deserving ones” on an island with advanced technology and abundant resources. Weber’s concepts of types of rational action will be used to interpret the characters’ actions, as well as the form and notion of rational Habermasian discourse may be at play in the series as an alternative for the paradigmatic transformation of unequal and unfair contexts. Therefore, the

scientific method used will be the deductive one, using the theories of Max Weber and Jurgen Habermas in the direction of the facts inserted in the series 03%, using the monographic method as a procedure for cultural analysis of the group of characters included in the series. **KEYWORDS:** Inequality. 3% series. Rationality. Speech.

1 | INTRODUÇÃO

Promover correlação da ficção com a realidade se faz necessário para evidenciar problemáticas no contexto de sociedades cada vez mais complexas e a anamnese de temas como o sistema de meritocracia, desigualdade social e a racionalização humana (teórica e prática) fazem-se fundamentais frente aos desafios sociais atuais.

Dessa forma, nas telas, será apresentado o que se passa em um futuro distante onde muita coisa deu errado com a civilização humana, tendo como resultado a divisão da sociedade em dois lados: o lado de lá (Maralto) e o lado de cá (Continente). Divisão esta que é feita entre minoria dominante e maioria dominada, conectados por um processo que seleciona através de provas 3% dos inscritos para viverem no Maralto, essas provas testam limites psicológicos e físicos, evidenciando a mais pura crença na meritocracia e perpetuando a desigualdade social.

Assim, o objetivo deste artigo é trazer uma abordagem sobre a importância da racionalização e do discurso racional para modificação de realidades fáticas, dando destaque para falta de igualdade social. Para tanto, o método científico utilizado será o dedutivo ao utilizar as teorias de Max Weber e de Jurgen Habermas na direção dos fatos inseridos no seriado 03%, utilizando o método monográfico como procedimento de análise cultural do grupo de personagens inseridos na série.

Em um primeiro momento será analisado em uma maximização, por meio da série nacional “03%”, um mundo com uma dualidade social, onde existem aqueles que acreditam no “processo” e tem em seus fundadores (o casal fundador) a base de sua fé – RELIGIÃO –, existem também os “milicianos” integrantes do movimento denominado A CAUSA, que tem como objetivo destruir a ideia dominante de que somente 3% podem e merecem viver com riqueza de recursos, e, por fim, a classe DOMINANTE composta pela minoria.

Por conseguinte, será apontado o que Weber chamará de ação comunitária, que se refere a ação que é orientada pelo sentimento dos agentes de pertencerem a um todo. Ao passo que a ação societária, é orientada no sentido de um ajustamento de interesses racionalmente motivado.

Ademais, na visão weberiana, será apresentado que todos os grupos que tem interesses na ordem estamental reagem com especial violência precisamente contra as pretensões de aquisição exclusivamente econômica.

Ainda, Weber explicará que as proporções e direção da “racionalização” são, assim, medidas negativamente em termos do grau em que os elementos mágicos do pensamento

são deslocados, ou positivamente pelas proporções nas quais as ideias ganham coerência sistemática e consistência naturalística.

Dessa forma, o artigo tem a pretensão de correlacionar os ensinamentos de Weber com o contexto apresentado na série brasileira, e após, apresentar dentro da teoria de Habermas alguns aspectos relevantes que podem ser utilizados dentro da temática apresentada.

Nesse sentido, será evidenciado por Habermas que aquém da razão e da desrazão, a autenticidade da vontade popular atesta-se unicamente na execução plebiscitária da manifestação de vontade de uma multidão de populares, reunida num dado momento.

Ademais, será destacado por Habermas o poder que o consenso de determinada comunidade tem em relação a instrumentalizar suas decisões de forma livres e iguais e que todos devem decidir o mesmo para todos. Portanto, os direitos fundamentais surgem da ideia da institucionalização jurídica de tal processo de autolegislação democrática.

Além do mais, evidenciará que o agir comunicativo é uma forma de construção da opinião, fazendo dos discursos públicos ferramentas de aceitação racional com objetivo de consagrar interesses de todos.

Também, será destacado dentro da correlação entre teoria e a ficção apresentada como paradigma, segundo Habermas, que as ações comunicativas entre o lado de cá e o lado de lá, são alimentadas pelas tradições culturais e das ordens legítimas, bem como dependem da identidade dos indivíduos ali inseridos e socializados.

Por fim, analisar-se-á o discurso racional de Jurgern Habermas, levando em consideração a ação e vontade de uma maioria em determinado local e não apenas a uma minoria dominante, fazendo alusão ao seriado e trazendo a luz uma oportunidade de transformação paradigmática de desigualdade e de injustiças.

2 | SÉRIE 3%

Com a popularização dos serviços de streaming – transmissão de dados pela internet, principalmente áudios e vídeos – empresas já consolidadas no mercado passaram a investir em produções de conteúdos originais. A Netflix, por exemplo, investiu em uma produção brasileira que tem como título “3%”. Essa série teve origem com o TCC de alunos da Escola de Comunicações e Artes da USP que conseguiram filmar episódio piloto e, após muita divulgação, chamaram atenção da Netflix que colocou a primeira temporada disponível aos assinantes em 2016.¹

A produção é uma série de distopia² e ficção científica que se passa em um futuro distante onde muita coisa deu errado com a civilização humana, tendo como resultado a divisão da sociedade em dois lados: o lado de lá (Maralto) e o lado de cá (Continente).

1 <http://podpop.com.br/pedro-aguilera-criador-serie-3-por-cento-original-netflix/> acessado em 28/08/2020.

2 Ideia ou descrição de um país, de uma sociedade ou de uma realidade imaginários em que tudo está organizado de uma forma opressiva, assustadora ou totalitária, por oposição à utopia “distopia”, in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2020, <https://dicionario.priberam.org/distopia> [consultado em 28-08-2020].

O Continente é um lugar desprovido de recursos naturais e tecnológicos, sua população vive na extrema miséria, enquanto o Maralto é uma ilha rica em recursos naturais e com tecnologia muito avançada. Nessa divisão, todas as pessoas que nascem são do Continente – no Maralto não há nascimentos, seus integrantes recebem medicação que resulta na esterilização, sendo incapazes de gerarem filhos, e o ingresso se dá apenas por merecimento – e crescem com a ideia de que ao completarem 20 anos de idade passarão por um processo de seleção onde somente 3% serão selecionados para viverem no Maralto.

O processo que seleciona 3% dos inscritos para viverem no Maralto é realizado por provas que testam limites psicológicos e físicos, evidenciando a mais pura crença na meritocracia. O contexto pós-apocalíptico retratado evidencia uma sociedade com mais de 100 anos vivendo essa realidade existente somente na ficção (é claro), onde a maioria das pessoas vivem com pouco ou quase nada e a minoria (3%) tem acesso aos recursos naturais e tecnológicos de forma abundante.

Dessa forma, naturalmente existem aqueles que acreditam no “processo” e tem em seus fundadores (o casal fundador) a base de sua fé – RELIGIÃO –, existe também os “milicianos” integrantes do movimento denominado A CAUSA, que tem como objetivo destruir a ideia dominante de que somente 3% podem e merecem viver com riqueza de recursos, e, por fim, a classe DOMINANTE composta pela minoria.

Com esse enredo, em poucos meses a produção brasileira se tornou a série de língua não-inglesa mais assistida na Netflix no ano de 2016³.

O desfecho da distopia foi disponibilizado em agosto de 2020, com a exibição da quarta temporada da série. No último capítulo (capítulo 7 – SOL), após integrantes da CAUSA conseguirem disparar um PEM (pulso eletromagnético) no Maralto e acabar com toda tecnologia lá existente, bem como danificar uma usina nuclear que ocasionou vazamento de radiação na ilha, todos os maraltenses tiveram que retornar para o Continente, gerando atrito entre as classes e iminente início de guerra.

A personagem Joana, interpretada pela atriz Vaneza Oliveira, uma das integrantes mais militantes do movimento A CAUSA, encontra uma cápsula que contém uma prova elaborada pelo casal fundador do Maralto que foi planejada para estabelecer se o “processo” é perfeito ou não. Nessa prova é analisado o raciocínio, estratégia, memória e principalmente a capacidade de colaborar, de se comprometer em favor do outro, onde deveriam participar líderes da Causa e líderes do Maralto – se o Maralto ganhasse seria provado que são superiores e se perdessem seria sinal de que o processo não é tão perfeito e deveria ter fim.

Foi realizada a referida prova, sendo definido que o ganhador poderia dizer o que aconteceria com o Continente e os perdedores deveriam se submeter sem discussão e sem violência. Assim, pouco antes de Joana ser vencedora, faz um pronunciado dizendo

³<https://www.terra.com.br/diversao/tv/com-boa-recepcao-no-exterior-serie-brasileira-3-chega-a-terceira-temporada,07bf92185bf52e793c0eef01f588c413e0vgx2u1.html> acessado em 28/08/2020.

que tem uma proposta para o Continente em caso de sua vitória, afirmando que:

Se eu ganhar todo mundo vai destruir as armas! E amanhã a gente vai subir ao prédio do processo, mas não vai ser para dizer quem é o melhor ou quem é o pior. Vai ser pra fazer a primeira assembleia geral! A primeira assembleia de um mundo unificado, onde todo mundo tem voz. Todo mundo vai poder falar! Se eu ganhar essa vai ser minha única ordem.

Em seguida, o líder do então Maralto assevera que se ele ganhar o Continente será dele e dos 3% que merecem, e que os inferiores deverão se curvar aos escolhidos do casal fundador ou eles vão morrer.

A série termina com todas as pessoas se dirigindo para o prédio onde era realizado o processo com finalidade de realizarem a primeira assembleia geral com oportunidade de fala para todos, com objetivo de definir como resolver os problemas em prol de toda a humanidade, sem diferença de classe.

Vale destacar um “pequeno” detalhe que ajuda ainda mais aqueles que assistem esse episódio (capítulo 7 – SOL) a refletirem sobre o tema da desigualdade e a necessidade de reduzi-la o máximo possível, que é a trilha sonora com a canção *Velha roupa colorida, de Belchior*. Nesse sentido, é possível analisar as ocorrências intertextuais (citações e referências) que contribuem para aqueles que assistem ao episódio na construção dos sentidos que o texto da canção proporciona.

Nessa conformidade, Tavares de Oliveira *et al apud* Costa afirma que “A canção é considerada um gênero híbrido, de caráter intersemiótico, porque, segundo Costa (2012), é o resultado da conjugação de dois tipos de linguagens: a materialidade verbal (o texto) e a materialidade musical (rítmica e melódica).”⁴

Com efeito, apresenta-se a referida canção com finalidade de melhor esclarecimento.

VELHA ROUPA COLORIDA

Você não sente, não vê

Mas eu não posso deixar de dizer, meu amigo

Que uma nova mudança em breve vai acontecer

O que há algum tempo era novo, jovem

Hoje é antigo

E precisamos todos rejuvenescer

Nunca mais teu pai falou: “She’s leaving home”

E meteu o pé na estrada “like a Rolling Stone”

Nunca mais você buscou sua menina

4 TAVARES de Oliveira, A., Fernandes de Sousa, M., & de Freitas Leite, F. (2017). **Marcas intertextuais na canção Velha roupa colorida, de Belchior**. *Revista Desenredo*, 13(3). <https://doi.org/10.5335/rdes.v13i3.7272> - pág. 629.

Para correr no seu carro, loucura, chiclete e som
Nunca mais você saiu à rua em grupo reunido
O dedo em V, cabelo ao vento
Amor e flor (que é do cartaz?)
No presente a mente, o corpo é diferente
E o passado é uma roupa que não nos serve mais
Você não sente, não vê
Mas eu não posso deixar de dizer, meu amigo
Que uma nova mudança em breve vai acontecer
O que há algum tempo era novo, jovem
Hoje é antigo
E precisamos todos rejuvenescer
Como Poe, poeta louco americano
Eu pergunto ao passarinho: “Blackbird, o que se faz?”
“Raven never raven never raven”
Blackbird me responde
Tudo já ficou pra trás
“Raven never raven never raven”
Assum-preto me responde
O passado nunca mais
Você não sente, não vê
Mas eu não posso deixar de dizer, meu amigo
Que uma nova mudança
Em breve vai acontecer
O que há algum tempo era novo, jovem
Hoje é antigo
E precisamos todos rejuvenescer
E precisamos rejuvenescer
(BELCHIOR, 1976).

Segundo Tavares de Oliveira *et al*, “A canção *Velha roupa colorida* foi lançada no álbum *Alucinação* em 1976, em um contexto de repressão e censura (sic) ao direito de livre

expressão, imposto pela Ditadura Militar”.⁵ Verifica-se que Belchior utiliza referências que remetem a elementos ou eventos, assim Tavares de Oliveira *et al* apresenta como exemplo: no verso “Amor e flor (que é do cartaz?)”, a primeira parte é referente a um movimento de contracultura, iniciado nos anos 1960, já a segunda parte alude a um texto efetivamente produzido, um cartaz, o que caracteriza a alusão intertextual. Durante o *Verão do amor*, foi organizado o primeiro grande festival de música regido pelos ideais da contracultura: o *Monterey Pop Festival*, idealizado por pessoas ligadas ao movimento *hippie*, na Califórnia.⁶

Ademais, Tavares de Oliveira *et al* explica que

Essa canção foi lançada em 1976, uma época marcada pela repressão da ditadura militar. O título, *Velha roupa colorida*, remete às roupas coloridas adotadas pelo movimento *hippie*, símbolo da liberdade, para, em seguida, dizer que essas roupas (o passado) já não servem, pois ficaram velhas diante do momento repressivo pelo qual o país e parte da América Latina estava passando.⁷

Outrossim, devido ao período de repressão, os artistas tinham que utilizar ferramentas textuais com finalidade de transmitir informação e sentimentos de luta, descontentamento e de mudanças em suas obras, objetivando união das pessoas contra o regime totalitário.

Isso é o que explica Tavares de Oliveira *et al* *apud* Kuroda e Santos, ao afirmar que *[...] o recurso mais utilizado como manifestação política e ideológica foi a música, pois seu caráter polissêmico e o seu jogo entre explícito e implícito enganava a elite militar; passando, pois, pelo crivo da censura (2014, p. 73).*⁸

Por certo, ao utilizar os versos:

[...] Que uma nova mudança
Em breve vai acontecer
O que há algum tempo era novo, jovem
Hoje é antigo
E precisamos todos rejuvenescer”,

retrata que o processo e toda a crença em que alguns poucos (3%) são melhores e devem ter acesso aos recursos naturais e tecnológicos, enquanto outros muitos (97%) devem viver na miséria, já é antigo e não deve mais continuar. Assim, nova mudança precisa acontecer para modificar o *status quo* e rejuvenescer.

Dessa maneira, a série 3% utiliza uma canção carregada de citações e referências para ilustrar o momento em que todos os cidadãos unidos marcham em direção ao prédio que era realizado o processo para realizarem a primeira assembleia geral onde todas pessoas terão direito de falar objetivando encontrar as melhores soluções para os problemas vivenciados por eles.

5 - *Ibid.*, p. 637.

6 - *Ibid.*, p. 641.

7 - *Ibid.*, p. 641.

8 - *Ibid.*, p. 642.

3 | RACIONALIDADE EM MAX WEBER

Na visão de Weber, a estrutura de toda ordem jurídica influi diretamente na distribuição do poder, econômico ou qualquer outro, dentro de sua respectiva comunidade. Dessa forma, muito frequentemente, a luta pelo poder também é condicionada pelas “honras” sociais que ele acarreta.⁹

Segundo Weber, existe uma forma com que são distribuídas as honras sociais, ao afirmar que

A forma pela qual as honras sociais são distribuídas numa comunidade, entre grupos típicos que participam nessa distribuição, pode ser chamada de “ordem social”. Ela e a ordem econômica estão, decerto, relacionadas da mesma forma com a “ordem jurídica”. Não são, porém, idênticas. A ordem social e, para nós, simplesmente a forma pela qual os bens e serviços econômicos são distribuídos e usados. A ordem social e, decerto, condicionada em alto grau pela ordem econômica, e por sua vez influi nela.¹⁰

Com efeito, Weber apresenta que “classes”, “estamentos” e “partidos” são fenômenos da distribuição de poder dentro de uma comunidade.¹¹ Nesse sentido, as condições de mercado de produtos ou mercado de trabalho, Weber assevera que se referem

[Esses pontos referem-se a “situação de classe”, que podemos expressar mais sucintamente como a oportunidade típica de uma oferta de bens, de condições de vida exteriores e experiências pessoais de vida, e na medida em que essa oportunidade é determinada pelo volume e tipo de poder, ou falta deles, de dispor de bens ou habilidades em benefício de renda de uma determinada ordem econômica. A palavra “classe” refere-se a qualquer grupo de pessoas que se encontrem na mesma situação de classe.]¹²

Nessa conformidade, a ordem social estabelecida no contexto da série brasileira 3% retrata as honorárias concedidas a minoria que tem acesso aos recursos do Maralto, enquanto que a grande maioria está inserida no estamento mais baixo daquela sociedade.

Ademais, Weber chama atenção para a ação comunitária, que se refere a ação que é orientada pelo sentimento dos agentes de pertencerem a um todo. Ao passo que a ação societária, é orientada no sentido de um ajustamento de interesses racionalmente motivado. O aparecimento de uma ação societária ou mesmo comunitária, partindo de uma situação comum de classe, não é de modo algum um fenômeno universal.¹³

Segundo Weber, o grau no qual a “ação comunitária” e possivelmente a “ação societária” surgem das “ações de massa” dos membros de uma classe depende de condições culturais gerais, especialmente as do tipo intelectual. À vista da condição intelectual, Weber afirma que também depende das proporções dos contrastes que já tenham surgido, estando

9 - WEBER, Max – **Ensaio de Sociologia**; Organização e Introdução: H.H. Gerth e C. Wright Mills Tradução: Waltensir Dutra; Revisão Técnica: Prof. Fernando Henrique Cardoso; 5ª edição. – São Paulo: LTC — Livros Técnicos e Científicos Editora S.A., 1982. p. 211

10 - Ibid., p. 212.

11 - Ibid., p. 212.

12 - Ibid., p. 212.

13 - Ibid., p. 215.

especialmente ligada a transparência das ligações entre as causas e as consequências da “situação de classe”. Ademais, assevera que

Por mais diferentes que as oportunidades de vida possam ser, esse fato, em si mesmo, segundo toda experiência, de forma alguma da origem a “ação de classe” (ação comunitária pelos membros de uma classe). O fato de ser condicionado e os resultados da situação de classe precisam ser claramente reconhecidos, pois somente então o contraste das oportunidades de vida poderá ser considerado não como um dado absoluto a ser aceito, mas como resultante: 1) da distribuição de propriedade existente, ou 2) da estrutura da ordem econômica concreta. Só então e que as pessoas podem reagir contra a estrutura de classes, não apenas através de atos de protesto intermitentes e irracionais, mas sob a forma de uma associação racional.¹⁴

Por certo, para que a maioria que sobrevive com a falta de recursos (Continentes) e percebe a distribuição dos recursos existentes nas mãos dos poucos escolhidos (maraltenses) conseguir realizar manifestação com resultado para aumentar a igualdade, faz-se necessário, segundo Weber: ter intelecto; perceber o contraste social entre os 3% e o restante; entender a causa e as consequências que o “processo” traz na vida das pessoas; e, se associarem racionalmente em busca de estabelecer igualdade entre todos.

Ainda, de acordo com Weber, para todas as finalidades práticas, a estratificação estamental vai de mãos dadas com uma monopolização de bens ou oportunidades ideais e materiais, de um modo que chegamos a considerar como típico. Ademais, Weber afirma que os monopólios materiais proporcionam os motivos mais eficientes para a exclusividade de um estamento; embora em si mesmos eles raramente sejam suficientes, quase sempre exercem alguma influência.¹⁵

Com efeito, Weber explica que todos os grupos que tem interesses na ordem estamental reagem com especial violência precisamente contra as pretensões de aquisição exclusivamente econômica. Na maioria dos casos, o vigor da reação é proporcional a intensidade com que a ameaça é experimentada.¹⁶

Como forma de simplificar, Weber assevera que as “classes” se estratificam de acordo com suas relações com a produção e aquisição de bens; ao passo que os “estamentos” se estratificam de acordo com os princípios de seu consumo de bens, representado por “estilos de vida” especiais.¹⁷

De acordo com o que foi trabalhado na série brasileira, o povo do lado de lá (Maralto) criou um departamento militar para coibir qualquer forma de manifestação contra o processo de seleção meritocrática existente, utilizando de aparato militar para eliminar qualquer integrante do movimento denominado A CAUSA.

Ademais, Weber assevera que o lugar autêntico das “classes” é no contexto da ordem econômica, ao passo que os estamentos se colocam na ordem social, isto é,

14 - Ibid., p. 215.

15 - Ibid., p. 223.

16 - Ibid., p. 225.

17 - Ibid., p. 226.

dentro da esfera da distribuição de “honras”. Dessas esferas, as classes e os estamentos influenciam-se mutuamente à ordem jurídica, e são por sua vez influenciados por ela.¹⁸

Decerto, Weber faz uma separação entre classe – mais ligada a parte econômica – e os estamentos – local em que as pessoas inseridas estão na esfera de distribuição de honorárias –, assim os habitantes do lado de cá (Continente) fazem parte do estamento mais baixo, enquanto os maraltense na classe mais alta, porquanto seu poder econômico está relacionado ao acesso de todos os recursos naturais e tecnológicos existentes.

Segundo Weber, os partidos são possíveis apenas dentro de comunidades de algum modo socializadas, ou seja, que tem alguma ordem racional e um “quadro” de pessoas prontas a assegurá-la, pois os partidos visam precisamente a influenciar esse quadro, e, se possível, recrutá-lo entre os seus seguidores.[...] Seus meios de alcançar o poder podem ser variados, indo desde a violência pura e simples, de qualquer espécie, à cabala de votos através de meios grosseiros ou sutis: dinheiro, influencia social, a força da argumentação, sugestão, embustes primários, e assim por diante, ate as táticas mais duras ou mais habilidosas de obstrução parlamentar.¹⁹

Refletindo sobre os ensinamentos de Weber e correlacionando com a distopia apresentada na série, os integrantes do Maralto dirigiam suas ações ao povo do continente influenciando a religião como meio de recrutar e inserir esperança das pessoas no “processo”, agindo as vezes com violência e as vezes de forma sutil.

Nesse sentido, Weber afirma que os partidos, que são sempre estruturas que lutam pelo domínio, muito frequentemente se organizam de um modo “autoritário” muito rigoroso. Entretanto, Weber chama atenção que isto não significa que os partidos sejam confinados pelas fronteiras de qualquer comunidade política. Pelo contrário, em todos os tempos ocorreu habitualmente que eles (mesmo quando visam ao uso da força militar em comum) ultrapassam as fronteiras da comunidade política.²⁰

No caso da estória apresentada pela produção tupiniquim, não existe possibilidade de ultrapassar as fronteiras do continente, porquanto o que restou da humanidade foi somente uma pequena comunidade, provavelmente no nordeste brasileiro e o povo do Maralto que vive em uma ilha próximo a costa brasileira.

De acordo com Weber, as proporções e direção da “racionalização” são, assim, medidas negativamente em termos do grau em que os elementos mágicos do pensamento são deslocados, ou positivamente pelas proporções nas quais as ideias ganham coerência sistemática e consistência naturalística.²¹

Assim, ao passo que o povo do Continente acredita na religião do “casal fundador” que somente 3 de 100 inscritos no processo possuem direitos de viver com todos os recursos a disposição e que os 97 restantes não, se caracteriza medidas negativas

18 - Ibid., p. 227.

19 - Ibid., p. 227.

20 - Ibid., p. 228

21 - Ibid., p. 68.

quanto a racionalização, pois os critérios mágicos em uma crença nessa divisão das pessoas afastam o racional. De outro lado, quando se afasta a magia e as ideias ganham coerência sistemática e consistência naturalística, o processo de racionalização é medido positivamente.

Outrossim, as ações menos racionais são exemplificadas por Weber em termos da busca de “fins absolutos”, fluindo de sentimentos afetivos ou dos elementos “tradicionais”.²²

Com efeito, Weber afirma que o destino de nossos tempos é caracterizado pela racionalização e intelectualização e, acima de tudo, pelo “desencantamento do mundo”.²³ Contudo, o mesmo autor também chama atenção para os riscos de viver em uma “gaiola de ferro”. Assim, afirma que

O puritano queria ser um profissional — nos devemos sê-lo. Pois a ascese, ao se transferir das celas dos mosteiros para a vida profissional, passou a dominar a moralidade intramundana e assim contribuiu [com sua parte] para edificar esse poderoso cosmos da ordem econômica moderna ligado aos pressupostos técnicos e econômicos da produção pela máquina, que hoje determina com pressão avassaladora o estilo de vida de todos os indivíduos que nascem dentro dessa engrenagem — não só dos economicamente ativos — e talvez continue a determinar até que cesse de queimar a última porção de combustível fóssil. Na opinião de Baxter, o cuidado com os bens exteriores devia pesar sobre os ombros de seu santo apenas “qual leve manto de que se pudesse despir a qualquer momento”. Quis o destino, porém, que o manto virasse uma rija crosta de aço {na celebre tradução de Parsons: iron cage = jaula de ferro}.²⁴

Dessa maneira, a racionalização pode implicar na inserção das pessoas na denominada “gaiola de ferro” e, assim, o pensamento será moldado e restrito, bem como o comportamento humano será padronizado e limitado a uma “prisão”.

Ademais, a necessidade de uma interpretação ética do “significado” da distribuição das fortunas entre os homens aumentou com a crescente racionalidade das concepções do mundo.²⁵ Portanto, segundo Weber, por meio da racionalização as concepções de mundo foram alteradas fazendo com que a teodiceia do sofrimento encontrasse dificuldades, sofrendo as consequências da inserção da humanidade em uma prisão de ferro do pensamento e comportamento.

Nesse sentido, a sociedade retratada no seriado utilizado aqui como paradigma destroem a gaiola de ferro na qual ficaram presos por mais de 100 anos e tem a oportunidade de criar pensamentos e comportamentos, oportunizando a todos escolherem como viverão a partir dessa liberdade.

22 - Ibid., p. 75.

23 - Ibid., p. 182.

24 - WEBER, Max – **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo**; tradução José Marcos Mariani de Macedo; revisão técnica, edição de texto, apresentação, glossário, correspondência vocabular e índice remissivo Antônio Flávio Pierucci. — São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 165

25 - Ibid., p. 318.

4 | DISCURSO RACIONAL EM JÜRGER HABERMAS

Para Habermas (2002), é certo que a democracia só pode ser exercida como uma práxis comunitária.²⁶

Nesse sentido, Habermas (2002) afirma que aquém da razão e da desrazão, a autenticidade da vontade popular atesta-se unicamente na execução plebiscitária da manifestação de vontade de uma multidão de populares, reunida num dado momento.²⁷

No contexto da obra brasileira em análise (série 3%), e segundo Habermas, bem antes de ter razão ou não, a vontade da população do Continente deve ser validada pela manifestação antecipada da vontade de seus integrantes. Ou seja, independente da razão, o principal é a expressão da vontade dos habitantes em determinado momento.

Segundo Habermas (2002), a regra da maioria apenas operacionaliza a consonância das manifestações individuais de vontade — “todos querem o mesmo”. Essa convergência traz à consciência o *a priori* substancial de uma forma coletiva de vida nacional.²⁸

Com efeito, na medida em que os participantes decidem em comum fazer uso de seu direito primitivo de “viver sob leis públicas reguladoras da liberdade”, eles constituem uma associação de jurisconsortes livres e iguais.²⁹

Dessa forma, Habermas (2002) chama atenção para o poder que o consenso de determinada comunidade tem em relação a instrumentalizar suas decisões de forma livres e iguais.

Ademais, segundo a fórmula rousseauiana, Habermas (2002) afirma que todos devem decidir o mesmo para todos. Portanto, os direitos fundamentais *surgem* da ideia da institucionalização jurídica de tal processo de autolegislação democrática.³⁰

Nessa conformidade, Habermas (2002), ao asseverar sobre a formação de opinião e da vontade, afirma que

A formação da opinião e da vontade política não se realiza apenas na forma dos compromissos, mas também segundo o modelo dos discursos públicos, que visam a aceitabilidade racional das regras, à luz de interesses generalizados, de orientações de valor compartilhadas e de princípios fundamentados. Desse modo, esse conceito não-instrumental de política apoia-se no conceito da pessoa que age comunicativamente.³¹

Ainda, Habermas (2002) ao analisar a obra de John Rawls, assevera que

Uma teoria da justiça de John Rawls marca uma cesura na história mais recente da filosofia prática. Com essa obra, Rawls reabilitou as questões morais reprimidas durante muito tempo e apresentou-as como objeto de pesquisas científicas sérias. Kant formulara a questão fundamental da moral

26 - HABERMAS, Jürgen – **A inclusão do outro – estudos de teoria política**; Tradução: George Sperber; Paulo Astor Soethe [UFPR]; 5ª edição. – São Paulo: Loyola, 2002. p. 154

27 - Ibid., p. 155.

28 - Ibid., p. 155.

29 - Ibid., p. 156.

30 - Ibid., p. 156.

31 - Ibid., p. 158.

de tal forma que ela podia encontrar uma resposta racional: em casos de conflito, devemos fazer aquilo que é igualmente bom para todas as pessoas.³²

Com efeito, para Habermas o agir comunicativo é uma forma de construção da opinião, fazendo dos discursos públicos ferramentas de aceitação racional com objetivo de consagrar interesses de todos.

Habermas (2002) afirma que seria cabível dizer que o predicado “racional” refere-se ao cumprimento de um anseio de validação atendido por via discursiva. Por analogia a um programa de verdade não-semântico, purificado de noções de correspondência, poderíamos entender “racional” como um predicado para a validade de enunciados normativos.³³

Nesse sentido, Habermas (2002) *apud* Rawls assevera que o que nos resta então, como filhos deste mundo, é um ato de fé na razão — o ato de “uma fé racional na exequibilidade de um estado constitucional justo”.³⁴

Dessa maneira, Habermas (1997) afirma que as ordens sociais somente tem sua vigência longa se forem legítimas.

A isso corresponde a interpretação de Max Weber, segundo a qual as ordens sociais somente podem obter durabilidade enquanto ordens legítimas. A “validade de uma ordem deve significar mais do que uma simples regularidade determinada pelo costume ou pelos interesses envolvidos por um agir social”, uma vez que o “costume” se apoia numa familiaridade rude, quase mecânica, ao passo que o “agir ordenado legitimamente” exige a orientação consciente por um acordo suposto como legítimo [...]³⁵

Outrossim, Habermas (1997) sobre a racionalização de Weber, afirma que Weber persegue a racionalização do direito sob o duplo ponto de vista da configuração generalizadora e sistematizadora dos programas e caminhos do direito, e da modificação das bases cognitivas de sua validade.³⁶

De outro lado, Habermas (1997) afirma que

O mundo da vida configura-se como uma rede ramificada de ações comunicativas que se difundem em espaços sociais e épocas históricas; e as ações comunicativas, não somente se alimentam das fontes das tradições culturais e das ordens legítimas, como também dependem das identidades de indivíduos socializados.

No paradigma apresentado neste artigo, tanto o Continente quanto o Maralto fazem parte do mundo da vida. Assim, as ações comunicativas existentes entre eles são realizadas dentro do espaço social em que vivem. Segundo Habermas, essas ações comunicativas entre o lado de cá e o lado de lá, são alimentadas pelas tradições culturais e das ordens legítimas, bem como dependem da identidade dos indivíduos ali inseridos e socializados.

32 - *Ibid.*, p. 61.

33 - *Ibid.*, p. 79.

34 - *Ibid.*, p. 80/81.

35 - HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre facticidade e validade**; Volume I; *Tradução: Flávio Beno Siebeneichler*. – Rio de Janeiro – RJ: Tempo Brasileiro, 1997. p. 96.

36 - *Ibid.*, p. 99.

Nessa conformidade, Habermas (1997) ao discorrer sobre liberdade comunicativa assevera que

Liberdade comunicativa só existe entre atores que desejam entender-se entre si sobre algo num enfoque performativo e que contam com tomadas de posição perante pretensões de validade reciprocamente levantadas. Essa característica peculiar da liberdade comunicativa, que depende sempre de uma relação intersubjetiva, explica por que ela se liga a obrigações ilocucionárias. Para alguém poder tomar uma posição, dizendo “sim” ou “não”, e preciso que o outro esteja disposto a fundamentar, caso se tome necessário, uma pretensão levantada através de atos de fala. [...] São respectivamente os mesmos argumentos que tem uma força racionalmente motivadora.³⁷

Assim, segundo Habermas referente a liberdade comunicativa, apresenta-se como exemplo o momento em que todos os cidadãos unidos marcharam em direção ao prédio que era realizado o processo para realizarem a primeira assembleia geral onde todas pessoas teriam direito de falar objetivando encontrar as melhores soluções para os problemas vivenciados por eles.

Nesse sentido, Habermas (1997) assevera que a proposta de uma interpretação dos direitos fundamentais a luz da teoria do discurso deve servir para esclarecer o nexos interno entre direitos humanos e soberania do povo, como também solucionar o paradoxo da legitimidade que surge da legalidade.³⁸

Ademais, afirma que de acordo com o princípio do discurso, podem pretender validade as normas que poderiam encontrar o assentimento de todos os potencialmente atingidos, na medida em que estes participam de discursos racionais.³⁹

Outrossim, Habermas (1997) ao chamar atenção para a forma da linguagem, explica que

O código do direito não deixa outra escolha; os direitos de comunicação e de participação tem que ser formulados numa linguagem que permite aos sujeitos autônomos do direito escolher se e como vão fazer uso deles. Compete aos destinatários decidir se eles, enquanto autores, vão empregar sua vontade livre, se vão passar por uma mudança de perspectivas que os faça sair do círculo dos próprios interesses e passar para o entendimento sobre normas capazes de receber o assentimento geral, se vão ou não fazer um uso público de sua liberdade comunicativa.⁴⁰

Portanto, a distopia e ficção científica apresentada pela série brasileira 3% abordou como tema central o problema da desigualdade em um cenário pós-apocalíptico, que precisou atravessar mais de 100 anos com a maioria da população (97%) vivendo em escassez de recursos, para poderem – com o assentimento de todos – participar da primeira assembleia geral com direito de fala para todos os participantes presentes.

Assim, ao realizarem a referida assembleia participando com discursos racionais,

37 - Ibid., p. 156.

38 - Ibid., p. 160.

39 - Ibid., p. 164.

40 - Ibid., p. 167.

poderão decidir de forma livre as alternativas para resolverem seus problemas e, unidos, estabelecerem a direção que trilhará a humanidade.

5 | CONCLUSÕES

Neste artigo, utilizando como análise a distopia e ficção científica apresentada pela série brasileira 3%, transmitida pela Netflix em quatro temporadas, que abordou o tema central sobre desigualdade social, foi apresentada reflexões sobre a teoria da racionalização de Max Weber, bem como apresentou-se também reflexões sobre a teoria do discurso racional e agir comunicativo de Jürgen Habermas.

Demonstrou-se, que foi necessário a humanidade atravessar mais de 100 anos com a maioria da população (97%) vivendo em escassez de recursos, para poderem – com o assentimento de todos – participar da primeira assembleia geral com direito de fala para todos os participantes presentes.

Dessa maneira, ao realizarem a referida assembleia participando com discursos racionais, poderão decidir de forma livre as alternativas para resolverem seus problemas e, unidos, estabelecerem a direção que trilhará a humanidade. Em outras palavras, a racionalização e o discurso racional, como ferramentas de mudança da realidade fática, na série 3%, foram capazes de mudar a ordem social e abrir caminho para eliminar as desigualdades sociais.

Vale acrescentar, que os exemplos apresentados com base na série 3% servem como farol para auxiliar a humanidade sobre os caminhos que devem ser percorridos com finalidade de alcançar o maior grau de igualdade entre os povos. Portanto, em que pese ser tratado na série a desigualdade como ficção, não deixa de ser uma lamentável realidade presente na humanidade.

REFERÊNCIAS

HABERMAS, Jürgen – **A inclusão do outro – estudos de teoria política**; Tradução: George Sperber; Paulo Astor Soethe [UFPR]; 5ª edição. – São Paulo: Loyola, 2002.

—— **Direito e Democracia entre facticidade e validade**; Volume I; Tradução: Flavio Beno Siebeneichler. – Rio de Janeiro – RJ: Tempo Brasileiro, 1997.

TAVARES de Oliveira, A., Fernandes de Sousa, M., & de Freitas Leite, F. (2017). **Marcas intertextuais na canção Velha roupa colorida, de Belchior**. *Revista Desenredo*, 13(3). <https://doi.org/10.5335/rdes.v13i3.7272>.

TRÊS POR CENTO (3%). Criação: AGUILERA, Pedro. Formato: Série. Gênero: Ficção Científica Distopia; Temporadas: 4; NETFLIX. Disponível em <https://www.netflix.com/br/>. acessado em 28/08/2020.

WEBER, Max – **Ensaio de Sociologia**; Organização e Introdução: H.H. Gerth e C. Wright Mills
Tradução: Waltensir Dutra; Revisão Técnica: Prof. Fernando Henrique Cardoso; 5ª edição. – São
Paulo: LTC – Livros Técnicos e Científicos Editora S.A., 1982.

—— **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo**; tradução José Marcos Mariani de Macedo;
revisão técnica, edição de texto, apresentação, glossário, correspondência vocabular e índice remissivo
Antônio Flávio Pierucci. — São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

OS REFLEXOS DA JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Data de aceite: 21/09/2021

Data de submissão: 05/07/2021

Luis Fernando Corá Martins

Mestrando em Direito pela Universidade de
Ribeirão Preto – UNAERP

Pós-graduado em Direito Público pela Pontifícia
Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/
MG.

Graduado em Direito pela Universidade de
Cuiabá - UNIC.

<http://lattes.cnpq.br/4350747776566247>

RESUMO: O objetivo do presente trabalho foi analisar a atuação do Poder Judiciário com relação à concretização dos direitos sociais e a possibilidade de intervenção em políticas públicas. Deste modo, a avaliação científica pautou-se na doutrina e em casos existentes por meio da sua jurisprudência, considerando a recorrência desse assunto na sociedade através dos constantes embates vistos entre os Poderes constituídos acerca do tema.

PALAVRAS - CHAVE: Direitos Sociais. Políticas Públicas. Poder Judiciário. Ativismo Judicial.

THE REFLEXES OF THE JUDICIALIZATION OF SOCIAL RIGHTS AND PUBLIC POLICIES IN THE DEMOCRATIC STATE OF RIGHT

ABSTRACT: The objective of this work was to analyze the performance of the Judiciary in relation to the realization of social rights and

the possibility of intervention in public policies. In this way, the scientific evaluation was based on the doctrine and in existing cases through its jurisprudence, considering the recurrence of this subject in society through the constant clashes seen between the Powers constituted on the subject.

KEYWORDS: Social Rights. Public policy. Judicial power. Judicial activism.

1 | INTRODUÇÃO

O direito contemporâneo brasileiro, por vezes constituído pelo Poder Judiciário mediante as decisões, pode propiciar concretização de políticas públicas, seja obrigando o Estado a promovê-las ou concedendo direitos sociais em casos concretos. Essas decisões impositivas sempre levam em consideração os princípios, as garantias e os direitos fundamentais presentes na Constituição Federal.

Desta forma o Poder Judiciário atua como um real garantidor dos preceitos constitucionais, impondo até mesmo aos demais Poderes a sua observância. Com isso uma grande controvérsia jurídica manifesta-se indagando acerca do limite de aplicabilidade do princípio da separação dos poderes, ou seja, se o Poder Judiciário mesmo na função de garantidor da lei e da ordem pode ou não interferir, por exemplo, na discricionariedade e nos atos de gestão do Poder Executivo, realizando o que é chamado de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas

e Direitos Sociais.

O presente trabalho tem como objetivo informar e levantar questionamentos a respeito dessa judicialização que cada vez mais se torna recorrente em nossa sociedade e nos Poderes constituídos. A importância desta exposição vem crescendo significativamente nos últimos anos, tendo em vista que o ativismo judicial, a título de exemplo, se faz mais presente a cada dia.

Com uma progressiva atuação do Poder Judiciário nas causas sociais, interferindo muitas vezes nas políticas públicas, alguns apontamentos são suscitados quanto a legitimidade dessas ordens e procedimentos, acarretando na formulação de duas correntes jurídicas doutrinárias caracterizadas por ser, uma minoritária e outra majoritária. A primeira é ínfima perto da segunda, visto que no meio jurídico e acadêmico muitas circunstâncias já foram aprofundadas e explicadas, além de existir também um entendimento consolidado pelos Tribunais Superiores que condiz com a corrente majoritária.

No entanto, apesar de existir uma linha de pensamento pacificada na doutrina jurídica e na jurisprudência brasileira, este tema ainda justifica-se como importante, uma vez que o Poder Público é inerte a muitas situações que acabam sendo resolvidas pelo Poder Judiciário. Por isso reforça-se a relevância deste tema, posto que estamos diante de um país com muitas complexidades e adversidades onde a justiça está presente em muitos acontecimentos.

Buscando uma definição para Políticas Públicas, percebe-se uma multiplicidade de ideias, mas, sempre se destacando como um método de concretizar Direitos Sociais, visto que as ações de governo com objetivos específicos são formas de consubstanciá-la. Nessa lógica se faz necessário uma política de efetivação de direitos, através de uma legislação, doutrina e jurisprudência amparadora.

Por essas razões, os autores versados no presente estudo sempre ressaltam no sentido de que a gênese da Judicialização de Políticas Públicas decorre da necessidade de um amparo, pelo Poder Público, com relação as mazelas ocasionadas pela desigualdade social, bem como outros fatores sociais. No processo evolutivo isto foi finalmente resolvido e institucionalizado no nosso país por meio da efetivação dos direitos sociais que foram promovidos pela Constituição Federal de 1988.

Com efeito, conseqüentemente ações específicas surgiram para preservar e garantir esses preceitos fundamentais retratados na nossa Carta Magna. Na elaboração deste artigo foram utilizados dados jurisprudenciais e bibliográficos que aduzem indubitavelmente acerca da percepção jurídica defendida pelo autor.

2 | PREMISSAS JURISPRUDENCIAIS

A jurisprudência está em constante evolução, se aperfeiçoando cada vez mais e fortalecendo o entendimento sobre a possibilidade de se permitir o Controle Jurisdicional

de Políticas Públicas e Direitos Sociais. Desta forma, durante esse processo evolutivo decisões em casos concretos foram proporcionando cada vez mais ao Poder Judiciário o dever de fazer cumprir políticas públicas e direitos sociais, devido ao fato de ser o real garantidor e aplicador das normas. À vista disso, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, como uma Corte regulamentadora de preceitos infraconstitucionais, começou, preliminarmente, a decidir matérias nesse sentido para que a posteriori o STF consolidasse seu entendimento. Acerca disso vejamos um dos primeiros julgados que instituiu essa “nova visão”:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: **NOVA VISÃO**.

1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador.
2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio da resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.
3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas.
4. Recurso especial provido (STJ – 2ª Turma, REsp 493.811, Rel. Min. Eliana Calmon, maioria, j. 11/11/2003, **DJ 15/3/2004**, p. 236).¹

Ressalta-se que esse entendimento foi firmado e consolidado aos poucos, de instâncias inferiores para superiores, como demonstrado na decisão supracitada do STJ, sendo sucessivamente pacificado pelo STF, a exemplo da decisão do Recurso Extraordinário nº 592.581-RS. Essa decisão da Suprema Corte foi de suma importância, pois ela trouxe naquela oportunidade muita repercussão no meio jurídico, se tornando um verdadeiro marco pacificador de entendimentos. O mencionado acórdão deliberou o seguinte:

EMENTA: REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL.

I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais.

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 493.811/SP. Relator: Eliana Calmon – Segunda Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 15 mar. 2004.

II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial.

III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal

IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes.

V - Recurso conhecido e provido.²

Assim, denota-se que o entendimento ainda vem sendo aplicado nesse sentido, como podemos vislumbrar nessa consecutiva decisão e mais recente:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REMANEJAMENTO DE VERBA PÚBLICA DA SECRETARIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL DO MUNICÍPIO DE NATAL PARA O FUNDO DE SAÚDE MUNICIPAL. ATENDIMENTO DE FINALIDADES ESPECÍFICAS. CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. REITERADA REJEIÇÃO DOS ARGUMENTOS EXPENDIDOS PELA PARTE NAS SEDES RECURSAIS ANTERIORES. MANIFESTO INTUITO PROTETATÓRIO. MULTA DO ARTIGO 1.021, § 4º, DO CPC/2015. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

(STF - AgR RE: 788077 RN - RIO GRANDE DO NORTE, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 10/09/2018, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-204 26-09-2018).³

Desta maneira, pode-se averiguar que o Supremo Tribunal Federal continuou aplicando o entendimento sobre a possibilidade de se executar o Controle Jurisdicional de Políticas Públicas e Direitos Sociais, atendendo os anseios da Constituição Federal e de toda legislação vigente, quando não cumpridas pelos demais Poderes.

Em vista disso atualmente está pacificado pela Suprema Corte a viabilidade do Poder Judiciário, a fim de garantir direitos fundamentais a partir da concretização de políticas públicas e resultando, de igual modo, a garantia de direitos sociais, impor aos Poderes Executivos da Federação determinações que consubstancie essas prerrogativas constitucionais.

Por isso, inquestionavelmente essa posição jurídica é a que vem sendo adotada, restando apenas sob o ponto de vista analítico-jurídico discutir se ela é constitucionalmente aceita ou não, levando em consideração o princípio da separação dos poderes, o princípio da discricionariedade administrativa e o princípio da impessoalidade. Nesse seguimento, torna-se indispensável uma análise, da mesma forma, a doutrina jurídica visando consolidar uma compreensão mais profunda a respeito dessa questão jurisprudencial.

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592.581/RS. Relator: Ricardo Lewandowski. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 06 abril. 2010.

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Interno no Recurso Extraordinário nº 788077/RN. Relator: Luiz Fux. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 26 set. 2018.

3 | O DEBATE SOBRE O PAPEL DO JUDICIÁRIO NO ÂMBITO DA DOUTRINA

Inicialmente, é plenamente possível atribuir a gênese da carência de certas políticas públicas a necessidade de um amparo, por parte do próprio Poder Público, com relação às mazelas ocasionadas pela desigualdade social, bem como outros fatores sociais. A institucionalização do dever de garantias no nosso país ocorreu por meio da efetivação dos direitos sociais que foram promovidos pela Constituição Federal de 1988. Essa noção percebida vem muito bem expressa em ensinamentos literários, nos seguintes dizeres:

A Constituição Federal de 1988 é considerada por muitos autores o encaminhamento legal à edificação e à operacionalização de um Estado de Bem-Estar Social (Estado Social). [...] Poder-se-ia indicar vários elementos sobre o que é/compõe o que aqui se designa bem-estar, assim como construir um artigo apenas sobre esse tema, distinguindo, interpretativamente, a concepção a partir de vários autores na contemporaneidade. Não sendo objeto desta sistematização, buscou-se alguns aspectos constituidores do bem-estar a partir de uma determinada concepção de Necessidades Humanas Básicas na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), documento consensado e reconhecido universalmente, referendando e analisando esses sob a ótica da Constituição Federal de 1988.⁴

Visualiza-se, desta forma, que a Constituição Federal retrata um efetivo progresso. Nessa perspectiva, identifica-se a importância da regulamentação dos direitos sociais, como avanço de políticas sociais, pelo Estado, para que ele próprio efetue políticas públicas e proponha medidas concretas na sociedade. Por essas razões preceitos mínimos constitucionais ensejaram em leis garantidoras e mecanismos jurídicos foram concebidos para efetivar essas políticas públicas quando o Estado ou outro Ente responsável forem omissos em suas obrigações públicas. Desse modo, quando o Estado não realiza voluntariamente as suas ações, diante dessa inércia, é possível acionar o Poder Judiciário. Com base nisso, podemos avistar, nas palavras do Professor de Direito Erival da Silva Oliveira, os seguintes ensinamentos:

Os direitos sociais vinculam-se a realizações proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, buscando a igualização de situações sociais desiguais [...]. Tal ação deveria ser realizada voluntariamente pelo Estado, porém, diante de sua inércia, é necessário acionar o Poder Judiciário para efetivá-los. Em grande parte dos casos é possível a utilização dos remédios constitucionais.⁵

Isso somente é possível quando estamos diante de um “Estado Democrático de Direito”. Essa situação institucional contribui muito para o desenvolvimento das políticas públicas e dos direitos sociais, por essa razão torna-se essencial a preservação desses institutos que são tutelados pela Constituição Federal, visto que compõem um sistema que

4 OLIVEIRA, Mara De; BERGUE, Sandro Trescastro. Políticas Públicas: Definições, interlocuções e experiências. Caxias do Sul: Educ, 2012.

5 OLIVEIRA, Erival da Silva. Prática Constitucional. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2016.

proporciona concretude às políticas públicas e aos direitos sociais brasileiros.

Portanto, valendo-se de aparatos jurídicos, que são alicerçados na legislação, doutrina e jurisprudência, é inteiramente possível se alcançar efetivas medidas sociais, tendo em vista que a própria Carta Magna concede esses mecanismos através, por exemplo, dos remédios constitucionais.

Os direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal somente podem ser implementados através de políticas públicas. Deve haver, conseqüentemente, uma observância por parte do Poder Público responsável para que se cumpra o que garante a Constituição a todos os cidadãos, sendo responsável o gestor que não se atentar aos preceitos constitucionais. Nessa lógica assevera o doutrinador Habacuque Wellington Sodré:

As políticas públicas são indispensáveis à efetivação de direitos fundamentais e estão condicionadas às ações de poderes políticos, que por sua vez, se encontram dependentes dos valores e diretrizes impostos por normas constitucionais impositivas e de observância geral e obrigatória. Em síntese, são instrumentos de efetivação de direitos, a serem utilizados após a análise de custos e benefícios na relação entre receitas e despesas, visando distribuir, regular e redistribuir benefícios a fim de minorar as desigualdades e aumentar o padrão de vida médio.⁶

O fundamento de que a Constituição outorga ao Poder Judiciário o dever de validar e invalidar determinados atos, ou, ainda, impor ou não obrigações aos outros Poderes é o que justifica o controle jurisdicional de Direitos Sociais e Políticas Públicas. Esse é o pensamento do Ministro do STF e renomado doutrinador Luís Roberto Barroso que afirma o seguinte:

Ainda que os magistrados não tenham o voto popular, desempenham, por legitimação da própria Constituição Federal, um poder político, capaz inclusive de invalidar atos dos outros dois Poderes. A legitimidade, portanto, é normativa, e decorrente da própria Constituição Federal.⁷

Em conseqüência, consegue-se compreender que o Judiciário tem esse controle emanado da Constituição Federal, todavia essa atribuição visa apenas atos de correção, posto que recaem somente quando há o descumprimento ou a omissão de alguma responsabilidade administrativa. À luz da doutrina podemos assimilar que:

A modernidade requer uma nova proteção social, não mais contra o arbítrio da monarquia, mas desta vez contra os abusos da lei, contra a arbitrariedade das casas parlamentares e contra a falta de efetividade dos direitos assegurados no texto constitucional. Diante dessa proposição emerge que a separação dos poderes deva passar por uma releitura, a fim de que possa manter-se como instrumento de garantia dos direitos constitucionais. É inquestionável que a

6 SODRÉ, Habacuque Wellington. As contingências das demandas individuais frente à questão da universalização dos direitos sociais no contexto da judicialização da política. In: Revista de Processo (RePro). n. 200, ano 36, São Paulo: RT, 2011.

7 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e outros (orgs). In: Constituição e Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.283-284.

prerrogativa de formular e executar políticas públicas caiba primariamente aos poderes legislativo e executivo, esse entendimento já foi exposto com vasta fundamentação, pelo STF, que admite a possibilidade, ainda que em bases excepcionais, de o Poder Judiciário determinar a implementação de políticas públicas definidas no texto constitucional, sempre que os órgãos competentes, descumprirem os encargos político-jurídicos que incidirem sobre si através do mandato, e com a sua omissão vierem a comprometer a efetividade dos direitos constitucionais.⁸

Por todo o exposto, conclui-se que majoritária doutrina e jurisprudência entendem que a Constituição Federal permite a Judicialização de Direitos Sociais e Políticas Públicas com o objetivo de assegurar e garantir o cumprimento da própria Constituição. Entretanto, uma parcela minoritária da doutrina jurídica aduz que isso afrontaria o Princípio da Separação dos Poderes e o Princípio da Impessoalidade, visto que com a interferência do Poder Judiciário, na busca de se efetivar direitos sociais, ocasionaria um favorecimento a determinados grupos de pessoas que possuem condições para acioná-lo ao mesmo tempo em que outras pessoas não receberiam esse atendimento, como podemos observar nos seguintes ensinamentos do professor José Reinaldo de Lima Lopes:

Ainda mais, temos visto algumas tentativas de responsabilização do Estado por omissão de serviços essenciais. E, no entanto, tal responsabilização é bastante complexa e difícil, visto que a maioria dos serviços omitidos são uti singuli, não remunerados diretamente pelos usuários, mas mantidos por meio de impostos gerais, etc. Além disso, a prestação do serviço depende da real existência dos meios: não existindo escolas, hospitais e servidores capazes e em número suficiente para prestar o serviço o que fazer? Prestá-lo a quem tiver tido a oportunidade e a sorte de obter uma decisão judicial e abandonar a imensa maioria à fila de espera? Seria isto viável de fato e de direito, se o serviço público deve pautar-se pela universalidade, impessoalidade e pelo atendimento a quem dele mais precisar e cronologicamente anteceder os outros? Começam, pois, a surgir dificuldades enormes quando se trata de defender com instrumentos individuais um direito social.⁹

Contudo, apesar de existir essa corrente doutrinária minoritária, que se fundamenta em pretextos como este acima apresentado, pode-se dizer que, em regra, todos esses argumentos que contrapõem a doutrina majoritária, bem como a jurisprudência consolidada, são considerados insustentáveis uma vez que a Constituição Federal garante o livre acesso à justiça através das instituições públicas e grande parte dessas decisões surtem efeitos gerais, ou seja, abrange a todos.

Esse é o entendimento fundado pela doutrina e jurisprudência brasileira que contrapõem satisfatoriamente os argumentos contrários, aduzindo ainda sobre a circunstância de que nenhum princípio constitucional é absoluto e se sobrepõe aos demais. A ideia opositora ainda é abatida quando se leva em consideração que a Constituição

8 FREIRE Jr, Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. In. Coleção temas fundamentais de direito. V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

9 LOPES, José Reinaldo de Lima. "A crise da norma jurídica e a reforma do judiciário". In: José Eduardo Faria (Org.). Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. São Paulo: Malheiros, 2005.

Federal salvaguarda um Sistema de Freios e Contrapesos, em que os Poderes devem supervisionar uns aos outros, mantendo-se um equilíbrio entre eles.

3.1 Ativismo Judicial

De início, cumpre registrar, que o ativismo judicial é uma manifestação por parte do Poder Judiciário caracterizada por uma conduta de proatividade atuando com interposição lícita e considerável nos atos dos demais Poderes, quando eles forem inertes ou negligentes. Diante disso, é impossível abordar sobre a judicialização de direitos sociais e políticas públicas sem referir-se sobre o ativismo judicial.

Deste modo, os contrários a tese de se efetivar políticas públicas e direitos sociais através do Judiciário sempre indicam o ativismo judicial como algo que subsidia e sustenta essas situações, trazendo para um aspecto negativo e, até mesmo, pejorativo. Esses teóricos afirmam que isso coloca os magistrados num patamar de “supremacia divina” ao mesmo tempo em que se viola constantemente o princípio da separação dos poderes, assim como a harmonia entre os poderes.

No entanto, as proferidas decisões judiciais que impõem o cumprimento forçado de políticas públicas e direitos sociais se forem realizadas de forma regular, ou seja, dentro dos limites permitidos pela Constituição Federal e pela legislação vigente em nada prejudica os princípios citados, da mesma maneira que não irá colocar aqueles magistrados numa posição acima do que lhe é autorizado. Nesse sentido também entende e nos ensina o Ministro do STF e renomado doutrinador Luís Roberto Barroso ao afirmar que:

Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Impõe-se, todavia, uma observação final. A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas [...] Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. **Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.**¹⁰

Em outras palavras, pode-se dizer que essa proatividade do magistrado sendo feita dentro do que exige a lei será norteada e fundamentada no princípio do impulso oficial, tendo em vista que, após a propositura da ação pelo autor, o julgador deve dar andamento até a finalização do processo, o que inclui a angariação de informações para formar o seu convencimento. Desta feita não há que se falar em violações, o que justifica ainda mais a

10 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial E Legitimidade Democrática. Disponível: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2020.

possibilidade de políticas públicas e direitos sociais serem exigidos quando a justiça assim entender, desde que sejam respeitados os limites de regularidade e os outros Poderes, por omissão ou negligência, deixem de cumprir suas obrigações constitucionalmente impostas.

3.2 Diferenças Entre a Judicialização e o Ativismo Judicial

Como visto o ativismo judicial se manifesta na conduta proativa do Poder Judiciário que muitas vezes pode originar uma nova hermenêutica da legislação. Por essa razão o magistrado pode, porventura, atuar além do que prediz a lei. Contudo, quando exercido dentro dos limites de regularidade, pode trazer resultados consideráveis e devidamente legítimos.

Por outro lado, a judicialização se caracteriza quando o Poder Judiciário emite decisões de teor político, tais como as relativas as políticas públicas, onde acaba interferindo nas decisões dos demais Poderes, utilizando-se para isso dos princípios constitucionais e das normas. Sendo assim, a concepção de se extrapolar os limites impostos pelo princípio da separação dos poderes é apontada pelos teóricos que são contrários a judicialização, tendo em vista que em algumas situações o Judiciário acaba atuando além de suas competências. Todavia, como explanado anteriormente e dentro dos limites de regularidade, nenhum princípio constitucional é absoluto, do mesmo modo que o sistema de freios e contrapesos estabelecido na Constituição Federal exige uma fiscalização recíproca entre os Poderes, possibilitando, dessa forma, intervenções a fim de corrigir ilegalidades ou arbitrariedades de um Poder para com os demais.

4 | CONCLUSÃO

O entendimento da jurisprudência e doutrina majoritária está sendo corretamente aplicado, na medida em que a Constituição Federal proporciona instrumentos e mecanismos justamente para garantir e assegurar que esses direitos sejam efetivados. A concretização disso muitas vezes só ocorre por meio de políticas públicas e, por essa razão, os demais poderes precisam ser responsabilizados pela sua inobservância, o que inclui o seu cumprimento forçado.

O Supremo Tribunal Federal vem acertando integralmente nas decisões proferidas, dado que os princípios constitucionais podem ser relativizados, ou seja, nenhum princípio é absoluto. Essa teoria é contemplada pelo direito brasileiro quase que por unanimidade, pois fundamenta-se quando dois princípios entram em conflito e também quando os princípios são utilizados como uma espécie de “escudo” para a prática de atos ilícitos, como, por exemplo, a ocorrência de improbidade administrativa ou prevaricação em razão de uma omissão injustificável no cumprimento de determinada política pública.

Portanto, apesar da posição oposta ainda ser defendida por uma minoria que baseia suas alegações, a título de exemplo, respaldando-se nos princípios da separação dos poderes e da impessoalidade, nota-se, fundado as razões e premissas anteriormente

apresentadas, que tais argumentos são inconsistentes e descabidos na medida que esses institutos jurídicos não são absolutos.

Assim, a aplicabilidade pacífica da jurisprudência dos juízos inferiores até a Suprema Corte deve ser mantida e o controle jurisdicional de direitos sociais e políticas públicas precisa irremediavelmente persistir, visto que o princípio da separação dos poderes pode ser relativizado para ser executado o que determina nossa Carta Magna. Da mesma forma que o princípio da impessoalidade não é transgredido, vez que todos possuem livre acesso à justiça e na maioria dos casos as decisões são de efeito *“erga omnes”* (vale para todos) ou de direitos individuais homogêneos.

É importante dizer que uma das funções do princípio da separação dos poderes em conjunto com o princípio da harmonia entre os poderes da república é a obrigação que todos os poderes possuem mutuamente de fiscalizar uns aos outros. Aliás, essa é a grande lógica desses princípios e é com base nessa finalidade que se rege o estado democrático de direito. Contudo, devido ao ativismo judicial constantemente visto nos últimos anos é natural que exista esse debate acerca dos limites de atuação do Poder Judiciário.

Apesar disso, essa discussão não deveria se dar quanto a atuação ou atribuição de fiscalizar o outro poder por parte do judiciário, e, sim, se prender apenas na matéria que está sendo apreciada, uma vez que é nítida a possibilidade de se fazer em razão dessa competência ser emanada da própria Constituição Federal. Ressalta-se, por fim, que o dever de fiscalizar compreende também o cumprimento forçado que se materializa através das sentenças ou acórdãos proferidos.

Logo, constata-se que não há anormalidade na judicialização de direitos sociais e políticas públicas, posto que se analisarmos tecnicamente os institutos constitucionais verificaremos que ela está inserida no princípio da separação dos poderes e no princípio da harmonia entre os poderes da república na sua incumbência fiscalizatória denominada popularmente como Sistema de Freios e Contrapesos, isto é, os Poderes devem supervisionar uns aos outros, mantendo-se um equilíbrio entre eles.

Por todos esses aspectos percebe-se que a Judicialização dos Direitos Sociais e das Políticas Públicas, pacificado e aplicado pela jurisprudência brasileira, é plenamente possível e acertadamente utilizado, visto que advém da Constituição Federal e se faz essencial para a conservação do estado democrático de direito, assim como dos demais direitos e garantias constitucionais.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.**
COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e outros (orgs). In: **Constituição e Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial E Legitimidade Democrática**. Disponível:<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 08 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 493.811/SP**. Relator: Eliana Calmon – Segunda Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 15 mar. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Interno no Recurso Extraordinário nº 788077/RN**. Relator: Luiz Fux. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 26 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 592.581/RS**. Relator: Ricardo Lewandowski. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 06 abri. 2010.

FREIRE Jr, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas. In. Coleção temas fundamentais de direito**. V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LOPES, José Reinaldo de Lima. “**A crise da norma jurídica e a reforma do judiciário**”. In: José Eduardo Faria (Org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005.

OLIVEIRA, Erival da Silva. **Prática Constitucional**. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, Mara De; BERGUE, Sandro Trescastro. **Políticas Públicas: Definições, interlocuções e experiências**. Caxias do Sul: Educs, 2012.

SODRÉ, Habacuque Wellington. **As contingências das demandas individuais frente à questão da universalização dos direitos sociais no contexto da judicialização da política**. In. Revista de Processo (RePro). n. 200, ano 36, São Paulo: RT, 2011.

CAPÍTULO 9

CONSIDERAÇÕES SOBRE A COTA RACIAL PRÉVISTA NA LEI Nº 12.990/2014

Data de aceite: 21/09/2021

Data de submissão: 08/09/2021

Márcio Augusto Silva Conceição

Universidade Federal do Amazonas (UFAM),
Faculdade de Direito
Manaus – Amazonas
<http://lattes.cnpq.br/7078245544130732>

Maurílio Casas Maia

Universidade Federal do Amazonas (UFAM),
Departamento de Direito Privado
Manaus – Amazonas
<http://lattes.cnpq.br/2943453195405530>

RESUMO: Este artigo aborda a questão da cota racial prevista na Lei nº 12.990/2014, que reservou 20% das vagas para provimento de cargos efetivos e empregos públicos federais aos candidatos negros ou pardos. O objetivo é apontar os principais aspectos relativos à adoção da referida política cotista no ordenamento jurídico brasileiro, sob o prisma precipuamente jurídico e suas implicações no meio social. Empregando uma abordagem qualitativa, de natureza exploratória e descritiva, utiliza-se de levantamento bibliográfico e documental para contribuir com as discussões sobre o tema. Ao final, conclui-se que a necessidade de adoção da política de cotas da lei frente à atual conjuntura social no nosso país é superior às eventuais distorções em sua implementação.

PALAVRAS - CHAVE: Cota Racial; Negros ou Pardos, Política Afirmativa

CONSIDERATIONS ABOUT THE RACIAL QUOTA PROVIDED FOR IN LAW NO. 12.990/2014

ABSTRACT: This article addresses the issue of racial quota provided for in Law No. 12.990/2014, which reserved 20% of vacancies for filling effective positions and federal public jobs for black or brown candidates. The objective is to point out the main aspects related to the adoption of the aforementioned quota policy in the Brazilian legal system, mainly under the legal primacy and its implications in the social environment. Employing a qualitative approach, exploratory and descriptive in nature, it uses a bibliographic and documentary survey to contribute to discussions on the topic. In the end, it is concluded that the need to adopt the law's quota policy in view of the current social situation in our country is greater than any possible distortions in its implementation.

KEYWORDS: Racial quota; black or brown, Affirmative Policy.

1 | INTRODUÇÃO

As desigualdades sociais que marcaram o processo histórico de formação desta nação ainda persistem na sociedade atual, permeando as relações sociais de discriminação, preconceitos e, sobretudo, exclusão por questões de origem étnica ou racial, de gênero ou de classe social. Por consequência, gera uma baixa efetividade das garantias fundamentais consolidadas na Constituição de 1988, tida como uma constituição cidadã, na medida em

que a igualdade material sucumbe ao formalismo.

Nesse contexto surgem as chamadas ações afirmativas, que são política que buscam contribuir para o combate à discriminação, seja de raça, gênero, deficiência, ou qualquer outro tipo de preconceito, presente na sociedade contemporânea, visando combater qualquer tipo de discriminação presente na sociedade, assim como corrigir ou mitigar atos praticados no passado, mas que, ainda hoje, geram efeitos negativos. Ações afirmativas buscam essencialmente concretizar a igualdade de acesso a bens fundamentais para todos na sociedade (GOMES, 2001).

Tendo como pressuposto a profunda dívida social histórica que a sociedade tem com população negra e a premente necessidade de mitigar as desigualdades de acesso ao mercado de trabalho, surge no nosso ordenamento jurídico a lei de cotas em concursos públicos (BRASIL, 2013), prevendo a reserva de 20% de todas as vagas para provimentos de cargos efetivos e empregos públicos na esfera federal aos autodeclarados negros ou pardos (BRASIL, 2014).

Visando evitar fraudes e dotar de objetividade a determinação racial pra fins de obtenção do benefício visado pela cota, é publicada regulamentação infralegal prevendo e disciplinando o uso de meios complementares, a fim de confirmar a autodeclaração, isto é, os meios de heteroidentificação.

Apesar da aparente solução das controvérsias quanto à subjetividade das autodeclarações, os procedimentos de heteroidentificação racial não foram capazes de eliminar o elemento subjetivo do processo de identificação dos beneficiários da política cotista e, ainda, trouxeram novos questionamentos, causando um elevado número de demandas judiciais sobre o tema nos últimos anos.

Quatões como a composição e o papel da comissões de heteroidentificação social, a mitigação da autodeclaração e do conceito de pertencimento a determinado grupo etnico-racial, as dificuldades de ordem técnica quanto ao uso do critério fenótipo e a situação ambígua do pardo permeiam o tema e o tornam complexo.

Considerando-se as controvérsias existentes entre candidatos, bancas examinadoras, operadores do direito, pesquisadores e estudiosos, e a própria opinião pública, o tema ganha relevância acadêmica, científica, jurídica e social. No sentido de contribuir nesse campo do conhecimento, com o objetivo de acrescentar às discussões aspectos que julgamos mais relevantes, com um vies essencialmente jurídico, contudo, alinhado a repercussão social, apresentamos o presente estudo.

2 | METODOLOGIA

A pesquisa tem por objeto a lei de cota racial prevista na Lei nº 12.990/2014 e regulamentada pela Portaria Normativa nº 04/2018, da Secretaria de Gestão de Pessoas do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, cujo teor reserva

20% de vagas para provimento em cargos efetivos e empregos públicos, na esfera federal, aos candidatos autodeclarados negros ou pardos.

Terá abordagem qualitativa, de natureza exploratória e descritiva, envolvendo levantamento bibliográfico e documental, utilizando-se de artigos e trabalhos já realizados na área, bem como doutrinas jurídicas, legislação e jurisprudência.

A primeira parte será composta por um levantamento teórico sobre o tema da política cotista no contexto das ações afirmativas, objetivando posicionar a lei de cotas objeto do estudo dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida trataremos dos principais aspectos que norteiam a adoção da medida cotista, por um prisma jurídico essencialmente jurídico, sem se descuidar do viés social peculiar ao tema.

3 | REFERENCIAL TEÓRICO

3.1 As ações afirmativas

Com o objetivo de internos relacionados à segregação racial sofrida pela população negra e em resposta às intensas reivindicações internas a igualdade dos direitos civis, bem como a eliminação das leis segregacionistas então vigentes, os Estados Unidos foram o primeiro país a empregar em seu território políticas de ações afirmativas (MENEZES, 2001).

Inicialmente surgidas para corrigir a discriminação racial, as ações afirmativas ganharam novas concepções no momento em que começaram a se expandir para outros países, extrapolando aquela finalidade a princípio voltada para a proteção dos negros, alcançando a todos os grupos socialmente vulneráveis na sociedade, dada a sua relevância para a integração social e a formação de grupos socialmente marginalizados (MENDONÇA, 2008).

Com sua difusão por muitos outros países do mundo, Europa, Ásia, África e também em outros países Sulamericanos, foram surgindo adaptações às necessárias do contexto de cada localidade, sendo que o formato das políticas variou e varia muito nos diferentes países. Há locais em que elas são obrigatórias, outros em que elas são voluntárias, bem como há lugares que formularam políticas híbridas. Há locais onde sua implementação se deu por meio de programas governamentais, em outros o foco foi dado na iniciativa privada. Também há variação do público conforme a região, mas os principais beneficiários dessas políticas têm sido as minorias étnicas, raciais e as mulheres (MOEHLECKE, 2002).

Podemos definir ações afirmativas, de forma abrangente, como políticas públicas ou privadas, que têm um caráter facultativo ou voluntário, cujo objetivo precípua é combater todo tipo de discriminação presente na sociedade, corrigindo e mitigando atos praticados no passado que repercutem negativamente nos dias atuais, de forma a concretizar a igualdade de acesso aos bens fundamentais a vida digna na sociedade (GOMES, 2001).

Elas são bastante diversas e englobam a concessão de preferências, a fixação de cotas, metas, incentivos ou tratamento jurídico diferenciado a um determinado grupo alvo de práticas discriminatórias ou com necessidades específicas (MENEZES, 2001).

Para Silvério (2002) há uma noção mais antiga de ação afirmativa que segue o sentido de reparação de uma injustiça passada, onde é vista como uma medida de justiça compensatória; entretanto, numa concepção mais moderna, refere-se a um programa de políticas públicas ordenado pelo executivo e legislativo, ou implementado por empresas privadas para possibilitar a ascensão de minorias étnicas, raciais e sexuais.

Há muitas formas de aplicação das políticas afirmativas, em todas as áreas da vida em sociedade, entretanto elas tem se concentrado nas áreas da educação, do mercado de trabalho, principalmente porque são esferas nevrálgicas para se atingir os objetivos almejados. A garantia de um percentual de vagas nos processos seletivos e auxílio permanência para os beneficiários são as formais mais de aplicação na educação.

Já no mercado de trabalho surgem como práticas de garantia de um percentual de capacitação para a parcela beneficiária, qualificação e também promoção na carreira, bem como percentual de vagas nos certames de acesso ao serviço público.

3.2 Ações afirmativas e ordenamento jurídico brasileiro

O Brasil foi um dos últimos países do mundo a abolir a escravidão no mundo, que só veio a ocorrer em 13 de maio de 1988, com a assinatura da Lei nº 3.353, conhecida como lei Áurea. O Brasil, cuja abolição foi em 1888, figura entre os últimos 10 países que aboliram formalmente a escravidão. Na verdade, o Brasil foi o último país do ocidente a banir a escravidão, numa época em que a maioria das nações já havia condenado tal prática (MARQUES, 1996).

Entretanto, apesar da aparente liberdade, os negros não conseguiram se livrar da discriminação racial e da exclusão social que se seguiram, pois, embora estivessem libertos se seus cativos, a eles não foi dado condições de integração econômica, educacional e social. Carneiro (2003) afirma:

O negro e o mestiço dificilmente conseguiam igualar-se ao homem branco. O “mundo da senzala” sempre esteve muito distante do “mundo da casa grande”. Para alcançar pequenas regalias, fosse como escravo ou como homem livre, os descendentes de negros precisavam ocultar ou disfarçar seus traços de africanidade, já que o homem branco era apresentado como padrão de beleza e de moral. (CARNEIRO, 2003, p.15).

Assim, percebe-se que a discriminação e o preconceito enfrentados até os dias atuais pelos negros têm raízes profundas no processo colonial por que passou o Brasil, deixando marcas e consequências presentes, sobretudo, na marginalização e na exclusão social ainda por eles experimentado, negando-os direitos fundamentais que os garanta a dignidade.

A ideia de racismo institucional sugere, então, do fato do racismo permear as

estruturas da sociedade de modo sistemático. Sendo que instituições como a polícia, os serviços de saúde e o sistema educacional desenvolvem práticas que favorecem certos grupos em detrimento de outros (GIDDENS, 2005).

Falar a respeito das ações afirmativas, no Brasil, é abordar, principalmente, sobre o sistema de cotas, em especial a cota racial que, desde a sua implantação, tem gerado várias opiniões, que vão desde o debate de quem realmente tem direito de gozar desse benefício, até se elas realmente são necessárias, o que nos leva a entender o que são e qual a importância das ações afirmativas para a sociedade brasileira.

Para Vilas-Bôas (2003), o ordenamento pátrio brasileiro é perfeitamente compatível com a adoção de políticas de ação afirmativa, pois dá subsídios que permitem a utilização de tais medidas, pois consideram que, para o alcance da igualdade, é necessária a adoção de políticas de ação afirmativa, porque, caso contrário, ela será apenas uma ficção legal.

A parte principiológica da nossa Carta Magna acomoda, em pelo menos dois dispositivos principais, o ideal mais genuíno das políticas afirmativas. Inicialmente, no Art. 3º, inciso VI, ao declarar como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a promoção o bem de todos, mediante a superação de preconceitos e quaisquer outras formas de discriminação. Já o princípio da igualdade, previsto do caput do Art. 5º, que pode ser considerado um dos princípios basilares da nossa ordem constitucional, fundamenta a adoção de ações afirmativas.

As ações afirmativas ganharam força no Brasil com a ratificação da Convenção 169 OIT e com a promulgação do Estatuto da Igualdade Racial, Lei nº 12.288/2010.

A Convenção 169 OIT, embora direcionada para as questões indígenas e tribais, trouxe como um relevante legado a auto-identificação como critério fundamental para a determinação de pertencimento a determinados grupos étnicos-raciais.

O Estatuto da Igualdade Racial, por sua vez, dentre os inúmeros direitos e garantias, preocupou-se com o mercado de trabalho para a população negra, incumbindo o setor público do dever de assegurar a igualdade de oportunidades, inclusive nas contratações do setor público.

3.3 A Constitucionalidade da Lei no 12.990/2014

Em 2010, após um período em que se restringiram ao acesso a instituições de ensino, as políticas afirmativas foram estendidas aos concursos públicos para provimento de cargos efetivos. O processo, restrito apenas ao aspecto racial, iniciou-se com a sanção da Lei no 12.288, de 20 de julho de 2010, que instituiu o Estatuto da Igualdade Racial, prevendo a adoção de políticas afirmativas, notadamente nos incisos II e VII do Art. 4º, como forma de promoção da igualdade material da participação da população negra na vida econômica, social, política e cultural do País.

Tendo como bússola o Estatuto da Igualdade Racial, alguns estados-membros da federação passaram a adotar sistemas de cotas raciais para provimento de cargos efetivos

e empregos públicos, inclusive com a edição de leis estaduais, entre eles podemos citar: Paraná, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Rio de Janeiro e Bahia. Na esfera federal ocorreu a adoção do sistema de cotas com a edição da Lei no 12.990, de 9 de junho de 2014, que estabeleceu:

Art. 1o. Ficam reservadas aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, na forma desta Lei. (BRASIL, 2014).

Com a adoção de reserva de vagas por parte da Administração Pública nos concursos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos, o debate sobre sua legalidade tomou o cenário jurídico, assim como aconteceu com as cotas em Instituições de Ensino Superior para estudantes negros. Alguns vozes contrárias a medida argumentava que se tratava de reserva de mercado, prática vedada no texto constitucional.

Tratando do tema, Carvalho Filho (2001) argumenta que quando a questão é detectar a discriminação, ou praticá-la, a dúvida de quem é ou não negro, não existe. A dúvida vem ocorrer quando há a violação de direitos e a implantação de políticas públicas que visam diminuir as desigualdades sociais e também raciais em nosso país. E em razão disso, alguns argumentos pertinentes surgem. Há alegações de que as cotas são ilegais, inconstitucionais, que estariam contrariando o princípio de que todos são iguais perante a lei.

A controvérsia foi parar no Supremo Tribunal federal, Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41 foi proposta pelo Conselho Federal da OAB e pedia a declaração de constitucionalidade da lei de cotas no serviço público. O STF entendeu que a reserva de vagas para negros e pardos não viola o princípio da eficiência, na medida em que os candidatos que optarem por disputar as vagas nos termos da lei de cotas deverão, como os demais, fazer concurso público. Esse era um dos principais questionamentos que se fazia acerca da lei.

É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa. (ADC 41, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 16-08-2017 PUBLIC 17-08-2017).

Esta decisão do STF se fez necessária para colocar fim a uma série de questionamentos sobre a constitucionalidade da lei 12.990/14, dessa forma foi proposta a Ação Declaratória de Constitucionalidade, já que estava havendo dúvida na aplicação da norma. O Pretório Excelso entendeu que a política afirmativa em discussão tinha

importância no sentido de reparar historicamente pessoas que herdaram o peso e o custo social do estigma moral social e econômico que foi a escravidão no Brasil, e, uma vez abolida, entregues à própria sorte sem serem capazes de se integrar na sociedade.

4 | PRINCIPAIS ASPECTOS SOBRE A COTA RACIAL

4.1 A autodeclaração, a heteroidentificação e o subjetivismo

A Lei nº 12.990/2014, de 09 de junho de 2014, entrou em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União, no dia 10 de junho do mesmo ano e, desde então, previu nos seus seis artigos a reserva aos negros de 20% (vinte por cento) das vagas ofertadas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta (BRASIL, 2014).

O projeto de lei que o deu origem, a PL 6.738/2013, proposto pelo Poder Executivo Federal, em sua exposição de motivos anexada ao projeto apresentava como justificativa a necessidade de criação de uma ação afirmativa para solucionar o problema de subrepresentação dos negros e pardos no serviço público federal, argumentando e apresentando dados indicativos de uma disparidade entre os percentuais da população negra no país e os percentuais de negros/pardos entre os servidores públicos federais. Naquele momento, a população negra representava quase 51% da população brasileira, entretanto, os negros e pardos constituíam apenas 30% dos servidores públicos federais (BRASIL, 2013).

A lei de cotas em concursos federais surge após à adoção da reserva de vagas para estudantes negros e pardos nas universidades públicas brasileiras e, nessa esteira, é tida como mais uma etapa na busca pela efetivação da igualdade de oportunidades entre as raças coadunando-se com a determinação contida no Estatuto da Igualdade Racial, Lei nº 12.288/2010, quem em seu artigo 39 reclamava por ações oriundas do Poder Público que promovessem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, inclusive no próprio serviço público (BRASIL, 2010).

O artigo 2º da referida lei de cotas, ao dispor sobre quem poderá concorrer às vagas reservadas a candidatos negros, filiou-se ao instituto da autodeclaração. Assim, aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, poderão concorrer às vagas do certame reservadas aos cotistas negros (BRASIL, 2014).

Lido isoladamente, o dispositivo legal passa a falsa impressão de que a meradeclaração do candidato de que considera-se preto ou pardo seria o único requisito para gozar do direito subjetivo esculpido na norma. Entretanto, a Portaria Normativa nº 04, de 06 de abril de 2018, da Secretaria de Gestão de Pessoas do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, regulamentou o procedimento de heteroidentificação

complementar à autodeclaração dos candidatos negros, para fins de preenchimento das vagas reservadas aos cotistas.

Assim, alinhada ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, que no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 41 posicionou-se pela constitucionalidade da utilização de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa (BRASIL, 2017), a norma infralegal criou e regulamentou o funcionamento das Comissões de heteroidentificação racial, objetivando mitigar as fraudes e trazer mais objetividade ao processo de identificação dos beneficiários dessa política afirmativa (BRASIL, 2018).

Dentro desse escopo, a Portaria Normativa nº 04 estabelece em seu Art. 9º que o único critério a ser utilizado pela comissão de heteroidentificação para a aferição da condição declarada pelo candidato no concurso público é o critério fenótipo, que levam em consideradas as características fenotípicas do candidato ao tempo da realização do procedimento de heteroidentificação.

O parâmetro eleito para confirmação das autodeclarações, o critério fenótipo, que está relacionado com as características externas, morfológicas, fisiológicas dos indivíduos, ou seja, a aparência do indivíduo. Como aponta Guimarães (2009), as diferenças fenotípicas entre indivíduos e grupos humanos não estão relacionadas, diretamente, às diferenças biológicas, mas devem ser creditadas a construções socioculturais e a condicionantes ambientais.

Verifica-se, deste modo, que o acesso ao direito subjetivo de concorrer a reserva de vagas fica condicionado a confirmação da autodeclaração, mediante o uso do procedimento de heteroidentificação. Visto de outra forma, a autodeclaração do candidato só deixa de ser um mero requisito formal e passa a ganhar eficácia com sua validação pela Comissão de heteroidentificação racial.

A questão do enquadramento étnico gera muitas controvérsias, tendo em vista que a lei de cotas objeto deste estudo, Lei nº 012.990/2014, previu que:

Art. 2o Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. (BRASIL, 2014).

O legislador infraconstitucional, ao que nos parece, quis se coadunar suas escolhas com o Estatuto da Igualdade Racial, que assim dispõe:

Art. 1o [...]

Parágrafo único. Para efeito deste Estatuto, considera-se:

[...]

IV - população negra: o conjunto de pessoas que se autodeclararam pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga. (BRASIL, 2010)

Portanto, o legislador delimitou como beneficiários da política de cotas as pessoas que se autodeclararam pretas ou pardas, conforme o quesito cor ou raça utilizado nas pesquisas demográficas realizadas pelo IBGE. O grupo étnico denominado negro não é uma categoria de classificação de cor ou raça aplicada pelo IBGE, mas sim o quantitativo dos indivíduos que se autodeclararam pretos acrescido daqueles que se autodeclararam pardos.

Visando evitar fraudes e dotar de objetividade a determinação racial para fins de obtenção do benefício visado pela cota, surge regulamentação infralegal prevendo e disciplinando o uso de meios complementares, a fim de confirmar a autodeclaração, isto é, os meios de heteroidentificação.

Além disso, tanto a Lei nº 12.288/2010 quanto a Lei nº 12.990/2014 dispõem que a autodeclaração deve ser conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (BRASIL, 2010; 2014). O IBGE, porém, utiliza também em suas pesquisas, além da autodeclaração, outros critérios, como a investigação da ascendência do indivíduo e a heteroclassificação, ou seja, a classificação realizada por outrem.

Além do aparente retrocesso social quanto ao direito de se auto-reconhecer pertencente a determinado grupo étnico-racial, devolvendo ao Estado o poder de determinação dos indivíduos, a norma infralegal, não obstante alinhar-se ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, abriu portas para discussões quanto à subjetividade dos procedimentos previstos.

A constituição de comissões de verificação de veracidade da autodeclaração de cor ou raça prestada pelo candidato tem importante papel no combate a fraudes. No entanto aderir à sua classificação como critério absoluto acaba por violar o princípio da autodeclaração, objeto de tratado internacional do qual o Brasil é signatário, gerando margem para arbitrariedades. Há quem defenda, por exemplo, que nem todos os pardos teriam direito a participar da reserva de vagas destinada aos negros, fazendo uma diferenciação entre pardo-preto, pardo-pardo e pardo-branco.

O Art. 6º da Portaria Normativa nº 4/2018, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, cuja normatização apesar de pertinente ainda não abrange todos os nuances, prevê a criação de uma comissão específica para a realização do procedimento de heteroidentificação. Na composição da comissão, a preferência será para membros com experiência na temática da promoção da igualdade racial e do enfrentamento ao racismo. Contudo, difícil imaginar que todo órgão público terá profissionais com esse perfil a sua disposição para compor suas comissões.

Silva Júnior (2020), em seus apontamentos sobre a subjetividade da lei de cotas para ingresso no serviço público, assevera que os critérios de heteroidentificação adotados por diversas bancas examinadoras de concursos públicos para a confirmação das autodeclarações “tem trazido para os certames insegurança, incerteza jurídica e

judicialização dos ingressos para aqueles candidatos autodeclarados pretos ou pardos”.

4.2 A questão do pardo

Outra ponto que tangencia os procedimentos adotados pelas bancas examinadoras é a questão dos pardos. Silveira (2019) afirma que “categoria parda é ambígua, e permitiria que pessoas morenas, não discriminadas por serem negras, se beneficiassem do Programa”.

O legislador delimitou como beneficiários da política de cotas as pessoas que se autodeclararam pretas ou pardas, conforme o quesito cor ou raça utilizado nas pesquisas demográficas realizadas pelo IBGE. O grupo étnico denominado negro não é uma categoria de classificação de cor ou raça aplicada pelo IBGE, mas sim o quantitativo dos indivíduos que se autodeclararam pretos acrescido daqueles que se autodeclararam pardos.

Para Osório (2013) essa classificação descola o problema da diferenciação para o limiar entre os brancos e os não brancos, pois a agregação entre pretos e pardos tem a vantagem de dissolver o problema do ripo limítrofe entre as duas categorias, mas tem a desvantagem de acentuar o problema da fronteira entre pardos e brancos. Isso porque a representação do negro, ainda que varie circunstancialmente, aponta para o extremo preto das gradações de cor. Dessa forma, fica difícil conceber o pardo na fronteira do branco com o negro, pois os traços que o relacionam ao fenótipo negro estão extremamente diluídos.

Surgiu aí a questão da definição do que vem a ser preto e pardo, e como diferenciá-los dos brancos. A heteroatribuição pode dar bons resultados, mas não é livre das mesmas indefinições e imprecisões implicadas na autoatribuição. Só um conjunto imaginário de observadores perfeitos poderia ser treinado para sempre classificar unanimemente todos os sujeitos que lhes cruzassem a vista, especialmente aqueles próximos à fugidia linha de cor. (OSÓRIO, 2013).

Defendendo a autodeclaração como critério primordial para a classificação do indivíduo em determinado grupo étnico, Osório (2013) destaca a importância da autoatribuição em detrimento da heteroatribuição:

Além disso, como apontado no início desta seção, se geneticamente a população é muito mais miscigenada do que aparenta e se há uma tendência de branqueamento à medida que se galgam os degraus mais elevados da pirâmide social, a classificação por heteroatribuição tenderia a ser mais escura, o que não acontece. Assim, aparentemente, a auto-atribuição parece engendrar uma distribuição de cor mais acurada do que a heteroatribuição, embora os resultados desta não desautorizem seu uso. (2013, p. 13).

Parece-nos que a jurisprudência da Corte Suprema tem dado supremacia a autodeclaração em relação a heteroidentificação, pelo menos nos casos em que há dúvida sobre a classificação mais adequada ao candidato, como se vê em sua manifestação na ADPF no 186:

E, na dúvida, deve prevalecer o critério de autodeclaração consagrado pela Lei 12.990, pois, caso contrário, a heteroidentificação realizada pela comissão do concurso estaria em sobreposição em relação à condição racial autodeclarada pelo indivíduo. na ADPF no186. (BRASIL, 2016)

A questão do enquadramento do indivíduo nas diversas categorias étnicas como fruto de divergências em razão da população brasileira ser caracterizada por um complexo processo de miscigenação, que é umas das marcas mais expressivas da população brasileira.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em uma sociedade marcada por desigualdade como a brasileira, onde o preconceito e a discriminação têm raízes históricas profunda, as políticas afirmativas, quando bem adotadas e dosadas com sensatez com outras políticas públicas, são imprescindíveis para o enfrentamento do quadro de exclusão e marginalização que acomete parcela significativa da população brasileira.

Ao longo deste trabalho buscou trazer à discussão, sem a ilusão de esgotar o tema, alguns aspectos relevantes sobre a lei de cotas que reservou vagas para provimento de cargos efetivos e empregos públicos na administração pública federal aos autodeclarados negros ou pardos.

Com a intenção de acrescentar ao debate sobre o tema um olhar jurídico e social dos autores, tratou-se de contextualizar o uso da medida cotista à luz das políticas afirmativas, evidenciando-se a necessidade de sua adoção na atual conjuntura brasileira.

Dentre os aspectos levantados percebe-se que o maior problema evidenciado nas discussões jurídicas e acadêmicas diz respeito à subjetividade que permeia os procedimentos de heteroidentificação e as consequentes restrições que eventualmente podem ser impostas aos destinatários da política inclusiva.

Ao lado do critério fenótipo eleito para a determinação da raça, outro aspecto que torna o tema complexo é a questão da definição de quem vem a ser pardo, dado o processo de miscigenação que marca a formação da sociedade brasileira.

Não obstante as dificuldades de implementação da política cotista, temos que os benefícios de sua adoção no ordenamento jurídico brasileiro supera as eventuais distorções e desvantagens dessa medida. Entretanto deve-se considerar que isoladamente, tende a se tornar inócua ao longo do tempo, motivo pelo qual a revisão e o aperfeiçoamento de seus ditames deve ser realizado periodicamente, a fim de ser obter a máxima efetividade possível.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 12.990, de 09 de junho de 2014.** Disponível em: <https://consultorjuridico.jusbrasil.com.br/noticias/127081934/a-lei-12-990-e-a-reserva-de-vagas-para-negros-e-pardos-nos-concursos>. Acessado em: 02 jun. 2021.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº PL 6738, de 07 de novembro de 2013.** Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=600255>. Acessado em: 02 jun. 2021.

_____. Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. **Estatuto da Igualdade Racial.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm. Acessado em: 02 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 41.** Relator: Min. Roberto Barroso. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>. Acessado em: 03 jun. 2021.

_____. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. **Portaria Normativa nº 04, de 06 de abril de 2018.** Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/9714349/do1-2018-04-10-portarianormativa-n-4-de-6-de-abril-de-2018-9714345. Acessado em: 03 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186.** Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 26 abr. 2016a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em 14 jul. 2021.

CARNEIRO, L.T. Maria. **O racismo na História do Brasil.** 8. Ed. São Paulo:Ática, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 7.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **O Debate Constitucional Sobre as Ações Afirmativas**. 2001, Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-debateconstitucional-sobre-a%C3%A7%C3%B5es-afirmativas>> Acesso em: 18 jun. 2021.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia.** 6 ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. **Racismo e Antiracismo no Brasil.** 3. ed. Editora 34. São Paulo. 2009.

MARQUES, Gabriel. Da Senzala à Unidade Racial: **Uma abordagem da realidade racial no Brasil.** Brasília: Planeta Paz. 1996. p.1.

MENDONÇA, Marília Lima. SODRÉ, Nivia Cristina Miranda. et al. **Ações Afirmativas e as Políticas de Cotas Raciais no Ensino.** 2008.

MENEZES, Paulo Lucena de. **Ação afirmativa (affirmative action) n direito norteamericano.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MOEHLECKE, Sabrina. **Ação afirmativa: história e debates no Brasi** . Cadernos de pesquisa, v. 117, n. 11, p. 197-217, 2002.

OSORIO, Rafael Guerreiro. **A classificação de cor ou raça do IBGE revisitad** . In: PETRUCCELLI, José Luis; SABOIA, Ana Lucia. Características Étnico-raciais da População Brasileira. IBGE: Rio de Janeiro, 2013.

SILVA JÚNIOR, Antônio Machado. **Eficácia da Lei 12.990/14 e sua evidente subjetividade no caso em concreto**. Conteúdo Jurídico, 2020. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/55652/eficacia-da-lei-12-990-14-e-sua-evidente-subjetividade-no-caso-em-concreto>>. Acesso em: 23 de jun. 2021.

SILVEIRA, Marcos Silva da. **Problemas relacionados a noção de “pardo” como categoria identitária no Brasil**. VI Encontro Brasileiro de Administração Pública. Salvador, 2019.

SILVÉRIO, Valter Roberto. **Ação Afirmativa e o combate ao racismo institucional no Brasi** . Cadernos de Pesquisa, n. 117, p. 219-246, 2002.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Ações Afirmativas e o princípio da Igualdad** . Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

OS SABERES DA FLORESTA VIRANDO FULIGEM: SERIAM AS PARTEIRAS BENANDANTI?

Data de aceite: 21/09/2021

Data de submissão: 06/07/2021

Maria Edinalva Sousa de Lima

Mestranda do PPGSC/UFOPA
Santarém - Pará

<http://lattes.cnpq.br/8763045486724314>

Lílian Regina Furtado Braga

Mestranda PPGSD/UFF
Santarém - Pará

<http://lattes.cnpq.br/7662797308740624>

RESUMO: Este trabalho, utilizando-se de revisão bibliográfica, tem por objetivo revisitar as práticas das parteiras da Amazônia, mulheres da floresta e das águas portadoras e reprodutoras de saberes de cura, aparadoras da nova vida nos quilombos, aldeias indígenas, comunidades ribeirinhas, conectando-as ao conjunto de práticas desenvolvidas por mulheres relatadas pelo historiador Carlo Guinzburg, em *Andarilhos do Bem*, *História Noturna* e *O Queijo e os Vermes*, no contexto da inquisição promovida pela Igreja Católica. Coleciona relatos dos processos e acontecimentos envolvendo aqueles que foram identificados em práticas consideradas de feitiçarias e por estas práticas eram condenados à fogueira. São apresentados os Benandanti, que eram homens, mulheres e duendes que em noites de lua cheia saíam para batalhas noturnas. Havia um culto agrário, culto da fertilidade da terra, que no relato das três obras de Carlo Guinzburg serão catalogados como as práticas

do Saba, em ritos de judeus, mulçumanos, bruxas, hereges etc. Entrelaçam-se as histórias destas mulheres bruxas e das parteiras de comunidades do interior da Amazônia, revelando uma ordenação de saberes, uma riqueza de detalhes, procedimentos, tempos, registros orais de uma hierarquia de fazeres, envolto nos mistérios ancestrais, espirituais, que inquietam como na inquisição, a resistência e a simplicidade da vida das famílias das comunidades ribeirinhas que tanto em tempos de *inquisição* quanto em tempos de *higienização*, tiveram estes saberes questionados, confrontado pelo conhecimento acadêmico que se articula nas atividades das políticas públicas de Estado e entra nas comunidades de forma invasiva, fundamentado na desconfiança que os mistérios ancestrais carregam e as relações sobrenaturais travadas por estas mulheres. Engedram no seu ofício de partejar conhecimentos biomédicos, utilização da ferramenta medicamentosa alopática e vão sendo transformadas em cinza as práticas ancestrais, tornando fuligem os conhecimentos tradicionais.

PALAVRAS - CHAVE: Mulheres bruxas. Mulheres parteiras. Políticas Públicas. Tradicionalidade.

THE KNOWLEDGE OF THE FOREST TURNING SOOT: WOULD BE THE BENANDANTI MIDWIVES?

ABSTRACT: This essay, using a literature review, aims to revisit the practices of midwives in the Amazon, women of the forest and the waters, bearers and reproducers of healing knowledge, providers of new life in quilombos, indigenous villages, and riverside communities, connecting

them to the set of practices developed by women reported by historian Carlo Guinzburg, in *Andarilhos do Bem*, *História Noturna* and *O Queijo e os Vermes*, in the context of the inquisition promoted by the Catholic Church. He collects accounts of the processes and events involving those who were identified in practices considered witchcraft and for these practices were condemned to be burned at the stake. The Benandanti, who were men, women, and elves who, on full moon nights, would go out to fight nightly battles, are introduced. There was an agrarian cult, a cult of the fertility of the earth, which in the account of Carlo Guinzburg's three works will be catalogued as the practices of the Saba, in rites of Jews, Muslims, witches, heretics, etc. The stories of these witches and the midwives from communities in the interior of the Amazon are intertwined, revealing an ordering of knowledge, a wealth of details, procedures, times, oral records of a hierarchy of deeds, wrapped in ancestral, spiritual mysteries that disturb, as in the inquisition, The resistance and simplicity of life of the families from the riverside communities that both in times of inquisition and in times of hygienization, had this knowledge questioned, confronted by academic knowledge that is articulated in the activities of public policies of the State and enters the communities in an invasive way, based on the distrust that the ancestral mysteries carry and the supernatural relationships that these women have. They engage in their craft of midwifery with biomedical knowledge, using the allopathic medicine tool, and the ancestral practices are being transformed into ashes, turning traditional knowledge into soot.

KEYWORDS: Women witches. Women midwives. Public policies. Traditionality.

1 | INTRODUÇÃO

Através das obras *Andarilhos do Bem*, *História Noturna* e *O Queijo e os Vermes*, do historiador italiano Carlo Guinzburg foi possível fazer uma imersão nesses textos, ao mesmo tempo que se pôde fazer um resgate de histórias e práticas que marcaram e ainda marcam a vida de muitos povos que vivem e utilizam saberes tradicionais.

O contexto das obras de Carlo Ginzburg é a inquisição promovida pela Igreja Católica e seus relatos dizem dos processos e acontecimentos envolvendo aqueles que foram identificados em práticas consideradas feitiçarias.

O *Queijo e os vermes* revela Menocchio, um moleiro de Friuli, na Itália e que em virtude das idéias heréticas que cultivava, o levaram a dois processos perante os tribunais da inquisição. A descrição feita por Guinzburg do universo deste moleiro, indicam sua enorme perspicácia nas proposições de uma sociedade mais justa e que nos seus sequenciais interrogatórios confronta-se aos juízes inquisidores, em meio a uma reforma protestante.

Havia também conflitos estabelecidos no Friuli e as falas de Menocchio ecoavam em meio as disputas políticas e religiosas. Mas o que um moleiro como Menocchio saberia sobre esse emaranhado de contradições políticas, sociais e econômicas? Qual a imagem que construiria para si da enorme jogo de forças que, silenciosamente, condicionava sua existência? (GUINZBURG, 2006).

Menocchio, desdobrando sua teoria do leite fala do surgimento do queijo e dos vermes e questiona a partir de então as grandes crenças da igreja católica. Essa cosmogonia de Menocchio acaba levando-o a morte, morte de fogueira.

Andarilhos do Bem apresenta os Benandanti através dos processos do tribunal do Santo Ofício. Desde o seu nascimento já indicava que eles eram pessoas especiais pois nasciam empelicados, e a partir de seu nascimento uma série de acontecimentos e procedimentos se faziam até que se tornasse adulto para poder fazer parte das lutas contra os maleandanti, bruxas, feiticeiros, com o objetivo de se ter ao final de cada batalha que as colheitas fossem boas.

Havia entre os Benandanti homens, mulheres, duendes e estes em noites de lua cheia saiam para lutar onde se revelavam nestas batalhas o culto agrário, culto da fertilidade da terra. Eram batalhas espirituais. Os Benandanti lutavam com ramos de erva doce e os Maleandanti com caules de sorgo. Interessante destacar a participação das mulheres nos relatos do historiador italiano, nas cavalgadas noturnas, deixando seus corpos para pôr-se a cavalgar.

História Noturna propõe-se a decifrar o Sabá, em relatos que se entrelaçam em ritos de judeus, mulçumanos, bruxas, hereges etc.

A convergência destes relatos entrelaçam-se com os relatos das parteiras amazônicas.

As práticas destas mulheres, das comunidades do interior da Amazônia, revelam uma ordenação de saberes, uma riqueza de detalhes, procedimentos, tempos, registros orais de uma hierarquia de fazeres, envolto nos mistérios ancestrais, espirituais, que inquietam como na inquisição, a resistência e a simplicidade da vida das famílias das comunidades ribeirinhas.

Há uma hierarquização nesta distribuição de saberes:

"Meu dom não é daqui, vem de muito longe, por isso sei benzê pra tudo que é doença, costuro rasgadura e sei onde tá rasgado [Como a senhora sabe?] Só de aparpar o lugar sei qual o mal que tá ali. Daí, vou fazendo o que sei, passo um azeite de andiroba e as mão vão fazendo o serviço, que quem tem dom não carece de muita coisa. [Além de pegar desmentidura a senhora também sente os bichos do fundo?] Sinto, não, eu vejo falo e sou filha de cura deles [Nossa que legal! Então a senhora já foi na cidade do fundo?] Eu já fui e vô diversas vezes, mas a primeira foi em sonho. Era bem pequena, mas já sabia que seria curadora" (CORDEIRO, 2017. p.16).

A prática realizada pelas parteiras, bem como por benzedeiros, curandeiras e pajés, são saberes tradicionais acumulados ao longo do tempo, repassados pelos mais velhos, que transmitem esses saberes como uma forma de repassar o legado de conhecimentos e de preservar os segredos que são guardados por várias gerações. Além de dar continuidade às práticas curativas, é uma maneira de garantir alternativas de tratamento das doenças dentro das comunidades não alcançadas pelas políticas de saúde pública.

Segundo BRENES (1991), as parteiras tradicionais, também conhecidas como aparadeiras, eram tradicionalmente as responsáveis pelos partos e todos os devidos cuidados que envolviam esse evento, desde o período de gestação, parto, puerpério e até

mesmo o cuidado com o recém-nascido, devido estas serem dotadas de conhecimento empírico e tradicional.

Saberes construídos e testados, pois está na base da vida das comunidades da Amazônia.

“As jovenzinhas, com talvez até meia dúzia de partos realizados, eram também chamadas de parteiras verdes ou novas. Era o caso de Julieta, Nininha e Sandra, que não tinham ainda 40 anos e nem eram tratadas como senhora ou dona. As jovenzinhas tinham menos experiência obstétrica e, portanto, sabiam menos, como explicou D. Dandara: “A parteira nova não decifra onde tá todo os ingredientes da criança”. Dizia-se que a jovenzinha, ao puxar uma buchuda, não seria capaz de identificar, por exemplo, tamanho, sexo, posição do feto. Puxar, essa massagem abdominal tão comum em toda região amazônica⁶⁵, era uma forma de saber fundamental para qualificar a atuação de uma parteira, para que ela pudesse identificar e prevenir um aperreio, uma dificuldade extrema em termos obstétricos.” (FLEISCHER, 2011. p, 3-4)

Porém, este conhecimento tradicional tem sido confrontado pelo conhecimento acadêmico que se articula nas atividades das políticas públicas de Estado e entra nas comunidades de forma invasiva, fundamentado na desconfiança que os mistérios ancestrais carregam e as relações sobrenaturais travadas por estas mulheres, propõe como pseudo possibilidade de sobrevivência, valorização e convivência harmônica dos fazeres dessas mulheres, incluindo-as nas capacitações de saúde, engedrando no seu ofício conhecimentos biomédicos, utilização da ferramenta medicamentosa alopática e transformando em cinza as práticas ancestrais.

2 | A HISTÓRIA DAS MULHERES RETRATADAS POR CARLO GUINZBURG

As mulheres nas obras de Carlo Ginzburg, participam ativamente dos desvelamento dos rituais do Sabá. Esse ritual é o alvo do Santo Ofício e a causa da morte de muitos que interpelados, informavam ter participado de algumas das práticas que compunha este ritual.

As confissões que chegaram até os inquisidores, diziam respeito das mais diversas práticas que envolvem a saúde física e mental das pessoas. Algumas destas identificadas como se estivessem enfeitadas:

“vão ora a um campo, ora a outro , ora ao de Gradisca, até ao de Verona, e reúnem-se para combates e divertimentos; e o homens e mulheres que fazem o mal carregam e usam caules de sorgo que nascem nas hortas e os homens e mulheres benandanti usam caule de erva doce , e vão ora um dia, ora outro, mas sempre na quinta-feira, e quando fazem as grandes exibições, vão para grandes campos, havendo dias fixos para isso, e os feiticeiros e as feiticeiras quando partem, vão fazer o mal, e é preciso que sejam seguidos pelos benandanti, para impedi-los; e, quando entram nas casas, se não encontram água limpa nos baldes, vão as adegas e estragam o vinho com certas coisas que enfiam pelas aberturas dos recipientes” (GUINZBURG, 1988. P,21).

O destaque que se faz as práticas femininas é que estas estavam inseridas em práticas de cura, colacionadas aos saberes locais e que dialogavam com o sobrenatural, que naquele contexto que reforma protestante é o fio da navalha ou a faísca para o silenciamento necessário às provocações que estas mulheres, em suas atividades geravam no meio da comunidade, ou ainda, reações a crises de doenças mentais ainda não conhecidas, com a esquizofrenia e a epilepsia.

Os sonhos revelam a estes homens e mulheres o universo de aprendizado e do chamado que lhe foi feito quando este nasceu empelicado e que isto lhe revelaria uma obrigação ou um dom especial:

“Apareceu-me uma certa coisa invisível, em sonho, a qual tinha a forma de um homem; parecia que eu dormia e não dormi, e parecia que fosse alguém de Trivignano; porque eu tinha no pescoço, aquele pelico no qual nasci parecia dizer-me: ‘tu tens de vir comigo, porque possuis uma das minhas coisas’”¹

Em vários fragmentos de GUINZBURG se observam mulheres sendo indicadas como alvo de processos do Santo Ofício e sendo condenadas à fogueira.

“uma mulher Maria Panzona, processada inicialmente em latisana e, depois em Veneza, pelo Santo Ofício, em 1618-9, - sofria de fato do grande mal, isto é, epilepsia... a natureza das catalepsias dos benandanti, permanece obscura.”²

“Esse estado de perda de sensibilidade, comum tanto as bruxas como aos benandanti, é interpretado como uma separação do espírito do corpo... uma mulher condenada a fogueira em 1571... declara: ‘fui ao Sabá, mas não pessoalmente, e sim em espírito, deixando o corpo em sua casa’”³

“A alma que abandona o corpo para tomar parte nos encontros das bruxas ou no combate dos benandanti é vista em ambos os casos como algo muito real, algo tangível: um animal”⁴

“Oriente ensina aos membros da sociedade as utilidades das ervas (virtutes herbarum), remédios para curar as doenças, o modo de encontrar as coisas roubadas e afastar os malefícios. Mas devem guardar segredo sobre todas essas coisas.”⁵

Ungentos com misturas que provocavam alucinações ou torpor, ofícios revelados em sonhos, deslocamentos em transposições espirituais, incorporações animais, são itens de similaridade aos processos vividos pelas mulheres que se preparam para partejar na Amazônia.

1 Idem, p. 31.

2 Idem, p. 38

3 Idem, p. 18

4 Idem, p. 39

5 Guinzburg, Carlo. História Noturna: decifrando Sabá, p. 65

3 | ASPARTEIRAS E SEUS CHÁS, PRECES E MANOBRAS DE ENCANTAMENTO

Parteiras são mulheres que desde cedo aprendem o ofício do partejar, seja por experiência própria ou através do ensinamento repassado pelas mães, avós ou outras parteiras. Elas dão assistência às grávidas durante o parto, e até mesmo na gestação e no pós parto. São muito importantes, principalmente em localidades onde não há acesso a médicos e nem a hospitais.

Ao longo dos anos, os rituais que cercam o evento do nascimento foram se modificando, deixando de ser um evento que fazia parte do cotidiano familiar, em que era acompanhado por mulheres parteiras, marcado por envolvimento afetivo, que permitia à natureza agir a seu tempo, dando lugar às técnicas e à ciência, (ACKER, ANNONI, CARRENO, HAHN, MEDEIROS, 2006, p, 647.)

Ainda hoje as populações tradicionais procuram conservar sua cultura, ritos e tradições, até como uma forma de preservação da sua identidade. LUCIANO (2006, p, 41) afirma que para esses povos, a prioridade é fortalecer a identidade e promover a valorização e a continuidade de suas culturas, de suas tradições e de seus saberes.

A prática de saberes tradicionais é a adoção de conhecimentos, experiências e saberes que se materializam através chás, rezas, dentre outras ações que utilizam plantas medicinais e de extratos advindos de animais silvestres a fim de que possibilitem a cura e/ou a saúde da comunidade. Tais práticas, são realizadas por rezadeiras/rezadores, benzedeiras/benedores, parteiras/os, puxadores de ossos e de desmentiduras, costuradores de rasgaduras, pajelança, (HAURADOU; OLIVEIRA, 2017, p, 271).

Contar com a presença de parteira tradicional nas comunidades no interior da Amazônia, é fundamental para que o evento do parto seja um momento cercado de confiança, respeito, solidariedade e afeto. E trazer o descanso para as mulheres grávidas é o grande ofício das parteiras.

“Dona Ana, a senhora que veio me puxá, é conhecida lá do interiô da mamãe. Como tava muito dolorida, não queria deixá que ela me puxasse, mas aí ela me explicô que se não fizesse isso, meu corpo ia ficá todo aberto e não ia tê saúde. Assim, assim que ela ia, ia, puxando, minhas juntas iam, iam, iam paresque (parece que) que se ajuntando (se ajustando), e a dô nas cadeira passando, que dói muito, sabe? Parece que aquele peso nas cadeira da gente muito grande vai sumindo. A minha mãe do corpo tava muito em cima, mas ela colocô no lугá e depois da massage foi a primeira noite que dormi bem. (Kelen, 16 anos, em 06/06/2015), (CORDEIRO, 2017, p. 178.

Como se faz uma parteira? Há relatos que umas se fizeram pelo ensinar de suas avós, suas mães, madrinhas e eram escolhidas por elas para seguir o divino ofício de fazer vir ao mundo nova vida. Outras contam que se fizeram sozinhas, em meio a uma urgência em atender uma mulher desvalida em dores insondáveis de parto, e a necessidade e intuição lhe fez aprender o ofício de partejar.

Porém, entre cada uma dessas mulheres e em especial das mulheres parteiras da

Amazônia há uma referência grave, forte com as forças da natureza, com os remédios de cura da floresta e o respeito à ancestralidade que constitui os ritos dos partos em comunidades ribeirinhas, quilombos e aldeias indígenas.

Parto é um rito.

Há crenças em encantados nas comunidades ribeirinhas da Amazônia. Seres com poderes sobrenaturais com os quais essas populações mantêm uma relação de ambivalência. Assim como *eles* podem curar diversos processos de adoecimento também podem causar males contra os quais a *medicina dos brancos* não tem remédio. Muitos(as) moradores(as) de comunidades e cidades distribuídas ao longo do rio Amazonas asseguram que os *encantados* moram na *cidade do fundo* ou *encante* cuja localização exata não podem determinar, mas asseveram que há, em diferentes pontos da topografia amazônica, portais de acesso a esse cosmo (CORDEIRO, p. 63-64).

Observam-se relações sobrenaturais, envoltas nos mistérios das transposições da natureza humana a dos seres encantados, pois são eles que ensinam os saberes de cura aos(às) curadores(as) sacacas e indicam as regras diplomáticas que regem a relação entre eles e os/as gente de cima. Cabe aos(às) curadores(as) a função de diagnosticar os processos de adoecimento, quando causados pela quebra dessas regras, por não cumprimento dos ritos de cura e de construção dos corpos dos(as) recém nascidos(as) ou ainda por atos de judiaria ou aborrecimento, categorias nativas para denominar doenças resultantes de ataques de feitiçaria (CORDEIRO, p. 64).

As parteiras estão no dia-a-dia de suas comunidades e são reconhecidas pelos seus fazeres. Elas estão nas atividades domésticas, cuidando da família, nos puxiruns do roçado, nas reuniões da associação comunitária, nas rodas de conversas de vizinhos. Nestes cenários as trocas dos saberes de cura se dão. Nestas vivências identificam-se e revelam-se as mulheres que aprenderam a partejar e dominam os conhecimentos dos chás, comidas e rezas. Constituindo uma cartografia mais precisa do que ainda resiste/persiste de antigas crenças, ritos e de outras marcas da “arqueologia do saber” (CORDEIRO, p.2).

No filme *Mensageiras da Luz*⁶, há relatos de que quando a criança está fora do lugar a parteira o coloca no seu lugar, pronto para nascer: “Vira sim senhor. Quem não sabe, não vira.”

É o desafio que estas mulheres propõe ao conhecimento formal biomédico, tornando esta atividade um processo longo de preparação e espera, que desvelam cuidados que começam muito antes da hora do parto e que seguem até quarenta dias após o nascimento da criança.

Para as práticas de cura há muitos cuidados a serem tomados. Cada *curador* ou *curadeira* cuida do seu local de acordo com as indicações dos guias. Esses cuidados, geralmente, de responsabilidade dos ajudantes do(a) *curador(a)* (membros da família ou

6 Filme *Mensageiras da Luz* – produzido em parceria com a Secretaria Municipal de Cultura de São Paulo e Ministério da Cultura – documentários inéditos do concurso nº 08, 2001.

médiuns em desenvolvimento), incluem varrer o chão e limpá-lo com sal grosso, defumar com pimenta ou ervas perfumadas ou *fede* (termo usado no mesmo sentido de ‘fedorentas’) todo o ambiente; perfumar as *espadas* e as imagens dos santos com lavandas/perfumes cujo aroma agrade cada guia; mergulhar esse ou aquele objeto ou imagem em substâncias específicas, como em bacias com sal, água de cachoeira, igarapé ou da chuva; em porções e tipos diferentes de sal ou areia. Tudo em dias e horários específicos (CORDEIRO, p. 123). As parteiras se preparam para a hora da criança.

Enquanto isso chás e banhos preparam o corpo da mulher a para *hora bendita*. Com as mãos que apalpa a barriga e sentem a criança, vai se desenhando o aprendizado, pois cada parto é diferente. Há partos que são rápidos, outros demoram horas para se concluir, há partos difíceis de se fazer e estas mãos descrevem, ao toque, as possibilidades que a mulher terá.

Há um processo de diálogo da parteira com a criança que vai nascer⁷, como se tivessem tecendo um acordo para sua vinda.

Algumas parteiras sabem rezar. Ofício que se agrega na atividade de trazer uma criança à luz.

Em Pajés, Benzedores, Puxadores e Parteiras: os imprescindíveis sacerdotes do povo na Amazônia⁸, os benzedores são pessoas que possuem o *dom da cura*, como os pajés, e no interior da Amazônia eles conhecem bem a ação dos *encantados*, mas seu trabalho é com *oração* ou *reza*, sem *incorporação*.

CORDEIRO ao resgatar os primeiros registros sobre as práticas populares de cura na Amazônia cita estudos de VERÍSSIMO em *As populações indígenas e mestiças da Amazônia: sua linguagem, suas crenças e seus costumes*:

“ajudado pela rudeza dessa gente, [o pajé] sobreviveu ao deus de quem o quisesse fazer sacerdote”. Isso porque, durante as sessões curativas - corriqueiras “mesmo nos centros mais civilizados, como as duas capitais [Belém e Manaus]” (p. 148) - a aplicação de medicamentos era acompanhada “com orações do ritual católico (...) dançando ao som do maracá, cujo uso guardam, ao redor do enfermo crente e esperançoso de que esse instrumento, essa dança e essas misteriosas palavras, murmuradas por ele o hão de salvar” (p.149).

As práticas de reza e uso de medicamentos já remonta os ancestrais indígenas, relatados em 1881 por Luiz Veríssimo, que com seus estudos aponta que a pajelança na Amazônia é vista a partir de um modelo indígena, apagando os registros de cura das religiões de matriz africana, como também práticas populares de cura da região.

Satiro, o pajé negro, recontado por ALVARENGA, restitui para pajelança amazônica os traços africanos de religiosidade popular, o *babassuê*, amalgamando os conhecimentos

7 Filme Parteiras da Amazônia - https://www.youtube.com/watch?v=XPq-ansmyEE&list=PLwIAjm1BJV5NH_fc9GB-Q6EdLDzx6B9kDT&index=3

8 VAZ, Flôrência. Org. Pajés, Benzedores, Puxadores e Parteiras: os imprescindíveis sacerdotes do povo na Amazônia, p.19.

de cura que chegaram até as mulheres partejadoras.

Os aprendizados de cura também se fazem nesse mundo do encanto:

“Dona Maria, 73 anos, curadora desde os 13 anos, migrante da região do Andará⁸⁵, e moradora do bairro Santa Rita, também explica que a capacidade de curar teve início depois do primeiro contato com um desses bichos: “Minha mãe conta que tava, a modo, (aparentemente) num delírio, falando com um Gavião, mas eu tava era lá no encanto com ele que foi crescendo comigo, em sonho e me ensinando tudo que eu sei.”⁹

Passam, também estas mulheres a trabalhar no mundo do encantado:

“Dona Matica, era uma parteira muito boa, pra todo lado iam buscar ela pra partejar as mulheres. Ela morava sozinha. Tinha morador dum lado e do outro, e tinha a casa do filho dela bem pertinho, mas ela morava sozinha na casa dela.

Quando foi uma noite, ela escutou zoadada de remo na beira da canoa: “vrou, vrou” [barulho da canoa]. Aí, ela ficou escutando. Ela sentiu que parou no porto da casa dela. Ela ouviu aquele homem chamar ela: “Dona Matica! Dona Matica!”

Na terceira vez, ela respondeu, aí ela abriu a janela, foi olhar o homem que tava chamando ela, falando pra ela ir partejar a mulher dele que ela tava com dor pra ter filho. Ela perguntou pra ele quem ele era, ele disse o nome, mas ela não entendeu muito bem; e pra onde era o lugar, também ele falou, mas ela não entendeu bem o que ele disse. Ela não tava querendo ir porque era tarde da noite — era umas 11 horas mais ou menos —, mas ela foi, e não disse nada pro filho.

Quando ela disse que ela ia, ele baixou primeiro que ela. Depois ela foi atrás; se arrumou e foi. Ela chegou lá na beira, tinha dois homens na popa da canoa, atrás, e esse que foi em terra chamar ela já tava sentado lá na proa, tudo de chapéu na cabeça. E o banco tava limpo lá pra ela sentar. Quando ela chegou lá ela percebeu que a canoa era feia e o remo também era feio, mas ela foi. Aí, eles remaram muito e pararam; ela não viu casa nenhuma lá onde eles pararam. E aí, ele disse pra ela: “Feche seu olho!”, ela fechou. Com um pouco, ele disse: “Abra seu olho!” Quando ela abriu o olho dela, ela já tava numa casa muito bonita, tudo que tinha lá era ouro, de peixe, pendurado pela parede. Ele brilhava e ficava claro, parece lâmpada. E aí, ela ficou cismando que aquilo só podia ser encanto de boto.

Ele levou ela pra mulher que tava esperando filho. Era uma cama muito bonita, grande, e ela começou a puxar na barriga dela.

Ela levava os remédios dela pra fazer os negócios dos trabalhos nas mulheres, e começou a puxar na barriga dela, e aí a mulher disse: “Puxe a minha costa aí, dona Matica”.

Ela disse: “Então, vira de lado.” Ela foi puxando, puxando na costa dela, e achou um arpão de pescador afincado na costa dela. Mas era uma mulher grande e loura, com um pano embrulhado na cabeça. E ela disse: “Mas olha o que tá doendo na sua costa! É isso aqui que tá afincado na sua costa.” Ela disse: “Então, tire!”.

⁹ CORDEIRO, Maria Audirene. A canoa da cura ninguém nunca rema só: o se ingerar e os processos de adoecer e cura em Parintins (AM). 2017, p. 116.

Aí, foi pelejando. Quando ela amolecia, a mulher se torcia de dor.

Daqui, dali, ela deu um puxão com força que arrancou com um pedaço de carne com o arpão. Aí, ela cismou mesmo que aquilo não era gente, era boto, e ela mostrou pra mulher o que tava doendo na costa dela.

Deixou lá e foi puxar na barriga da mulher pro filho nascer, mas era mulher, naquela hora era gente, e nasceu o filho. A criança era normal, era fêmea. E o homem daqui, ali, tava passeando por lá, esse que foi em terra chamar ela.

Ela ajeitou tudinho por lá e disse: “Olhe, o senhor já pode me levar, que já tá tudo ajeitado. Já nasceu a criança e todos dois tão bem.” E aí ele perguntou: “Quanto é que custa o seu trabalho?”.

Ela disse: “Olha, meu senhor, eu não cobro nada. Quando eu vou por aí eles me dão o que eles querem, eu não cobro.” Ele saiu assim pra um escondido e veio de lá com um dinheiro, ela viu que era dinheiro naquela hora, ela não reparou quanto era, só fez meter no bolso e “vumbora, vumbora!”.

Na hora de sair ele disse pra ela: “Fecha teu olho!” Ela fechou. Com pouco, ele disse: “Abra teu olho!” Quando ela abriu o olho dela, ela já estava dentro da canoa de novo, os dois atrás, ele lá na frente e o banco no meio pra ela sentar. Aí, remaram, remaram. Pelo tempo que ela calculou já era bem uma da madrugada mais ou menos. Eles não falavam nada.

Quando chegou, ela saiu, eles voltaram. Ela subiu. Aí, foi tomar um banho, mudar a roupa. Deitou na rede, nem dormiu mais, só pensando na viagem, pra onde ela foi, o que ela viu. Nisso, amanheceu o dia. Quando ela foi ver o dinheiro que ele tinha dado, não era dinheiro, era só folha seca de pau. Ela foi contar pro filho pra onde ela tinha ido e o que ela tinha visto. O filho ralhou com ela, e ela disse: “Mas se tudo por aí eu vou, eu não queria ir, mas eu fui”.¹⁰

A Organização Mundial da Saúde, desenvolveu uma lista de verificação de segurança nos partos¹¹ tendo em vista que em 130 milhões de partos no mundo se verificou cerca 300.000 mortes de parturientes e 2,6 milhões de nados-mortos, ainda outros 2,7 milhões de recém-nascidos morrem até 28 dias de vida. Propões políticas a serem desenvolvidas pelos países com o fim de desenvolver políticas públicas que combatam esses resultados mortes.

As parteiras do estado do Amapá, protagonizaram este episódio de intervenção nos atos de partejar e passaram a receber capacitação com o fim de higienizar suas práticas.

Em 1996, o UNICEF reconhece a atividade das parteiras, como prática que deve ser valorizada. É desenvolvido o *kit parteira* e a *bolsa parteira*.

A Rede de Humanização do Parto e do Nascimento – REHUNA passou a desenvolver uma série de atividades que em linhas gerais, poder-se-ia dizer que esse movimento de humanização propõe mudanças no modelo de atendimento ao parto hospitalar/medicalizado no Brasil, tendo como base consensual a proposta da Organização Mundial de Saúde (OMS) de 1985, e também a inclusão de parteiras leigas/tradicionais no sistema de saúde nas regiões nas quais a rede hospitalar não se faz presente. Assim, as parteiras ressurgem

¹⁰ Idem. P. 109-112.

¹¹ https://www.who.int/patientsafety/implementation/checklists/childbirth_portuguese/en/

para esse sistema de saúde e principalmente para o modelo biomédico como práticas “alternativas”. Nesse contexto de participação efetiva em programas de capacitação, as parteiras são reconhecidas como as primeiras humanizadoras do parto e do nascimento (BARROSO e PAIVA, p. 315).

As propostas de valorização da tarefa das parteiras, dão-se através dos mecanismos de Estado e das organizações sociais que efetivam políticas públicas em uma relação sem qualquer assimetria, colocando em confronto os saberes tradicionais diante da inovadora proposta segura de partejar, com o fim de garantir partos que não resultem tantas mortes a mães e crianças no momento do parto ou ainda em poucos dias, posteriores ao nascimento.

BARROSO e PAIVA apontam que o Programa Trabalhando com Parteiras (BRASIL, 2012) está pautado num discurso em que o compartimento de saberes e a instrumentalização das parteiras no uso de objetos e tecnologias biomédicas é efetivado para apoiar as atividades de partejar. Percebe-se que isso se constitui como um modo de intervenção na assistência ao parto domiciliar e pode levar à incorporação de outros saberes médicos pelas parteiras tradicionais, associados aos modos tradicionais de cuidar de mulheres na gestação e no parto domiciliar.¹²

Nas capacitações realizadas, começou-se a observar relatos de parteiras como Sol:

“Nós vivemos muito tempo na clandestinidade, nós não era organizada porque nosso trabalho era mal visto, chamavam a gente de bruxa e nós tinha medo de ser presa. Quando veio o primeiro convite pra irmos no Palácio do Governo, muitas parteiras não vieram porque tinha policial: elas pensavam que iam ser presas. Nós que viemos pra primeira reunião, só deu 62 parteiras, e foi explicado pra gente não ter medo, porque iam ser feitos cursos de capacitação, pra resgatar nossa cultura, e usar material certo pra fazer parto e cuidar dos bebês. E a partir daí fomos criando uma perspectiva de vida, de melhorar nosso trabalho.”¹³

Considerar as práticas de cura como bruxarias deslegitima a atividade da parteira. Porém, o que se verifica na higienização dos atos de partejar é uma submissão e desnaturalização dos saberes ancestrais da floresta diante da incapacidade do Estado de estabelecer em regiões como a Amazônica, equipamentos públicos de saúde que atendam a população a partir dos protocolos da política pública.

As parteiras estão nas florestas e nos rios da Amazônia e sua linguagem é expressa na simplicidade das suas relações comunitárias. Note-se:

“Foi difícil pra mim, índia, entender o que as mulher branca falava. Mas como elas usam muitos gestos e riscam papel, mostram nos quadro. Eu consegui com ajuda das outras parteiras, consegui entender o curso. Ganho o material de parto. Uso e também uso o que aprendi aqui na aldeia (Areia, Aldeia do Manga/Oiapoque-AP).”¹⁴

12 BARROSO, Iraci e PAIVA, Antonio. Parteiras tradicionais da Amazônia amapaense: capacitação, incorporação de saber e resistência cultural. Revista de Ciências Sociais. Fortaleza, v. 50, n. 1, mar./jun., 2019, p. 316.

13 Idem. p. 322.

14 Idem. p. 328

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

As batalhas noturnas denunciadas por Carlo Ginzburg em *Andarilhos do Bem*, remontam as mesmas lutas das mulheres parteiras do norte do Brasil.

Mas há um sinal de resistência no sentido de preservar os ritos de limpeza e cura que se fazem antes das crianças nascerem como o uso de bacia *virgem* (nunca usada) e que foi reservada para colocar o banho, *curado* pelo sereno da noite e pelos primeiros raios do sol da manhã. O Ritual de limpeza e proteção do enxoval fora realizado pelas três gerações de mulheres da família. Gêge lavava delicadamente cada peça com sabão em barra para tirar a *goma* da confecção, Jeane as mergulhava e as esfregava em três águas limpas, para tirar bem o sabão; e dona Esmeraldina imergia peça por peça na bacia com o *banho de cura, espremia* (torsia) bem e devolvia para a neta *estender no sol*, ou seja dispor no varal para secar (CORDEIRO, p. 152)

Os cuidados com o corpo interferem inclusive na alimentação da parturiente que sempre esteve entre as preocupações da parteira, pois o que ela comesse poderia lhe prejudicar no seu processo de cura, pois os alimentos, para o povo da floresta tem função e à medida que este conhecimento tradicional é contestado pelo conhecimento biomédico, se introduz no seio da comunidade o apagamento das práticas:

“Isso é coisa de gente do interiô, a enfermeira me falô que com 15 dias já posso fazê tudo e que essas coisas de remoso (reimoso) não existe. Ela só me pediu para evitá transá, né? porque a gente tá toda fede e machucada por dentro, mas esse negócio de banho de asseio que eu faria se quisesse, porque não prejudica, nem ajuda.”

Mas ainda há resistência apesar desse processo que queima dos saberes ancestrais: “Mas aqui em casa me vigiam direto, e vô tê de cumpri de qualqué jeito, né? (Cristiane, 16 anos, 18/06/2015)”

Essa resistência é um gesto de sobreviver diante do próprio abandono imposto pelo Estado a essas populações ribeirinhas.

As medidas de higienização dos partos, na perspectiva de trazer a lume o labor das parteiras e ainda a valorização de sua atividade demonstra não propriamente uma preocupação com a preservação do saber local, mas uma ineficiência em construir nestes locais, equipamentos públicos que cumpram os protocolos de saúde pública que este mesmo Estado tem obrigação constitucional de realizar.

Ao lançar mão do conhecimento das mulheres partejadoras das florestas e das águas, provoca questionamentos em seus fazeres e incide diretamente em suas práticas, tornando mão de obra barata a serviço da política pública de saúde. Sim, barata, pois a bolsa parteira que grande processo de mudança socioeconômica trouxe a estas mulheres?

O Santo Ofício dessas mulheres se consolidou na proposta de higienização de suas práticas de parto, utilizando-se por fundamento a valorização da parteira tradicional.

REFERÊNCIAS

ACKER, Justina Inês Brunetto Verruck; ANNONI, Fabrina; CARRENO, Ioná; HAHN, Giselda Veronice; MEDEIROS, Cássia Regina Gotler. **As parteiras e o cuidado com o nascimento**. Revista Brasileira de Enfermagem, 2006, Set-out; 59(5): 647-651

BARROSO, Iraci e PAIVA, Antonio. **Parteiras tradicionais da Amazônia amapaense: capacitação, incorporação de saber e resistência cultural**. Revista de Ciências Sociais. Fortaleza, v.50, n. 1, mar./jun., 2019, p. 313 – 361.

BRENES, Anayansi Correa. **História da parturição no Brasil, Século XIX**. Cadernos de Saúde Pública Pública, RJ 7 (2): 135-149, abr/jun, 1991.

CORDEIRO, Maria Audirene. **Pajelança e Babassuê: as faces do Xamanismo amazônico no final do século XIX**. Trabalho apresentado na 29ª Reunião Brasileira de Antropologia, realizada entre os dias 03 e 06 de agosto de 2014, Natal/RN.

CORDEIRO, Maria Audirene. **A canoa da cura ninguém nunca rema só: o se ingerar e os processos de adoecer e cura em Parintins (AM). 2017**. Tese submetida ao Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social da Universidade Federal do Amazonas, como requisito para obtenção do título de Doutora em Antropologia Social.

Filme Mensageiras da Luz - <https://www.youtube.com/watch?v=MXh9Fj1rYwM>.

Filme Parteiras da Amazônia – https://www.who.int/patientsafety/implementation/checklists/childbirth_portuguese/en/

FLEISCHER, Soraya. **Parteiras, buchudas e aperreios: Uma etnografia do atendimento obstétrico não oficial em Melgaço, Par**. Santa Cruz do Sul/Belém: Editora da Universidade de Santa Cruz do Sul/Paka-Tatu, 2011.

GUINZBURG, Carlo. **Andarilhos do bem: feitiçaria e cultos agrários nos sec. XVI e XVII**, São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

GUINZBURG, Carlo. **O queijo e os vermes: o cotidiano e as idéias de um moleiro perseguido pela inquisição**, São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

GUINZBURG, Carlo. **História Noturna: Definindo o Sabá**, São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

HAURADOU Gladson Rosas; OLIVEIRA, Simone Eneida Baçal de. **Práticas de cura popular na Amazônia: um ensaio a partir do conceito de Habitus em Pierre Bourdie**. Revista eletrônica Mutações, jul-dez, 2017.

LUCIANO, Gerssem dos Santos. **O Que Você Precisa Saber Sobre os Povos Indígenas No Brasil de Hoje**. Coleção: Educação para todos. Edições: MEC – Unesco - Brasília, 2006. Disponível em <unesdoc.unesco.org/images/0015/001545/154565por.pdf>. Acesso: 2020.

MATIAS, Rafaela Barbosa Carvalho. **MULHERES MÁGICAS DO BRASIL COLÔNIA: CORPOS PERSEGUIDOS E DOMINADOS**.

NASCIMENTO, Raysa Martins do. **Mãos mágicas: a prática do partejar a partir da experiência de parteiras tradicionais de Santana – AP**/Raysa Martins do Nascimento. – 2018.

SILVA, Paulo Kleber Borges da. **Saberes e Poderes- A expressividade das benzedeiras Remanescentes em Jaci-Paraná/RO**. Simpósio Linguagens e Identidades na/da Amazônia Sul-Occidental. Universidade de Rondônia. 2016.

VAZ FILHO, Florêncio Almeida. Org. **Pajés, Benzedores, Puxadores e Parteiras: os imprescindíveis sacerdotes do povo na Amazônia**, Ufopa, 2016.

PARANÁ/RO

A CULPABILIDADE À LUZ DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Data de aceite: 21/09/2021

Data de submissão: 16/07/2021

Edson Mario Rosa Júnior

Unesc – Universidade do Extremo Sul
Catarinense.

Laguna – Santa Catarina.

<http://lattes.cnpq.br/5804319902950676>

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar os predicados da Criminologia Crítica como fundamento da reprovabilidade da conduta praticada pelo autor e, portanto, de sua culpabilidade. Para a elaboração da pesquisa, foram utilizados o método dedutivo, tipo de pesquisa exploratória, abordagem qualitativa e procedimento bibliográfico. O crime, em uma dogmática analítica, resta caracterizado quando praticada uma ação típica, ilícita e culpável. Na culpabilidade é verificado se a conduta é reprovável ao seu autor. Há duas teorias que buscam oferecer supedâneo a efetivação desse reprovabilidade. Em que pese o objetivo do presente projeto não seja a análise da prevalência de qualquer das teorias sobre à outra, é imperativo assentar, com supedâneo nas perspectivas pós-finalistas sobre a conduta humana, que fatores internos e externos podem influenciar na prática de determinado delito. E é da influência de fatores internos e externos que exsurge a necessidade de a culpabilidade ser analisada em atenção aos condicionantes pessoais e sociais do autor do injusto. Os

fundamentos da Criminologia Crítica – ciência submetida à permanente revisão epistemológica – podem ser utilizados como fundamento para análise da reprovabilidade da conduta do autor do injusto e, portanto, da sua culpabilidade.

PALAVRAS - CHAVE: Culpabilidade; Criminologia Crítica.

GUILTABILITY IN LIGHT OF CRITICAL CRIMINOLOGY

ABSTRACT: This paper aims to analyze the predicates of Critical Criminology as the foundation of the reprehensibility of the conduct practiced by the author and, therefore, its culpability. For the elaboration of the research, the deductive method, type of exploratory research, qualitative approach and bibliographic procedure were used. Crime, in an analytical dogmatic, remains characterized when a typical, illicit and culpable action is taken. In the culpability it is verified if the conduct is objectionable to its author. There are two theories that seek to offer support to the realization of this objection. Although the objective of this project is not to analyze the prevalence of either theory over the other, it is imperative to base, on the post-finalist perspectives on human conduct, that internal and external factors may influence the practice of a particular offense. . And it is from the influence of internal and external factors that the need for the culpability to be analyzed in consideration of the personal and social conditions of the author of the unjust. The foundations of Critical Criminology - science subjected to permanent epistemological revision - can be used as a basis for analyzing the

reprehensibility of the wrongdoer's conduct and, therefore, his culpability.

KEYWORDS: Culpability; Critical Criminology.

INTRODUÇÃO

O crime, em uma dogmática analítica, resta caracterizado quando praticada uma ação típica, ilícita e culpável. Configurado o injusto (conduta típica e antijurídica), na culpabilidade é verificado se a conduta é reprovável ao seu autor, fato este que justificará, se for o caso, a aplicação e a limitação de uma reprimenda.

A reprovabilidade ocorre quando o autor da conduta podia fazer algo diferente do que fez, e que, nas circunstâncias, lhe era exigível que fizesse. Não obstante isso, certo é que os fundamentos da reprovabilidade em comento são alvos de constante discussão acadêmica. Tanto é verdade que há duas teorias que buscam oferecer supedâneo a efetivação desse juízo de censura.

A primeira, com origem na Escola Clássica, prega que o fundamento da reprovabilidade da conduta está na responsabilidade moral do indivíduo, de modo a consagrar o livre-arbítrio.

De outro norte, a segunda teoria, esse surgida na Escola Positivista, defende o determinismo, sob o argumento de que o homem não é dotado de todo o livre-arbítrio aduzido pela Escola Clássica, mas, sim, que fatores internos ou externos podem influenciá-lo na prática da infração penal.

Em que pese o objetivo do presente artigo não seja a análise da prevalência de qualquer das teorias sobreditas sobre à outra, é imperativo assentar, com supedâneo nas perspectivas pós-finalistas sobre a conduta humana, que fatores internos e externos podem influenciar na prática de determinado delito.

E é da influência de fatores internos e externos que exsurge a necessidade de a culpabilidade ser analisada em atenção aos condicionantes pessoais e sociais do autor do injusto.

Entretanto, ainda que evidente a necessidade da averiguação dos condicionantes pessoais e sociais, a grande dificuldade reside no fato de se encontrar um referencial teórico apto a possibilitar essa análise.

A Criminologia Crítica, desenvolvida com base no paradigma da reação ou do controle social, analisa os processos de criminalização através da distribuição do poder de definição e da reação numa sociedade, à desigual distribuição desse poder e aos conflitos de interesses que estão na origem desses processos. (BARATTA, 1983, p. 145-166).

Desta forma, sem a pretensão de apresentar uma fórmula perfeita e insuscetível de críticas, torna-se fundamental analisar os predicados da Criminologia Crítica, mormente na influência dos fatores sociais, como fundamento da reprovabilidade da conduta praticada pelo autor e, portanto, de sua culpabilidade.

CULPABILIDADE

O conceito de culpabilidade, na dogmática analítica, sofreu sensíveis alterações a fim de acompanhar a evolução da teoria do delito. As mencionadas alterações, assim como ocorreu com a evolução da teoria da infração penal, seguiram a lógica eurocêntrica do pensamento alemão, que pouco contribuem para a transformação da análise da culpabilidade em países diametralmente opostos, como é o caso dos países latino-americanos.

No modelo clássico de infração penal, ainda em meados do século XIX, a culpabilidade consistia na relação psíquica entre a conduta do autor e o resultado dela decorrente. Já no início do século XX, o modelo neoclássico de infração penal surge com uma culpabilidade normativa somada a concepção psicológica.

Não obstante isso, é no modelo final de infração penal, com características ontológicas, que a culpabilidade tornou-se puramente normativa, passando a ser um juízo de reprovação e exculpação, colocando o sujeito humano no centro da doutrina jurídico penal e dando-lhe dignidade racional para tomar decisões. (WELZEL, 1956)

Destarte, a Culpabilidade, nos termos atuais, enquanto último elemento constitutivo do tipo penal, cuida de analisar a reprovabilidade da conduta do autor do injusto, verificando se este é imputável, se possuía conhecimento da ilicitude do ato e se lhe era exigível conduta diversa.

O último ponto da culpabilidade, ou seja, a exigibilidade de conduta diversa, por certo, é aquele que gera maior controvérsia no âmbito jurídico, uma vez que reside aqui a discussão quanto ao fundamento da reprovabilidade da conduta daquele que praticou o injusto penal.

Tanto é verdade que no afã de justificar esse juízo de censura, surgiram duas teorias advindas de correntes distintas, uma da Escola Clássica e outra da Escola Positiva, sendo que a primeira se fundamenta no livre-arbítrio, com supedâneo na responsabilidade moral do indivíduo, enquanto a segunda prega o determinismo, sob o argumento de que fatores internos e externos podem influenciar na prática delitiva. (ARAGÃO, 1955, p. 72 e 82)

Ainda que eclipsada a discussão sobre as teorias sobreditas, certo é que fatores internos e externos, por exemplo, condições psicológicas e o meio social, podem influenciar na prática de determinado delito.

A afirmativa retro encontra amparo no fato de que as condutas humanas, segundo as perspectivas pós-finalistas, não são frutos de um determinismo ou de um livre-arbítrio, mas, sim, de aspectos individuais somados a variáveis situacionais. (DUSSEL, 2016, p. 43)

CULPABILIDADE NA PERSPECTIVA PÓS-FINALISTA

Do debate estéril entre deterministas e indeterministas, e da impossibilidade de comprovação empírica do livre-arbítrio defendido por Welzel (1956), vêm surgindo novos

modelos pós-finalistas de infração penal com a finalidade de tentar solucionar a grande discussão jurídica atinente a culpabilidade.

Na perspectiva pós-finalista, é reconhecido que as condutas humanas não são fruto exclusivo de um determinismo ou de um livre-arbítrio, mas que, além de aspectos individuais, há variáveis situacionais que interferem no comportamento humano. (DUSSEL, 2016, p. 43)

Neste ponto, é de se mencionar que a globalização neoliberal gera exclusão social e isso interfere diretamente na liberdade de escolha dos sujeitos, não havendo culpabilidade em situações de extrema exclusão ou havendo diminuição da culpabilidade por tais razões. (BUSATO, 2013, p. 540-554)

Desta forma, cristalino está que a análise da reprovabilidade da conduta enquanto elemento constitutivo do tipo penal deve ser realizada mediante a verificação das condicionantes pessoais e sociais que circundam o autor do injusto.

Contudo, ainda que indubitável a necessidade da análise dos condicionantes pessoais e sociais, a grande dificuldade reside no fato de se encontrar um referencial teórico apto a possibilitar essa análise.

CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Em que pese a necessidade da averiguação das condicionantes pessoais e sociais do agente, não há critérios predeterminados para que o juízo competente, no momento da análise da prática delitiva, decida pela (não) reprovabilidade do injusto praticado, motivo pelo qual esta *decisum* é fundamentada em critérios pessoais do próprio magistrado.

A magistratura brasileira, como é consabido, é composta, em sua maioria, por pessoas que vivenciam realidades muito distintas daquelas vivenciadas pelos indivíduos estigmatizados que são selecionados pelo sistema penal. (GUIMARÃES, 2018)

E é dessa dicotomia que exsurge a necessidade da utilização de um arcabouço teórico apto a analisar a reprovabilidade da conduta do autor do injusto segundo as suas condições pessoais e as influências externas que com ele interagem.

O homem é inseparável da sociedade e, portanto, para análise do crime enquanto fenômeno social exige-se do pesquisador um exame da própria posição do homem na sociedade. (TAYLOR, 1980, p. 72)

A Criminologia Crítica, desenvolvida com base no paradigma da reação ou do controle social, analisa os processos de criminalização através da distribuição do poder de definição e da reação numa sociedade, à desigual distribuição desse poder e aos conflitos de interesses que estão na origem desses processos. (BARATTA, 1983, p. 145-166)

O estudo do crime e do controle social baseia-se na divisão da sociedade em classes (estrutura econômica) e na reprodução das condições de produção (separação do trabalhador e dos meios de produção) pelas instituições jurídicas e políticas (superestruturas

de controle social), que determinam práticas contrárias às condições de produção, ou reprodução social, das quais o crime faz parte. (SANTOS, 1981 p. 28)

Na perspectiva da criminologia crítica a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas. A criminalidade é (...) um "bem negativo", distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixado no sistema sócio-econômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos. (BARATTA, 1983, p. 161)

Assim é que a análise da criminalização através da distribuição do poder de definição e da reação numa sociedade, à desigual distribuição desse poder e aos conflitos de interesses que estão na origem desses processos, pode ser de extrema importância para averiguação da exigibilidade de conduta diversa tratada no último elemento constitutivo do tipo penal, a culpabilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto e sem a pretensão de apresentar uma fórmula perfeita e insuscetível de críticas, os fundamentos da Criminologia Crítica – ciência submetida à permanente revisão epistemológica – podem ser utilizados como fundamento para análise da reprovabilidade da conduta do autor do injusto e, portanto, da sua culpabilidade.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré de. As três escolas penais. São Paulo: Freitas Bastos, 1955.

BARATTA, Alessandro. Sobre a criminologia crítica e sua função na política criminal. [Relatório apresentado no IX Congresso Internacional de Criminologia, Viena, setembro de 1983]. *Documentação e Direito Comparado*. Lisboa, Boletim do Ministério da Justiça, n. 13, p. 145-166, 1983. Separata.

BUSATO, Paulo César. Direito Penal: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.

DUSSEL, Enrique. 14 Tesis de Ética: hacia la esencia del pensamiento crítico. Madrid: Trotta, 2016.

GUIMARÃES, Juci. Perfil dos juízes é conservador e distante da realidade do restante do país. Disponível em: <https://www.brasilefato.com.br/2018/09/18/perfil-dos-juizes-e-conservador-e-distante-da-realidade-do-restante-do-pais/>. Acesso em 28 de agost. 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. A criminologia radical. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (Org.). A criminologia crítica na Inglaterra: retrospecto e perspectiva. In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (Org.). Criminologia crítica. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980.

WELZEL. Hans. Derecho Penal: parte general. Tra. Carlos F. Balestra, Buenos Aires: Depalma. 1956.

CAPÍTULO 12

O TRIBUNAL DO JÚRI SOB A ÓTICA DO DIREITO COMPARADO

Data de aceite: 21/09/2021

Andressa Rangel Dinallo

Samara Monayari Magalhães Silva

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar o Tribunal do Júri, tanto em sua forma clássica adotada no Brasil como na forma de escabinado adotada por diversos países, demonstrando a atuação popular no Poder Judiciário, sendo os membros da sociedade competentes para julgar os crimes dolosos contra vida. Portanto, torna-se assim única, na medida em que se distingue de qualquer outro instituto, pela participação direta de pessoas do povo em seus julgamentos. Diante disso, foi utilizado como método de análise o direito comparado em sua evolução, princípios, diferenças e semelhanças. Ao final, ao analisar todo o estudo realizado, constata-se que é de extremo valor que haja uma alteração no Tribunal do Júri no Brasil, já que a extinção do instituto, não é possível frente a proteção constitucional, podendo ao menos, ser adotado como alternativa o sistema de escabinado. O método usado foi o hipotético-dedutivo.

PALAVRAS - CHAVE: Júri Tradicional; Escabinado; Direito Comparado; Jurados; Princípios.

THE JURY'S COURT IN THE VIEW OF THE COMPARATIVE LAW

ABSTRACT: The main goal of this research is to analyze the Jury's Court, both in its classic form adopted in Brazil as well as the escabinado form adopted by several countries, demonstrating the participation of the society into the judiciary, becoming them competent to judge intentional crimes against life. This fact makes the Jury's Court unique, insofar as it differs from any other procedural institute, because of the direct participation of the society in the judgments. In view of this, comparative law was used as a method of analysis in its evolution, principles, differences and similarities. At the end, when analyzed the whole research, it is of extreme value to make major changes in the Jury Court in Brazil, since the extinction of the institute is not possible in face of the constitutional protection, and may at least adopt the escabinado system as an alternative system. The method used was the hypothetical deductive

KEYWORDS: Traditional Jury. Escabinado. Comparative Law. Jurors. Principles.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem, como proposta, retratar as inúmeras evoluções que o Tribunal do Júri sofreu ao longo do tempo, passando inclusive, por períodos de quase esquecimento, entretanto, nas últimas décadas tem sido reconhecido o seu valor e importância, inserindo a sociedade nas decisões, tornando o Brasil um país mais justo e democrático. A participação

popular na administração da justiça é muito prestigiada em diversos países, através da análise do controle da decisão dos jurados no direito comparado, podemos avaliar as dificuldades e soluções encontradas por estes países sobre as decisões que tendem ser soberanas.

Como forma de melhor compreender o tema abordado, buscou-se descrever uma visão geral sobre o funcionamento do Tribunal do Júri em diversos países do mundo, como, Estados Unidos, Inglaterra, França, Itália, Portugal e Espanha. Reconhecido mundialmente como modelo, o tribunal norte-americano se distingue em alguns pontos do brasileiro, como a possibilidade de se abdicar do julgamento pelo Júri, pois enquanto nos Estados Unidos o acusado tem a prerrogativa de renunciar ao julgamento pelos pares, no Brasil esta possibilidade não existe, já que a competência constitucional da instituição é indelegável e irrenunciável.

Por outro lado, há notórias semelhanças, ambos seguem o modelo tradicional do júri, advindo da Inglaterra, ao contrário do que é adotado pelos demais países citados no trabalho que adequam ao sistema de escabinado.

No Brasil, verifica-se que a instituição do Júri é uma garantia fundamental expressamente prevista na Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XXXVIII, nos Estados Unidos também possui caráter fundamental estampado na Sexta Emenda à Constituição.

Como direito e garantia individual, o Tribunal do Júri não pode ser suprimido nem por emenda constitucional, visto que é verdadeira cláusula pétrea. Por força da limitação contida no art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal este instituto de suma importância para a democracia também está previsto no Código de Processo Penal.

A pesquisa foi desenvolvida com a metodologia por meio do método hipotético-dedutivo, partindo do geral para o particular e as informações coletadas analisadas e confrontadas de forma dialética, de forma a estruturar o artigo por meio de pesquisas bibliográficas.

O presente trabalho se justifica frente a necessidade de apresentar a diversidade e a evolução do Tribunal do Júri através dos tempos, abordando, assim, o direito comparado.

Diante disto, este artigo tem como objetivo apontar a evolução do Júri e sua aplicabilidade em formatos distintos e em diferentes nações, sem perder o seu respeito à participação da sociedade nas decisões, procurando sempre delinear o mais justo possível ao caso aplicado e levantando questões controversas como se os jurados devem ou não compartilhar informações e se as decisões carecem de fundamentação.

METODOLOGIA

Trata-se de um levantamento bibliográfico, em que se busca uma análise do tema, a partir de obras já publicadas, propondo um confronto de ideias. Os dados foram examinados com a aplicação do método hipotético-dedutivo, isto é, partindo do geral para o particular e

as informações coletadas analisadas e confrontadas de forma dialética.

Foram utilizados para a realização deste artigo, livros de doutrina, artigos de revistas especializadas, legislações, jornais e demais documentos que se mostraram úteis e concernentes ao tema.

RESULTADOS

Os resultados alcançados pelo presente estudo auxiliarão o debate e reflexão acerca da situação fática do Tribunal do Júri no Brasil.

Após tal apresentação, aborda-se de forma crítica que a sociedade na maioria das vezes não apresenta preparo seja técnico ou psicológico para assumir a responsabilidade de ante os fatos e todo contexto probatório julgar um indivíduo, sendo assim responsável por sua condenação ou absolvição, portanto é de extrema necessidade mudanças em nosso ordenamento jurídico.

DISCUSSÃO

Evolução Histórica do Tribunal do Júri

Acredita-se que a verdadeira origem do Tribunal do Júri, tal qual seguimos hoje, se deu na Inglaterra, quando o Concílio de Latrão, em 1215, aboliu as ordálias ou Juízos de Deus, com julgamento nitidamente teocrático, instalando o conselho de jurados. Ordálias correspondiam ao Juízo ou julgamento de Deus, ou seja, crença de que Deus não deixaria de socorrer o inocente.

No período sucessivo ao Concílio de Latrão, em 1215, no século XIII, na Inglaterra, quando este Concílio aboliu a ordália ou “Juízos de Deus”, desenvolveu a instituição do júri.

Neste sentido, Tourinho Filho (2003, p. 224) destaca que:

Antes da instituição do júri, na Inglaterra, as infrações penais graves eram reprimidas de duas formas, ambas brutais: execução sumária, para os que fossem presos em estado de flagrância, e o appeal of felony, pelo qual o acusado submetia-se a um duelo judiciário com a pessoa que o denunciara (vítima ou familiares). Se fosse vencido antes do anoitecer, era condenado; se ganhasse ou não fosse vencido naquele espaço de tempo, era absolvido.

As Ordálias eram um tribunal no qual o julgamento ocorria dedicado à Divindade. No decorrer do processo os acusados eram submetidos aos Juízes de Deus, ou chamados ordálios, que através de severas provas, especialmente a de ferro em brasa e a da água, indicavam para o verdadeiro culpado, acreditava-se que a intervenção divina marcaria no corpo criminoso a sua culpa.

Envolvido pelo aspecto religioso, segundo Tourinho Filho (2003) o júri surge por conta da necessidade de julgar os crimes praticados com caráter místico. Destarte, o julgamento era realizado com a participação de doze homens da sociedade que teriam a

consciência pura e que se julgavam detentores da verdade divina para a apreciação do fato tido como ilícito e para a aplicação do respectivo castigo.

A escolha era feita deste modo, pois, de acordo com o entendimento da época, tais pessoas seriam as mais capacitadas, estariam mais aptas e bem preparadas em relação à outra parcela da sociedade que era humilde e com pouca consciência e sabedoria para decidirem o futuro de outras pessoas quando praticado um crime, assim buscava-se apurar da melhor maneira possível e mais justa realizar o tribunal do júri, ainda muito inibido.

Destaca-se o caráter religioso imposto ao Júri não só no juramento feito por seus componentes, como no número de jurados, provável alusão aos doze apóstolos de Cristo, já que o poder dado aos homens comuns reunidos sob a invocação divina para a análise dos fatos implicaria na verdade real, pois a tarefa a eles incumbida era exclusiva a Deus. A própria fórmula do juramento do júri inglês também denota o caráter místico, tendo em vista a expressa invocação de Deus.

Assim, vale destacar que a evolução do Tribunal do Júri tem a finalidade de ampliar o direito de defesa dos réus, funcionando como uma garantia individual dos acusados pela prática de crimes dolosos contra a vida e permitir que, no lugar de um juiz togado, preso a regras jurídicas, sejam julgados pelos seus pares.

Não é o Júri unicamente uma instituição jurídica: é uma criação política de suprema importância no governo constitucional. O Júri é, antes de tudo, instituição política.

Do desenvolvimento do instituto no Brasil

A partir da adoção da instituição pelos países da Europa, o Tribunal do Júri no Brasil se deu com o advento da Lei de 18 de julho de 1822, antes da independência de nosso país e da promulgação da primeira Constituição brasileira, de 1824, promulgada sob o regime monarquista existente no Brasil (RANGEL, 2009).

Após momento de reformas processualistas, em 29 de novembro de 1832, com o advento do Código de Processo Criminal do Império, criaram o Grande Júri, responsável por decidir se procedia ou não a acusação contra o acusado, e o Pequeno Júri que efetivamente proferia o julgamento em plenário (RANGEL, 2009).

O grande Júri, também chamado como Júri de Acusação, consistia em 23 jurados que se reuniam semestralmente na sede da comarca, e deliberavam sobre a procedência ou não da acusação. No caso da existência de prova para a acusação, o réu era julgado pelo chamado Júri de Sentença, também conhecido como “Júri de Julgamento”, que era formado por 12 jurados que deliberavam sigilosamente.

A primeira Constituição da República do Brasil, promulgada com influência dos ideais políticos, econômicos e sociais dos Estados Unidos, instituiu, em 24 de fevereiro de 1891, o Tribunal do Júri. Este instituto fora disciplinado no capítulo referente aos direitos dos cidadãos brasileiros (RANGEL, 2009).

Com a crescente crise econômica causada pela queda da bolsa de Nova Iorque, o

setor cafeeiro no Brasil reage e os jovens militares iniciam a Revolução de 1930, de Getúlio Vargas. Nesse cenário surge a Carta de 1934, a qual, apesar de disciplinar o Tribunal do Júri, no capítulo referente ao Poder Judiciário, não mais o tratava como um direito do cidadão.

A Constituição decretada em 10 de novembro de 1937, não se referia ao Júri, gerando ampla discussão, cogitando-se, inclusive sua extinção do ordenamento jurídico.

Tourinho Filho (2003, p. 83) destaca que:

A Constituição de 1937 não tratou do Júri, e, por isso, a matéria foi disciplinada pelo Decreto-Lei nº167, de 5-1-1938. Surgiram então, duas grandes novidades: o número de jurados passou a ser 7 e extinguiu-se a soberania.

Foi então que, em 18 de setembro de 1946, promulgada no Brasil a nova Constituição da República, a qual colocou o Tribunal do Júri novamente no capítulo referente aos direitos e garantias individuais.

Inovou a referida carta, já que passou a prever a plenitude de defesa, o sigilo das votações e a soberania do tribunal, até então afastada pela legislação infraconstitucional. Passou ainda, a prever, expressamente, o critério de competência do tribunal popular, para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Sob o novo regime ditatorial é promulgada a Carta de 1967, a qual manteve a existência do Tribunal do Júri garantindo-lhe o julgamento apenas dos crimes dolosos contra a vida.

Nos anos 60, o Brasil passou por um período difícil marcado pelos atos institucionais militares, então o Tribunal do Júri não se manteve durante essa parte da história, uma vez que se trata de instituto incompatível com a ditadura. Somente com o fim da ditadura militar, alcançado com o movimento das “Diretas Já”, o país pode novamente se reerguer e se reestruturar politicamente.

Finalmente, com o advento da Lei nº 5.941, de 22 de novembro de 1973, foram implementadas diversas alterações no Código de Processo Penal, como a possibilidade de o réu pronunciado, desde que primário e com bons antecedentes, continuar em liberdade.

A atual Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988, denominada constituição-cidadã, alocou a instituição do Tribunal do Júri no capítulo dos direitos e garantias individuais e o concedeu cláusula pétrea, consagrando o Tribunal do Júri em seu art. 5º, XXXVIII, garantindo os seguintes princípios, a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Escolha dos jurados

De acordo com Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 214), “o Tribunal do Júri é composto por um juiz de direito, que é o seu presidente, e por vinte e cinco jurados, sorteados dentre os alistados (art. 447, CPP). Portanto, cuida-se de um órgão colegiado

formado, como regra, por vinte e seis pessoas”.

Segundo Renato Brasileiro (2016, p. 1356), “aos jurados compete decidir sobre a existência do crime e se o acusado concorreu para a prática do fato delituoso na condição de autor ou partícipe.”

Deste modo, os jurados sorteados devem compor o conselho de sentença e decidir pela condenação ou absolvição do acusado, nos casos em que concluírem por condenar, devem deliberar sobre as causas de diminuição da pena, qualificadoras ou causas de aumento da pena. Dessa forma, o magistrado decide conforme a vontade popular lê a sentença e fixa a pena, em caso de condenação.

O artigo 436 do CPP exige que o jurado seja cidadão brasileiro, portanto, que seja nascido no Brasil ou naturalizado brasileiro e que se encontre no gozo de seus direitos políticos.

Anualmente, serão alistados pelo presidente do Tribunal do Júri de 800 (oitocentos) a 1.500 (um mil e quinhentos) jurados nas comarcas de mais de 1.000.000 (um milhão) de habitantes de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) nas comarcas de mais de 100.000 (cem mil) habitantes e de 80 (oitenta) a 400 (quatrocentos) nas comarcas de menor população (CPP, art. 425, caput).

Após é realizado um sorteio com a presença do membro do Ministério Público, da ordem dos Advogados do Brasil e da Defensoria Pública para acompanharem tal sorteio deverá ser realizado a portas abertas, retirando uma a uma cédula até alcançar o número de 25 (vinte e cinco) jurados, para comparecerem na reunião periódica ou extraordinária, a realização do sorteio ocorrerá entre o 15º (décimo quinto) e o 10º (décimo) dia útil antecedente à instalação da reunião.

Os jurados receberão a convocação pelo correio ou por qualquer meio hábil para comparecerem no dia e hora designados para a reunião, ainda no mesmo documento serão transcritos os arts. 436 a 446 do CPP.

Outrossim, serão fixados na porta do Tribunal do Júri a relação dos jurados convocados, o nome do acusado, dos procuradores das partes, além do dia, hora e local das sessões de instrução e julgamento.

Para efetuar o alistamento e eventualmente participar de julgamentos, o cidadão precisa ter mais de 18 anos, não ter antecedentes criminais, ser eleitor e concordar em prestar esse serviço gratuitamente, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, onde os jurados recebem um valor do Estado. No entanto, nenhum desconto pode ser feito no salário do cidadão que for jurado e faltou ao trabalho para comparecer ao julgamento.

Os candidatos podem se alistar junto ao Tribunal do Júri de sua cidade, apresentando cópia da identidade e CPF, certidão negativa criminal e atestado de bons antecedentes. A Justiça, por sua vez, pode pedir a autoridades locais, associações e instituições de ensino que indiquem pessoas para exercer a função, modo este atualmente mais utilizado.

Destaca-se que não poderão servir no mesmo conselho marido e mulher, ascendente

e descendente, sogro e genro ou nora, irmãos e cunhados, tio e sobrinho e padrasto madrastra e enteado.

Por fim, já na sessão de julgamento, o juiz passa a ler os quesitos que serão postos em votação e se não houver nenhum pedido de explicação a respeito, os jurados, o escrivão, o promotor de justiça e o defensor se dirigirem à sala secreta, onde ocorrerá a votação. A sentença é dada pela maioria dos votos. Após essa etapa, a sentença é proferida pelo juiz no fórum, perante o réu e a todos presentes.

O tribunal do júri puro comparado com o sistema de escabinado

Segundo Ângelo Ansanelli Júnior (2005), o direito comparado é o ramo do direito que tem por objeto a aproximação sistemática das instituições jurídicas dos vários países do mundo. É, portanto, por intermédio dessa comparação das instituições jurídicas mundiais que se pode analisar como alguns países enfrentam as questões referentes a participação da sociedade na administração da justiça. O direito comparado visa à aproximação das instituições jurídicas de diversos países e em meio às diferenças buscam uma unidade de vida jurídica universal.

Deste modo, verificou-se a forma de controle da decisão dos jurados tanto nos países que adotam o sistema escabinado como a França, Itália, Portugal e Bélgica, e aqueles que utilizam o modelo do Tribunal do Júri tradicional, tal qual Estados Unidos, Inglaterra e Brasil.

Nesse passo, Guilherme de Souza Nucci (2015) ensina que na Alemanha, na França, na Itália, na Bélgica e na Suíça prevalece o sistema dos escabinos, onde o povo participa dos julgamentos junto com juízes togados. Relata, ainda, que em Portugal, na Espanha e na Grécia, apesar de seus sistemas legislativos considerarem expressamente um Tribunal do Júri, adotam eles o escabinado.

Estados Unidos

Nos Estados Unidos o Tribunal do Júri têm fundamental importância, sendo previsto constitucionalmente, tendo como regra as decisões por unanimidade. Este instituto se desenvolveu em coerência com os princípios da Common-Law, que por sua vez, é um sistema jurídico cuja aplicação das normas se dá baseado nos costumes e jurisprudências dos tribunais (NUCCI, 2015).

São processadas pelo Tribunal do Júri tanto as causas cíveis como as criminais, como disposto nas leis dos EUA o juiz togado tem a função de dar direcionamento aos debates, manter a ordem, determinar quais provas serão admitidas, após submetidas ao contraditório, quanto tempo os jurados poderão deliberar, moderar os interrogatórios, decidir sobre as questões de direito e qual, eles atuam principalmente como presidentes da sessão e protetores dos direitos assegurados pelas emendas constitucionais.

Questão importante a ser ressaltada é que é permitido ao réu abrir mão do seu

direito ao julgamento pelo júri, incluindo casos puníveis com a pena capital, desde que esteja devidamente aconselhado por um advogado e o faça conscientemente, além de ser necessário contar com a concordância do promotor e do juiz, diferentemente o que ocorre no Brasil, já que é um direito irrenunciável.

Além disso, de acordo com Nucci (2015) um dos princípios básicos do direito processual americano é a “participação dos leigos”, onde se percebe a importância que possui o Tribunal do Júri, mas permitindo inclusive, que o juiz togado, nomeado ou eleito, conforme o caso, possa não ser bacharel em Direito.

Na maioria das vezes a denúncia é oferecida de maneira direta ao juiz presidente do Petty Jury, se o Grand Jury entender que não existe prova, emite o ignorar, em caso contrário o indiciado é pronunciado, chamado de true Bill, o órgão que realizará o julgamento é Petty Jury, o número de jurados geralmente é doze, mas pode variar conforme o Estado, como por exemplo, sete na Virginia, até vinte e três em Massachusetts e New Jersey (Mougenot, 2016).

Como bem ensina Paulo Rangel, após a pronúncia, o acusado tem o direito a plea bargaining, isto é, um acordo realizado com a acusação em que o investigado confessa o crime e tem a pena reduzida. Essa negociação pode ser representada pelo advogado, na presença do representante do Ministério Público e do juiz, em alguns casos admite-se a participação da própria vítima, ou no nolo contendere, que será quando o réu não assume a culpa, mas diz que não quer discuti-la.

Acrescenta ainda Rangel que se o acordo for aceito, o acusado não será levado a julgamento, contudo se não for possível a plea bargaining, o acusado será submetido a julgamento pelo Petty Jury, o qual é equiparado ao Conselho de Sentença do ordenamento jurídico brasileiro.

O número de ofensas criminais que vão a júri é bem menor que o número de casos que chegam a conhecimento da justiça, isso é consequência das renúncias dos acusados ao julgamento pelo júri, pois optam pelo julgamento feito pelo juiz togado (CARLOTTO, 2005).

No Tribunal do Júri, após a exposição das provas e debates, os jurados se reúnem em uma sala secreta para decidirem a respeito dos fatos, dentre os jurados é escolhido o foreperson, que possui a missão de conduzir os trabalhos, os jurados têm um prazo razoável para chegarem a um acordo, já que a decisão deve ser unânime sobre o fato, caso não decidirem ocorre o chamado Hung Jury, ou seja, o juiz deverá dissolver o Petty Jury e convocar um novo julgamento. Em alguns Estados, nestes casos, quando em comum acordo com o Promotor, é permitido ao Juiz absolver o réu (RANGEL, 2007).

Apesar da nítida garantia o júri americano não tem a mesma força que o tribunal popular auferiu na Constituição brasileira, pois o réu tem possibilidade de refutar esse direito, enquanto que, em nosso caso, a regra constitucional é irrenunciável.

Inglaterra

Distintamente do que ocorre no sistema nacional, o Tribunal do Júri em solo inglês é fundado na comunicação plena entre os jurados, tomando a decisão em consenso, é decidido com base no juramento que fazem de “Julgar fielmente o acusado e dar um veredicto verdadeiro e de acordo com as provas apresentadas”(MCNAUGH, 2008).

É na Magna Carta inglesa que a instituição do Tribunal do Júri aparece com mais especificidade, servindo de modelo para o mundo, apesar do júri ter sido imensamente reconhecido, desde a abolição do Grand Jury em 1.933, a instituição é responsável apenas por 1 a 2% dos casos criminais (RANGEL, 2015).

São delitos de competência do Júri o homicídio (doloso e culposo), o estupro e outros delitos conforme a sua gravidade, caberá ao juiz togado decidir se o crime vai a júri ou não.

Com fundamento na obra de Nucci (2015, p. 65)

Na Inglaterra, o júri ainda é a figura central da justiça, porque sempre foi o sustentáculo da liberdade e dos direitos individuais, embora, efetivamente, o seu uso atual restrinja-se a 3% de todos os julgamentos criminais. A diminuição gradual teve início em 1967, quando o veredicto unânime para a condenação deixou de ser exigido e, através de uma lei de 1977, várias infrações penais foram reclassificadas, de modo a impedir que os acusados exigissem, para seus casos, o julgamento pelo júri. Restam como delitos que levam necessariamente ao tribunal popular, o homicídio (doloso e culposo) e o estupro. De outra parte, há infrações leves que não podem ir a júri, tal como delitos de trânsito ou embriaguez em público. Além do homicídio e do estupro, existem outros delitos que podem ser julgados pelo Tribunal do Júri, conforme a gravidade que apresentem. Cabe ao juiz togado decidir se envia ou não o processo aos jurados.

Acredita-se que uma das principais razões para a edição da referida lei de 1977 foi a argumentação de que o julgamento pelo júri leva tempo e custa três vezes mais aos cofres públicos em comparação aos procedimentos conduzidos por magistrados togados, prejudicando a administração da justiça.

Para tornar-se jurado, é preciso ser cidadão residente no Reino Unido há pelo menos cinco anos a contar da idade de 13 (treze) anos e ter entre 18(dezoito) e 70 (setenta), a menos que seja desqualificado ou inelegível.

Na Inglaterra, não é necessário veredicto unânime, admitindo maioria de 10-2 ou 11-1, pelo menos. Nesses casos, agindo de acordo com o artigo 17 da Lei 1984 (Juries Act) o Juiz de primeira instância está habilitado a aceitar um veredicto por maioria, após, pelo menos, duas horas de discussões infrutíferas (MARTY, 2005).

Nos casos em que não houver a maioria qualificada, o acusado será submetido a novo júri, se novamente não for alcançada essa maioria em novo júri, então o réu será considerado inocente.

O juiz interfere apenas para garantir a ordem no debate na sala de audiência,

permite que os fatos sejam levados aos jurados de forma igualitária, fazendo que cheguem a uma decisão final com base no que foi exposto pelas partes.

França

A criação do Tribunal do Júri de acordo com Azevedo (2004) se deu através do Decreto de 30 de abril de 1790, sendo consolidado em 1701 na própria Constituição Francesa, gerando forte influência no Júri Brasileiro, no século XVIII.

Incorporado com a Revolução Francesa, sofreu várias transformações até chegar ao modelo atual, no início adotou-se o modelo de jurado puro, no entanto, em 1.808, a participação popular foi alterada, passando a contar o júri com um presidente, três juízes profissionais e um grupo de doze pessoas, com competência para os delitos considerados graves que visava simbolizar a soberania popular.

De acordo com Paulo Rangel, o júri na França trouxe um freio aos abusos estatais perante o processo criminal, dotado de uma estrutura processual inquisitiva. Representava aquele os ideais revolucionários da época: liberdade, igualdade e fraternidade. “Liberdade das decisões dos cidadãos; igualdade perante a justiça e fraternidade no exercício democrático do poder”.

Foi Napoleão Bonaparte quem instituiu o modelo escabinado na França, em 1809, diferentemente do Brasil os jurados passaram a deliberar quanto à culpa do acusado e, em conjunto com juízes profissionais, cabe ressaltar, que no escabinado, a aplicação da pena também é questão a ser decidida pelos jurados (RANGEL, 2015).

Após diversas mudanças da Corte, em 1958 o número de jurados leigos ficou definido em nove membros leigos e três juízes profissionais, este modelo permanece até hoje, a Corte poderá pronunciar três tipos de veredicto, sendo o L'arrêt d'acquittement, o L'arrêt d'absolution e o L'arrêt de condamnation.

Segundo os ensinamentos de Paulo Rangel (2015), a princípio a função de jurado era fortemente ligada ao meio eleitor, os jurados por sua vez eram escolhidos pela lista eleitoral. Dessa forma, só podia atuar como jurado quem estivesse na qualidade de eleitor, fazendo com que o Júri adquirisse um viés político e não judicial vez que, havia obrigatoriedade de ser jurado, mas não havia de ser eleitor, porém quem não se inscrevesse na lista de jurados estaria impedido de concorrer a qualquer função pública pelo prazo de dois anos

Em sessão secreta, por meio de quesitos sucessivos chega-se a decisão, a culpa do acusado será reconhecida apenas se alcançar o quórum de oito votos, dentre os doze integrantes do júri. No júri francês, os votos nulos e brancos são contados em favor da acusação.

Antes do ano 2000 não era possível recorrer das decisões, no entanto, após uma reforma tratando de recursos neste referido ano, resultou que, a partir de Janeiro de 2001 foi criado o direito de recorrer do mérito (MORAIS, 2008).

As apelações contra as decisões do escabinado serão julgadas por um outro

escabinado de diferente território, este tribunal será composto por três juízes profissionais e doze jurados.

Itália

Paulo Rangel (2015) esclarece que o Júri na Itália existia em lugares dispersos, sem uma lei que os regia de maneira uniforme, no entanto, foi após a revolução de 1848 que os jurados surgiram de maneira efetiva e apenas no ano de 1874 que foi estabelecido um júri de doze pessoas leigas e mais três juízes togados, que atuavam conjuntamente em um procedimento oral e público.

Não obstante, por causa do movimento revolucionário que se expandia pela Europa na época, uma contrarrevolução começou a ganhar força e instituiu o movimento fascista que foi crescendo, e Benito Mussolini com o seu grande poder de oratória conseguiu convencer o Rei de desfazer o governo e formar outro com integrantes de outros partidos, iniciando assim um golpe (RANGEL, 2015).

Dessa forma, o Tribunal do Júri Italiano foi destruído, pois era uma instituição que expressava democracia, permitia que a sociedade integrasse o poder judiciário e julgasse. O júri é inimigo de qualquer governo ditatorial que, assim que assume o poder, o elimina.

Diferentes reformas ocorreram até que em 1913 houve a redução do número de jurados de doze para dez. Após todas as reformas, a Corte Italiana (Corti de Assisi) passou a funcionar com seis juízes leigos, os quais três devem ser homens e dois togados, um assessor e o juiz presidente. Os jurados, como em Portugal e na França, participam das questões tanto de fato quanto as de direito e todas que dizem respeito ao processo (RANGEL, 2015).

Quanto a escolha dos jurados, a lei italiana exige que sejam cidadãos italianos e de boa conduta, idade entre 30 e 65 anos, com escolaridade média de primeiro grau, sendo exigido o segundo grau se for compor o corpo de jurados da Corte de Apelação. O sorteio dos jurados é feito a partir de uma lista elaborada pelo prefeito de cada cidade, esta lista é enviada ao Presidente do Tribunal do local da Corte, ao receber a lista é ouvido o Procurador da República e o Conselho da Ordem dos Advogados, de acordo é publicada a lista, quinze dias antes da sessão da Corte, o Presidente retira da urna o número suficiente de jurados para a sessão (RANGEL, 2015).

Ao contrário do que acontece no Brasil, os jurados leigos na Itália, são remunerados para exercer a função, recebendo uma determinada quantia por cada dia de trabalho, esse reconhecimento aquisitivo faz com que se dediquem ainda mais no seu papel de representantes da sociedade.

O escabinado da Itália é competente para julgar os crimes para os quais a lei comina pena de prisão perpétua, como também para aqueles puníveis com pena de reclusão inferior ao máximo de 24 anos, e por fim para delitos consumados tais quais: homicídio culposo, instigação ao suicídio, homicídio preterintencional, redução a condução análoga

à escravo, alienação ou sessão de escravos. Distintamente do nosso direito nacional, o direito italiano não prevê o julgamento pelo escabinado em caso de homicídio tentado (STRECK, 2001).

A votação para decisão se faz necessária pela maioria dos votos, se houver empate, o juiz optará pela absolvição do réu.

Diante do exposto, a análise do Instituto do Tribunal do Júri nos países supracitados tem como escopo compará-los e assim alcançar métodos para evoluir o Júri Brasileiro, abordamos a participação do povo nas decisões e suas variações, vale destacar a relevância deste método comparativo, já que pretende-se ilustrar as diferentes formas de julgar os seus pares e acima de tudo, encontrar o melhor e mais justo procedimento para tanto.

Razões do júri clássico no Brasil

O Tribunal do Júri no Brasil está previsto no art. 5º da CF como cláusula pétrea, portanto, não pode ser abolido, pois carrega em si a expressão democrática, consolidada pela vontade do povo, competindo aos jurados que o integram agir de forma independente e sublime.

O nosso Júri é composto por um juiz togado e sete jurados que devem cumprir seu dever de julgar condenando ou absolvendo o réu, e ao juiz togado nos casos de condenação cumpre a ele aplicar a pena.

Podemos dizer que ao passar dos anos permitiu-se que o homem deveria julgar outro ser da mesma espécie, democratizando o conceito de aplicabilidade da justiça, tanto é verdade que a instituição do júri, da Inglaterra foi transportada para os Estados Unidos, onde passou a figurar, na Constituição, dentre as garantias fundamentais do homem as quais atualmente o Brasil se espelha.

Ademais, o juiz leigo é menos distante das mutações sociais do que o juiz togado, podendo, por isso, decidir de molde a adaptar a lei à realidade. Além disso, sem estar preso à técnica e ao saber jurídico, o jurado, extraído do meio do próprio povo, tem mais condições de realizar a justiça, já que, mesmo não sendo considerado um cientista jurídico, penetra em condições morais, éticas, psicológicas e econômicas, que também fazem parte da vida humana, e ultrapassam as amarras da letra fria da lei. (NUCCI, 1999).

A culpa, em sentido técnico não é perceptível aos olhos dos jurados, a decisão não é fundamentada, vem da convicção íntima e a sentença absolutória não é realizada com base em princípios, por outro lado o tribunal formado de juízes togados, que jamais tiveram contato com o homem o qual vão julgar, segue uma convicção formal, sendo sua decisão pautada na lei.

Os jurados, sendo leigos, julgam segundo seu senso comum, além de se deixarem influenciar pela fácil retórica e são fortemente levados pelo momento ali presenciado, se há presença da família, comoção do público etc. Tudo isso, se alia para a decisão do jurado

em condenar ou absolver o réu.

O júri, ao contrário do juiz togado, pode desrespeitar a lei quando considera que a eventual punição será injusta. Em defesa desta tese, Nucci (1999, p. 181) sustenta: “o júri constitui uma espécie de miniparlamento, colocando os jurados na posição de legisladores em casos específicos”.

O julgamento realizado pelo júri resulta numa valiosa contribuição à administração da justiça, levando os profissionais do Direito a apresentar suas teses compatíveis com o entendimento do juiz leigo. Isto é vantajoso, haja vista que o próprio réu e o público podem acompanhar tudo o que se passa, graças ao princípio da publicidade, acompanhamento este que não seria possível, a um réu e a um público leigo, se fosse realizado por termos muito técnicos. Por esse motivo, grande parte da sociedade tende a aceitar melhor um veredicto dos seus pares do que de um juiz togado.

O Tribunal do Júri desempenha um caráter educacional, obrigando o povo a manter-se atualizado e consciente dos seus direitos.

Mesmo com todos seus defeitos, o Júri ao longo do tempo construiu na mente das pessoas uma consciência jurídica, no momento do júri se experimenta uma mistura do direito concreto com o sentimento mais íntimo e subjetivo de justiça dos jurados, e aquele jurado assumirá a posição de julgador com base em suas experiências de vida pessoal e de tudo que foi abordado acerca daquele caso, no qual terá que tomar sua decisão buscando a melhor forma de fazer justiça.

Em virtude de sua forma procedimental, o Júri atende de modo mais eficiente aos princípios processuais da acusação, da audiência, do contraditório, da publicidade, da oralidade, da imediação, da concentração, da identidade física do juiz, da publicidade dos atos processuais e outros.

Assim, podemos notar que as decisões do Tribunal do Júri são mais aceitas pela sociedade, não importando se coerentes ao caso, certas ou erradas, já que está ali impressa a vontade direta do povo.

Em suma, acredita-se que este instituto é a imagem fiel da solidariedade humana, que o perdão mesmo diante de um caso claro de condenação não é defeito e sim virtude do homem, pois acredita que o acusado se arrependeu do que fez e que não voltará a praticar coisas do tipo. Ademais, justificam que a consciência do ser humano, caminha no sentido do perdão, bem como a história caminha em direção a atenuação da pena.

CONCLUSÃO

Em virtude dos fatos mencionados, denota-se que o presente trabalho buscou esclarecer e apresentar que o Tribunal do Júri é de extrema importância para a nossa sociedade, previsto como cláusula pétreia no artigo 5º, XXXVIII da Constituição Federal, no entanto, não podemos nos olvidar que com o passar do tempo, a sociedade evolui e

que o nosso ordenamento também deve sofrer as devidas alterações para acompanhar a evolução do homem.

Abordando este impasse entre a discussão de muitos estudiosos, que defendem e outros que são contra o nosso sistema, exploramos como funciona o Tribunal do Júri em alguns países, os quais adotaram o instituto em sua forma de escabinado, sendo composto de juízes togados e juízes leigos, tais países incorporaram o escabinado, sendo bem aceito e proveitoso à justiça, tornando as decisões mais justas e adequadas.

Muito se discute sobre a ineficácia do Júri por ser formado de pessoas leigas, as quais não têm entendimento e técnica suficiente para julgar seus pares, acreditamos que a maior dificuldade é exatamente a falta deste conhecimento técnico-jurídico, não restam dúvidas que as decisões advindas de jurados leigos podem causar prejuízos ao poder Judiciário, quando, por exemplo, o Júri absolve um acusado em que o tipo penal está descrito de forma completa, sem sombra de dúvidas de que de fato ocorreu o crime e a autoria.

O ideal seria que os crimes dolosos contra a vida fossem julgados pelo juiz togado, pois já que ele tem competência e preparo suficiente para julgar os demais crimes, pois porque não julgar esses crimes de tanta relevância para sociedade, não desmerecendo o bom senso dos jurados, mas a possibilidade do juiz togado errar em sua sentença condenando ou absolvendo é muito menor do que quando proferida por juízes leigos.

Certos defensores do Júri em seu sistema clássico abordam que o motivo seria o qual o juiz togado não tem vivência suficiente e não está em contato com aquele tipo de pessoa, rebatendo este pensamento, defendemos que os juízes togados passam por longos anos de preparo, e buscam acima de tudo fazer justiça, exige-se anos de estudo até que sejam aprovados no concurso da magistratura, prática como advogados, sabendo portanto se posicionar e entender todas as vértices de um Tribunal do Júri.

Outrossim, o juiz togado sai do povo, é um ser humano comum que faz parte da comunidade e como qualquer pessoa quer viver em um mundo melhor e mais justo. O juiz de carreira não é um ser alienado da realidade só porque tem um bom salário, por vezes ele busca conhecimento com muito mais afinco do que qualquer outro, já que cabe a ele fazer justiça e se preocupar com a comunidade. Se a ele é investida tal confiança de julgar os demais crimes de forma geral, porque não assumir tal responsabilidade e mais ainda esta incumbência ser assumida por juízes leigos e que não tem a devida preocupação com a justiça.

Não se trata de extinguir o tribunal do Júri observando que é uma cláusula pétrea e não pode ser extinto, posto que isso representaria um retrocesso a democracia, apenas pode ser alterado com mudanças em nosso ordenamento legal, com o objetivo de tornar o Júri mais justo e eficiente, justo com o povo que também participa da decisão e eficiente pois conta com a participação do juiz togado, que assim, poderá orientar melhor os jurados no tocante a necessária parte técnica.

Portanto, nesse viés, acreditamos que seria extremamente razoável que ao menos fosse ensinado nos primeiros anos escolares noções básicas de direito, para ajudar na formação e despertar senso crítico no cidadão brasileiro, não somente para o Júri, mas para a vida de modo geral.

REFERÊNCIAS

ANSANELLI, Ângelo Júnior. **O Tribunal do Júri e a Soberania dos Veredictos**, São Paulo: Lumens Juris, 2005.

AVENA, Norberto Claudio Pancaro, **Processo penal**. 9. ed. São Paulo: Método, 2017.

AZEVEDO, André Mauro Lacerda. **Tribunal do Júri- Aspectos Constitucionais e Procedimentais**. São Paulo, Verbatim, 2004.

BARBOSA, Rui. **O júri sob todos os aspectos**. Org. Roberto Lyra Filho e Mário César da Silva. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1950. 133p.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 6. ed. ,São Paulo: Saraiva, 2011.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 10. ed. ,São Paulo: Saraiva, 2015.

BORBA, Lise Anne de. **Aspectos relevantes do histórico do Tribunal do Júri**. Jus Navigandi, Teresina, v. 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: Acesso em: 12 ago. 2017.

BORGES, Inocêncio da Rosa. **Comentários do Código de Processo Penal**.3ª ed. São Paulo: 1982

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: Acesso em: 17 de agosto de 2020.

CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do júri: teoria e prática**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARLOTTO, Daniele et. al. **Um olhar sobre o Tribunal do Júri Norte-Americano**. 2005. Acesso em 17 de agosto. 2020.

CARLOTTO, Daniele; SOARES, Deise Mara; GRESSLER, Gustavo. **Um olhar sobre o tribunal do júri Norte-Americano**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, v. 8, n. 20, fev 2005. Disponível em: Acesso em: 17 de agosto. 2020.

COSTA, Élder Lisboa da. **Compêndio Teórico e Prático do Tribunal do Júri**.São Paulo. Mizuno, 2004.

DUARTE, Paulo Roberto Pontes. **Princípios constitucionais do tribunal do júri**. Jus Vigilantibus (2007) Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/29586/1>>. 17 de agosto. 2020.

FERNANDES, Antônio Scarance **Processo Penal Constitucional**, 3ª Edição, São Paulo: Revista do Tribunal, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. In: ROSA, Alexandre Morais da [et al.]. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo: uma discusión sobre derecho y democracia**. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **O Estado de Direito entre o passado e o futuro**. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs). *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoría del derecho e de la democracia**. 1. Teoría del derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**, vol. Único, 4. ed., São Paulo: JusPodivm, 2016.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 11ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2013.

PORTO, Hermínio Alberto Marques Porto. **Júri Procedimentos e Aspectos do Julgamento Questionários**. 5 ed. rev.atual e ampl. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 1989.

MARCÃO, R. **Código de processo penal comentado**, São Paulo: Saraiva, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo**. 4. ed. São Paulo:Malheiros, 2006.

MARTINS, Gilberto Valente. **A necessidade de reforma organizacional da Justiça Militar**. Revista Direito Militar, Natal, v.1, n.2, p.39-43, out./nov. 2006.

MARTY, Mireille Delmas (Org.). **Processos penais da Europa**. Tradução de Fauzi Hassan Choukr, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MCNAUGHT, John. Inglaterra y Gales. In: GÓMEZ, Ramón Macia (Org.). **Sistema de processo em Europa**. Barcelona: Cedecs, 1998.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18 ed.rev. e. atual. 2. reimpr, São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, de Alexandre. **Direito Constitucional**. 30ª ed. , São Paulo: Atlas, 2014.

MORAIS, Alexandre da Rosa. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Habilitus. 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **A reforma do Tribunal do júri no Brasil, São Paulo Forense**, 1999.

- NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. 6ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2015.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 20. ed., São Paulo: Saraiva, 2017.
- RANGEL, Paulo. **Tribunal do júri: Visão linguística, histórica, social e dogmática**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- RANGEL, Paulo. **Tribunal do júri: Visão linguística, histórica, social e dogmática**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- RANGEL, Paulo. Tribunal do Júri: Visão Linguística , Histórica , Social e Jurídica - 5ª Ed. Atlas. 2015.
- STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do júri símbolos e rituais**. 4 ed., Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2001.
- TÁVORA, N.; ALENCAR, R. R. **Processo penal**. 11. ed, BAHIA, Juspodivm, 2016.
- TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1959. 520p.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 25. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- TUBENCHLAK, James. **Tribunal do Júri: contradições e soluções**. Rio de Janeiro: Saraiva, 1997.
- VASCONCELOS, L.C., **A supressão do Júri**. Ceará: Editora Instituto do Ceará, 1955.

A ILEGITIMIDADE DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO DO TRIBUTO NO CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL

Data de aceite: 21/09/2021

Data de submissão: 03/08/2021

Beatriz Ribeiro Lopes Barbon

Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina
<http://lattes.cnpq.br/9046308027653670>

RESUMO: O presente texto busca discutir acerca da extinção da punibilidade pelo pagamento do crédito tributário, instituto exclusivo dos crimes contra a ordem tributária. A partir da análise da legislação sobre a matéria, é perceptível o tratamento privilegiado dado a esse crime, apesar da relevância social do bem jurídico tutelado. Primeiramente são feitas algumas considerações gerais sobre o crime de sonegação fiscal e em seguida apresentados alguns conceitos importantes do Direito Penal acerca do direito de punir do Estado. Mais adiante, são colocados os argumentos sobre a legitimidade e a necessidade de se punir a conduta de sonegação fiscal, independentemente do adimplemento do crédito tributário devido pelo agente. Assim, questiona-se a opção do legislador em priorizar exclusivamente a arrecadação tributária, desvirtuando o verdadeiro papel do Direito Penal. **PALAVRAS - CHAVE:** Sonegação fiscal. Extinção da punibilidade. Direito Penal Tributário.

THE ILEGITIMACY OF EXTINCTION OF CRIMINAL LIABILITY BY TAX CREDIT

PAYMENT ON TAX EVASION CRIME

ABSTRACT: This article seeks to discuss about the elimination of the possibility of punishment in the criminal sphere by tax payment, an exclusive potential of tax evasion crime. Analyzing the legislation about this subject, it is clear the privileged treatment gave to this crime, although the social relevance of the legal interest protected. At first, we made some general considerations about the crime of tax evasion, followed by some important concepts of Criminal Law about the State punishment righte. Further on, some arguments about lawfulness and necessity of punishing tax evasion conduct regardless of the tax payment by the agent. Therefore, the lawmaker's choice is questionable because prioritize only the tax collection, distorting the Criminal Law real function.

KEYWORDS: Tax evasion. Extinction of criminal liability. Criminal Law.

1 | INTRODUÇÃO

Diante da carência de recursos enfrentada pela administração pública, principalmente no cenário de pandemia, a prática de sonegação fiscal se mostra um crime extremamente lesivo à sociedade. Estima-se que por volta de quatrocentos bilhões de reais em tributos sejam sonegados por ano no Brasil (IBPT, 2020, p. 3), valor expressivo que afeta a gestão dos recursos públicos e seu direcionamento para áreas carentes no país.

Assim como os demais crimes em que o

sujeito passivo imediato é o Estado, a sonegação fiscal atinge a coletividade através da conduta típica do particular visando o resultado danoso contra o aparato estatal. Portanto, sendo a conduta dolosa e de evidente potencial lesivo ao bem jurídico tutelado, é essencial que a autoria do fato típico seja devidamente identificada e o agente punido nos ditames legais.

O Direito Penal Tributário nasceu para tutelar todo o aparato estatal no que tange à arrecadação de tributos, a fim de que a administração consiga exercer plenamente suas funções. Isso vai muito além do simples adimplemento de obrigações tributárias pelos contribuintes, mas também está relacionado à lisura na apresentação de informações ao fisco. Esses deveres visam proteger diretamente o Estado, que age no interesse da coletividade – a qual por fim, é atingida indiretamente, porém de forma mais nociva.

Assim, pode-se dizer que o crime de sonegação fiscal é verdadeira violação de bem jurídico transindividual, que merece tutela penal. Todavia, possui diversas peculiaridades em relação à conduta típica e acerca de sua punibilidade. Diferentemente de outros crimes de natureza patrimonial, o adimplemento do crédito tributário, a qualquer tempo, extingue a punibilidade do agente. Esse instituto, que será aprofundado ao longo deste trabalho, é medida discutível por se mostrar, na prática, uma espécie de coerção ao pagamento do tributo devido – e não o exercício da pretensão punitiva do Estado sobre a conduta.

Sendo assim, o presente artigo busca apresentar aspectos da aplicação da pena no crime de sonegação fiscal no Brasil e discutir sobre a de extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, questionada pela doutrina e por operadores do direito que atuam na área do Direito Penal Tributário.

2 | DA NECESSIDADE E DA LEGITIMIDADE DE TUTELA PENAL SOBRE A ORDEM TRIBUTÁRIA

O Direito Penal tem como escopo proteger os bens jurídicos mais importantes de uma sociedade. Para isso, apresenta um conjunto de normas que determinam quais condutas são infrações penais e suas sanções correspondentes, possuindo princípios próprios que orientam a interpretação e a aplicação dessas normas (BITENCOURT, 2012, p. 57).

O que diverge essa área do Direito das demais é que se trata de *ultima ratio* do sistema jurídico para a proteção de bens individuais e transindividuais de extrema relevância, pois impõe intervenção drástica do Estado sobre o indivíduo. Portanto, o legislador só deve tipificar condutas que efetivamente lesem esses bens jurídicos e que as sanções das áreas civil e administrativa se mostrem insuficientes para sua reprovação. Como leciona Bitencourt (2012, p. 96):

Se outras formas de sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais.

Por isso, o Direito Penal caracteriza-se por prever uma sanção ao infrator da norma, com o objetivo de prevenção e retribuição ao agente e à coletividade. Romero Alencar (2006, p. 20) explica que, basicamente, o respeito a essas normas pode se dar através do reconhecimento da importância do bem jurídico e/ou através da intimidação que a possível sanção traz. Portanto, essencial que o legislador se utilize da tutela penal para proteger bem jurídico e prever sanção proporcional e justa ao agente que praticar conduta típica. Além disso, a sociedade deve ter a certeza de que esse agente será processado, condenado e julgado nos ditames legais em função do crime cometido.

Acontece que, no caso do crime de sonegação fiscal, o respeito à norma incriminadora é prejudicado em virtude, primeiramente, da extinção da punibilidade do agente, a qualquer tempo, pelo pagamento do tributo. Essa permissão legal, que será mais aprofundada à frente, retira qualquer certeza de punição do agente que praticar sonegação fiscal. Como bem evidencia Oliveira (2016, p. 122), “a legislação penal-tributária brasileira não tem poder de prevenção geral e não protege de forma eficiente a ordem tributária, pois é incapaz de causar qualquer espécie de temor aos sonegadores, notadamente os que possuem poder (econômico) de escolher se querem ou não ser apenados”.

Esse caráter estritamente arrecadatário dado pela norma incriminadora acaba por desvirtuar a função do Direito Penal e a função social da pena, visto que ambas são ignoradas pelo legislador. No que tange à importância do bem jurídico como meio de prevenção do delito, infelizmente é notável que a sociedade brasileira enxerga a ordem tributária exclusivamente como instrumento de arrecadação de recursos pelo Estado, e não como uma forma de realização de direitos sociais. Incontestável que a carga tributária brasileira é alta e complexa, dando pouco retorno ao contribuinte, mas esses problemas não legitimam a prática de sonegação.

Diante disso, apesar da ordem tributária ser legítimo e valioso bem jurídico a ser penalmente tutelado, nem contribuinte nem legislador têm respeitado essa importância. No entanto, ainda mais lesiva é a posição do Estado, que deixa clara a prescindibilidade da punição da conduta quando efetuado o pagamento do tributo devido.

Assim, a criminalização de uma conduta deve ser realizada com cautela pelo legislador, com base nos princípios constitucionais e penais, buscando punir condutas lesivas a bens jurídicos merecedores da proteção penal. Porém, o ordenamento jurídico brasileiro tem feito o Direito Penal Tributário como meio para arrecadar tributos ao invés de punir o agente infrator. Como destaca Murta e Silva Júnior (2012, p. 6913), a norma incriminadora tem sido utilizada pelo Estado para “(...) minimizar as consequências de sua própria ineficiência, seja no controle da arrecadação, na atividade fiscalizadora, na orientação e educação do contribuinte acerca de seu dever fiscal, na execução da justiça social e gestão do patrimônio público, das receitas públicas, sobretudo na relação jurídica tributária”.

No crime de sonegação fiscal, a extinção da punibilidade do agente pelo pagamento

do tributo demonstra incoerência com as finalidades do Direito Penal, pois o Estado acaba valendo-se da área que deveria ser *ultima ratio* como uma extensão da via administrativa para cobrança dos valores sonegados. O bem jurídico é atacado pelo agente, fazendo com que nasça a pretensão punitiva estatal sobre essa conduta, porém, o Estado abdica dessa pretensão que lhe é legítima quando tem o crédito tributário satisfeito.

A necessidade de sanção penal sobre a conduta fica evidente em razão do bem jurídico tutelado. Decomain (2008, p. 66), considera este como sendo o crédito tributário devido; Regis Prado (2019, p. 41) define o bem jurídico como sendo a livre concorrência e a livre iniciativa, fundamentos basilares da ordem econômica. Entretanto, em consonância com Machado (2008, p. 352) e Eisele (2002, p. 139) consideramos o bem jurídico como sendo a ordem tributária, portanto o tipo penal busca tutelar a manutenção da estrutura organizacional do sistema tributário nacional.

Mesmo com a divergência doutrinária sobre o assunto, evidente que o Estado deve ser protegido da conduta fraudulenta de sonegação, sancionando penalmente o agente que a cometer. A punição se faz necessária não apenas para retribuir ao agente e demonstrar à coletividade que a conduta é punível, mas também para reeducar e reinserir esse condenado à sociedade. Alencar (2006, p. 21) destaca que o estado social e democrático de direito concedeu ao Direito Penal a função de “prevenção de condutas atentatórias de bens jurídicos e, na medida do possível, o de ressocialização do infrator, este último resultando especialmente do respeito aos direitos individuais do cidadão, na tentativa de reconduzi-lo ao respeito a ordem imposta”. Assim, imprescindível a imposição de sanção penal àquele que sonega tributos, por lesar bem jurídico transindividual, para sua própria ressocialização e oferecer um retorno à coletividade através da pena.

3 | CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O CRIME

Os crimes contra a ordem tributária, assim denominados pela Lei 8.137/1990, tipificam condutas de sonegação fiscal. Esse diploma legal revogou a Lei 4.729/1964, que era o primeiro dispositivo legal brasileiro a definir o crime sonegação fiscal, que anteriormente era apenas uma espécie de apropriação indébita. No tipo descrito pela lei antiga, diferentemente da atual, o crime era meramente formal. Isso significa que somente com a prática das condutas ali descritas, sem efetiva lesão ao fisco, configurava crime da mesma maneira que ocorrendo o resultado naturalístico. Ser o crime de sonegação fiscal de mera conduta não fazia sentido, porque se posteriormente fosse apurado no processo administrativo fiscal que o tributo supostamente sonegado na verdade não era devido, não haveria razão para punir o agente (DECOMAIN, 2008, p. 117). Afinal, o tributo se trata de elementar do crime, por isso a ausência de obrigação tributária descaracteriza a conduta típica.

Por causa dessa anomalia legal, necessidade de maior abrangência das condutas e

de penas mais severas do que as previstas na Lei 4.729/65, fez-se necessário editar novo dispositivo, nascendo então a Lei 8.137/90, vigente sobre a matéria. Essa lei trouxe novas condutas típicas em relação aos crimes fiscais e novos tipos penais específicos em relação à ordem econômica e às relações de consumo, não previstos anteriormente. Assim, a Lei 8.137/90 foi mais abrangente e definiu os verbos do tipo e as condutas praticáveis, além de prever e tipificar em seu art. 2º condutas que podem configurar tentativa do crime de sonegação fiscal, como entende Andreas Eisele (2002, p. 169).

Antes de adentrar na questão da extinção da punibilidade do crime, importante apresentar alguns de seus elementos básicos. Para sua configuração, é necessário que o agente suprima ou reduza tributo ou obrigação acessória mediante as condutas descritas nos incisos do art. 1º ou 2º. O significado dos verbos do tipo não é definido pela lei e não encontra consenso na doutrina.

Para Pedro Roberto Decomain (2008, p. 111), suprimir tributo implica em não realizar o pagamento do montante devido e reduzir significa pagar quantidade menor. Machado (2008, p. 331) discorda de tal definição. Segundo ele, ambos os verbos significam não pagar total ou parte do tributo devido, mas a conduta é de impedir que o fato gerador do tributo seja demonstrado à autoridade. No caso da supressão, impede-se que a autoridade sequer saiba da existência da obrigação; na redução, demonstra-se valor econômico menor do que a realidade fática (MACHADO, 2008, p. 332). Independente da corrente doutrinária adotada, ambas descrevem condutas fraudulentas, que exigem ação do agente, visando o resultado reduzir ou suprimir tributo. Não se trata de inércia do contribuinte ante ao pagamento do crédito tributário.

Os incisos seguintes do art. 1º e 2º da Lei 8.137/90 descrevem as condutas meio para configurar o fato típico, portanto correspondem a um único tipo penal. São complemento do *caput*, que não tem sentido isoladamente. Assim, para consumir o crime, o agente deve praticar dolosamente uma ou mais ações descritas nos incisos, visando a redução ou supressão do tributo efetivamente devido. Segundo entendimento pacificado pelo STF e corroborado pela doutrina, se faz necessário o encerramento do processo administrativo fiscal acerca do tributo supostamente sonegado, a fim de que seja definitivamente lançado (Súmula Vinculante nº 24).

A referida súmula não deixa dúvidas em relação à necessidade do esgotamento da via administrativa, que tem como base as garantias constitucionais referentes ao devido processo legal. O seguinte trecho jurisprudencial explica bem a questão:

2. Só se verifica o implemento da condição objetiva de punibilidade em relação ao crime de natureza material (art. 1º da Lei 8.137/90) quando constituído definitivamente o crédito tributário – vale dizer, após preclusa a via administrativa na qual se discutem a efetiva supressão ou redução e o seu montante. (Medida Cautelar na Reclamação n. 31194 MC/RS, Relator: Ministro Roberto Barroso. STF, 2018)

Conforme exposto, a constituição em definitivo do crédito tributário não se trata de mera disposição, mas uma condição objetiva de punibilidade do crime de sonegação fiscal. É no processo administrativo tributário que o elemento material do crime, o tributo, é constatado, constituindo a prova material do crime e dando justa causa para o oferecimento da exordial acusatória. Portanto, a sonegação fiscal se trata de crime material e de dano (MACHADO, 2008, p. 320), que necessita de resultado naturalístico consistente na redução ou supressão do tributo ou da obrigação acessória, acarretando prejuízo real ao erário. Sendo assim, exemplifica Bittencourt da Rosa (1999, p. 91): “se foi inserido elemento inexato em livro exigido pela lei fiscal, mas disso ainda não resultou supressão ou redução de tributo, não poderá falar-se em crime consumado. É que ainda não estarão preenchidos todos os elementos da definição legal. Terá sido realizado o núcleo do complemento, porém não do núcleo principal do tipo”.

Posto isso, pode-se afirmar que a conduta típica do crime de sonegação fiscal é sempre nociva à ordem tributária e conseqüentemente à sociedade como um todo, “portanto, não é suficiente para a configuração do tipo a supressão ou redução do tributo, mas exige-se também que seja consequência de um comportamento anterior fraudulento” (PRADO, 2019, p. 367). Por esse motivo, a conduta deve ser punida na seara penal de maneira independente da seara administrativa.

O elemento subjetivo do tipo é o dolo, que é a intenção de reduzir ou suprimir tributo consciente da ilicitude. O texto da lei não menciona modalidade culposa, portanto, só é punível a conduta dolosa do agente. Não há dolo, por exemplo, quando o contribuinte se engana quanto à base de cálculo de determinado tributo e recolhe valor inferior, pois não há intenção de fraudar fisco (DECOMAIN, 2008, p. 117). Portanto, o simples descumprimento da obrigação ou a prática culposa das condutas descritas no tipo penal não tipifica o delito. Além de necessitar da comprovação do dolo, o agente deve utilizar-se de fraude para atingir o resultado naturalístico pretendido. Aquele que deixa de pagar tributo devido, seja por qualquer motivo, não pratica crime.

Em relação a isso, havia uma discussão nos tribunais, frequentemente levantada por advogados de defesa, sobre a inconstitucionalidade dos crimes contra a ordem tributária. Supostamente, estaria penalizando-se o mero inadimplemento do tributo, contrariando o princípio da *ultima ratio* do Direito Penal. Tal questão foi objeto de repercussão geral analisado pelo Supremo Tribunal Federal no ARE 999425-SC, que declarou não haver inconstitucionalidade no crime de sonegação fiscal, pois a conduta ilícita envolve fraude, e não apenas o não pagamento do tributo. Na jurisprudência abaixo, o relator Ministro Nefi Cordeiro explica bem a questão:

[...] Dessa forma, as condutas tipificadas na Lei 8.137/1990 não se referem simplesmente ao não pagamento de tributos, mas aos atos praticados pelo contribuinte com o fim de sonegar o tributo devido, consubstanciados em fraude, omissão, prestação de informações falsas às autoridades fazendárias e outros ardis. Não se trata de punir a inadimplência do contribuinte, ou

seja, apenas a dívida com o Fisco. Por isso, os delitos previstos na Lei 8.137/1990 não violam o art. 5º, LXVII, da Carta Magna bem como não ferem a característica do Direito Penal de configurar a *ultima ratio* para tutelar a ordem tributária e impedir a sonegação fiscal. (Recurso em Habeas Corpus n. 102027 SC 2018/0211248-3, Relator: Ministro Nefi Cordeiro. STJ, 2019)

Ante o exposto, resta perceptível que o crime de sonegação não se trata de mero inadimplemento de obrigações tributárias, mas uma verdadeira fraude cometida pelo agente visando suprimir ou ocultar o fato gerador das autoridades fazendárias. Com isso, o agente pode deixar de pagar quantias significativas ao fisco, causando danos à ordem tributária, à gestão dos recursos públicos e, conseqüentemente, quem mais sofre com a prática da sonegação é o próprio contribuinte. Por isso, a repressão desse crime deve recair sobre a conduta fraudulenta, independente de pagamento posterior do tributo. Entretanto, como será explicado no tópico seguinte, a extinção da punibilidade do agente pode ser realizada a qualquer tempo, se pagar integralmente o tributo devido.

4 | DA INADEQUAÇÃO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO

Encerrado o processo administrativo e constituída a obrigação tributária em que haja apuração de crime fiscal, o Ministério Público oferecerá denúncia, com base nos documentos do processo administrativo e nas provas colhidas no inquérito policial, caso tenha sido instaurado. Porém, se o agente pagar integralmente o crédito tributário devido, inclusive por meio de parcelamento, terá sua punibilidade extinta, conforme art. 9º da Lei nº 10.684/2003:

Art. 9. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios. (BRASIL, 2003)

O adimplemento total da obrigação principal inclui multa, juros e correção monetária, além do adimplemento de eventual obrigação acessória, como explicita o referido artigo. Caso o contribuinte requeira o parcelamento do crédito ante o órgão fazendário, a pretensão punitiva estatal fica suspensa até o pagamento total.

Essa “suspensão da pretensão punitiva estatal” permite que o contribuinte não seja denunciado pela prática dos crimes dos artigos 1º e 2º da Lei 8.137/90 enquanto estiver pagando o parcelamento. Interrompendo injustificadamente o pagamento e após a exclusão do contribuinte do parcelamento, a representação fiscal para fins penais somente será encaminhada para a autoridade ministerial para oferecer denúncia quando houver a

exclusão do contribuinte daquele parcelamento (art. 83, § 1º, Lei 12.382/11). A prescrição do crime também permanece suspensa enquanto o crédito estiver parcelado (art. 9º, § 1º, Lei 10.684/03).

Além dessa benesse, o agente pode ser beneficiado pelo acordo de persecução penal, previsto no art. 28-A do CPP. Esse acordo pode ser apresentado pelo Ministério Público aos crimes em que não houver violência ou grave ameaça e que possua pena mínima inferior a quatro anos. Além disso, o acusado tem que confessar o fato criminoso e o acordo deve ser “necessário e suficiente” para a reprovação do crime. Essa medida abrangeu crimes que antes não possuíam qualquer possibilidade de justiça negocial - como suspensão condicional do processo e transação penal - que abrangem outros crimes com penas menores.

No caso do crime de sonegação fiscal, a proposta é aplicável aos artigos 1º e 2º da Lei 8.137/90. Dentre as condições para o não oferecimento de denúncia, estão a prestação de serviços à comunidade, prestação pecuniária e a principal delas, a reparação do dano. Nesse caso, a primeiro momento pode parecer que seria o adimplemento total do crédito tributário devido, assim como previsto pela Lei 10.684/03. No entanto, a reparação do dano aqui, apesar de não haver entendimento firmado especificamente sobre a matéria, a jurisprudência vem considerando como sendo objeto material do crime de sonegação fiscal apenas a obrigação tributária principal, sem penalidades pecuniárias e sem a obrigação acessória (exceto se esta não tenha sido adimplida ou adimplida de maneira parcial dolosamente a fim de fraudar a fiscalização).

Portanto, a restituição deve ser apenas sobre o tributo sonegado, isto é, a obrigação principal. A eventual obrigação acessória, as multas sancionatórias e os juros de mora devem ser cobrados pela via administrativa em procedimento próprio, visto que têm fundamento na legislação tributária e são decorrentes da obrigação principal. A conduta penalmente reprovável trata-se de fraude, que atinge a obrigação principal ou a acessória, dependendo de qual inciso se encaixar o fato típico. A multa não é tributo, portanto não faz parte da conduta típica, mas é decorrente desta. Por isso, para efeito da reparação do dano, condição para a apresentação do acordo de não persecução penal, deve ser considerado apenas o tributo efetivamente reduzido ou suprimido pela conduta típica, portanto sem as penalidades tributárias e sem os juros devidos. Esta é a diferença entre a suspensão da pretensão punitiva estatal trazida pelas Leis 9.249/1995 e 9.430/1996, que exigem o adimplemento total do crédito tributário, e a reparação do dano como condição do acordo de não persecução penal, que se refere exclusivamente ao dano causado pela conduta típica.

Logo, o agente que pratica crime contra a ordem tributária possui essas duas alternativas para evitar a propositura de ação penal contra si. No entanto, nos parece que o acordo de não persecução penal condiz muito mais com a função retributiva do Direito Penal, pois o agente deve não apenas reparar o dano causado pelo delito, mas também

reconhecer sua conduta delitiva e reinserir-se socialmente através da prestação de serviços comunitários e prestação pecuniária. Com isso, retribui ao fisco e à sociedade, de maneira direta e indireta os danos causados, além da função preventiva. Logo, o acordo apresenta condições que visam a reprovação da conduta delitiva, e não busca exclusivamente o pagamento do crédito tributário.

Ainda no que tange às possibilidades de extinção da punibilidade no crime de sonegação fiscal, após iniciada a ação penal, o agente pode a qualquer tempo pagar integralmente o crédito tributário e ter sua punibilidade extinta, conforme entendimento firmado pelo STJ ao interpretar a Lei 10.684/03:

1. Com o advento da Lei 10.684/2003, no exercício da sua função constitucional e de acordo com a política criminal adotada, o legislador ordinário optou por retirar do ordenamento jurídico o marco temporal previsto para o adimplemento do débito tributário redundar na extinção da punibilidade do agente sonegador, nos termos do seu artigo 9º, § 2º, sendo vedado ao Poder Judiciário estabelecer tal limite. 2. Não há como se interpretar o referido dispositivo legal de outro modo, senão considerando que o pagamento do tributo, a qualquer tempo, até mesmo após o advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é causa de extinção da punibilidade do acusado. (Habeas Corpus n. 362.478 SP, Relator: Ministro Jorge Mussi. STJ, 2017)

O dispositivo legal mencionado é a legislação mais recente que trata sobre o assunto, onde não é mencionado até quando o pagamento do crédito pode ser realizado para que a punibilidade do agente seja extinta. Portanto, por se tratar de disposição mais atual e que permite interpretação mais benéfica, é a que se aplica.

Portanto, basicamente, o mero pagamento integral do tributo devido a qualquer tempo livra o acusado de eventual pena pela prática de sonegação fiscal. Esse entendimento foi consolidado após diversas alterações legislativas que tratavam sobre Programas de Recuperação Fiscal (Refis), os quais previam a extinção da punibilidade do agente – primeiramente, como sendo possível assim que o parcelamento fosse requerido, depois, apenas quando houvesse o pagamento integral do crédito (OLIVEIRA, 2016).

Diante disso, fica evidente a intenção exclusivamente arrecadatória do legislador em face dos crimes contra a ordem tributária. O Direito Penal, que deveria ser *ultima ratio*, utilizado com zelo pelo legislador para punir aquelas condutas que sejam eminentemente lesivas a um bem jurídico de valor, é utilizado como um segundo instrumento de arrecadação nos casos em que houve sonegação fiscal. Não se busca punir a conduta fraudulenta do agente, que visa dolosamente lesar o Estado e a ordem tributária, mas “forçá-lo” a pagar o crédito com multas e juros.

O pagamento integral do valor ao erário é sim de extrema importância para a administração pública. Entretanto, o Estado possui as vias administrativa e judicial para executar o contribuinte, com instrumentos próprios para tanto. Utilizar uma ação penal apenas com o escopo de “cobrar o contribuinte” pelo valor sonegado ao invés de buscar

primordialmente a punição do agente pela prática da conduta delitiva, independente da cobrança do tributo, distancia o Direito Penal de suas funções. Como bem observa Oliveira (2016, p. 97),

O desvirtuamento do Direito Penal Tributário (empregado como mero instrumento de cobrança de dívidas fiscais) causado pela postura predominantemente arrecadatória do legislador pode acarretar grandes injustiças, por tratar da mesma forma os que cometem crimes tributários e os que praticam apenas infrações administrativas tributárias.

Quando se compara o tratamento dos crimes contra a ordem tributária em relação a outros crimes patrimoniais, fica visível o caráter arrecadatário do primeiro, desconsiderando a punição da conduta. A reparação do dano, quando realizada antes do oferecimento da denúncia não é causa de extinção da punibilidade em nenhum outro crime patrimonial, mas apenas causa especial de diminuição de pena, de um a dois terços (art. 16 do Código Penal). Sobre isso, Murta e Silva Júnior (2012, p. 6921) destacam:

Não se pode falar em arrependimento espontâneo do agente, haja vista que seu arrependimento ocorre apenas quando já foi flagrado pela Administração Pública, pela polícia judiciária ou pelo Ministério Público. Não age, portanto, em virtude da ação preventiva da norma, mas apenas dirige-se sob a pressão das circunstâncias a realizar a restauração do bem jurídico para se eximir das consequências previstas pela norma penal.

No caso da reparação espontânea posterior à denúncia, incide a atenuante genérica do art. 65, III, b do Código Penal, aplicável inclusive em crimes com violência ou grave ameaça. Essa atenuante deveria incidir de maneira semelhante aos crimes contra a ordem tributária, entretanto recebem tratamento diferenciado que se mostra ainda mais incoerente quando comparado com outros crimes patrimoniais, que ofendem bem jurídico particular. Como já mencionado, a sonegação de tributos atinge bem jurídico transindividual, portanto, o dano social é muito maior (OLIVEIRA, 2016, p. 115).

A prática de sonegação retira vultosas quantias dos cofres públicos, que poderiam ser revertidas em investimentos em diversas áreas carentes no país. A longo prazo, a sonegação pode exigir do Estado que aumente ainda mais a carga tributária por não atingir a arrecadação esperada.

Dado isso, é perceptível o privilégio que o crime de sonegação fiscal recebe pela legislação penal brasileira que, por fim, acaba se restringindo à cobrança do tributo sonegado. O Estado perde o interesse punitivo na conduta quando o acusado paga o crédito tributário devido.

Esse caráter arrecadatário dado ao Direito Penal Tributário pode estimular a prática de sonegação pelos contribuintes, pois sabem que, se sua conduta for identificada pela autoridade fazendária, basta o pagamento integral para livrar-se de pena na seara penal. A impunidade da conduta fraudulenta contra o fisco dá um aval para contribuintes perpetuarem a sonegação. Ocorre, segundo Eisele (2002, p. 107):

[...] afetação da eficácia da finalidade protetora de bens jurídicos conferida à norma penal, pois a perspectiva da possibilidade de posterior elisão dos efeitos penais do fato pela reparação do dano, diminui o efeito intimidatório esperado da norma penal.

Por se tratar de fraude, evidentemente que deve ser punida independente do pagamento do crédito tributário devido para que a pena seja verdadeiramente eficaz, e previna que este mesmo agente pratique o crime novamente, além de demonstrar aos demais que a conduta é passível de sanção penal. A efetiva punição da conduta ajudaria a prevenir a prática delituosa e através das penas alternativas aplicáveis, o retorno à sociedade seria maior através da prestação de serviços comunitários e prestação pecuniária a entidades beneficentes. Com isso, o agente dará um retorno à sociedade através da pena alternativa, que tem função educativa e ressocializadora, sendo mais interessante do que a pena de detenção nesse caso.

Entretanto, atualmente o instituto da extinção da punibilidade pelo pagamento nos crimes contra a ordem tributária, nas palavras de Alencar (2006, p. 140) “retira praticamente qualquer eficácia preventiva da norma penal tributária, tornando-se ilegítima do ponto de vista político-crimal, já que não desempenha qualquer função de cunho penal preventivo”.

Apesar de há muito tempo estar sendo discutida a legitimidade do referido instituto, a legislação nunca mudou desde a previsão legal da conduta. Durante a elaboração do pacote anticrime, foi apresentada proposta de emenda pelo Unafisco e Sindifisco (2019), para que fosse abolida a extinção da punibilidade pelo pagamento, porém não houveram mudanças específicas e eficazes em relação à sonegação fiscal trazidas pela Lei 13.964/19. O tratamento brando dado a este delito permanece, contribuindo para perpetuar sua prática.

CONCLUSÃO

A importância da tributação, não apenas como arrecadação de fundos para o Estado, mas como instrumento de realização de investimentos sociais ainda não é plenamente reconhecida pela sociedade brasileira. A ordem tributária não é vista, sequer pelo próprio legislador, como bem jurídico de extrema relevância. Isso porque, como já destacado no presente artigo, quando cometido crime de sonegação fiscal, mesmo lesando o bem jurídico, a conduta deixa de ser punida com o adimplemento do crédito tributário devido.

Esta opção do legislador sobre a extinção da punibilidade pelo pagamento é exclusiva dos crimes contra a ordem tributária, definindo tratamento diferenciado em relação aos demais crimes patrimoniais. Com isso, além de utilizar de maneira inadequada o Direito Penal para cobrar o tributo, nosso ordenamento jurídico acaba por incentivar a conduta fraudulenta do contribuinte ao invés de coibi-la.

Assim, pode-se afirmar que o crime de sonegação fiscal é privilegiado pela legislação brasileira, em especial para aqueles que têm condições de adimplir o tributo devido. A

arrecadação tributária, independentemente da punição da conduta é priorizada acima dos princípios do Direito Penal. Não há retribuição e prevenção do crime, pois não há sanção penal, o que consequentemente faz com que haja pouco ou nenhum efeito educativo sobre o agente e sobre a sociedade.

Portanto, fica evidente a necessidade de se punir efetivamente aqueles que cometem crime contra a ordem tributária de maneira independente da esfera administrativa, visando a aplicação da sanção penal ao agente em função da conduta típica. Não há que se extinguir a punibilidade pelo pagamento, mas assim como nos demais crimes patrimoniais, aplicar atenuante de pena caso o agente repare o dano de maneira espontânea. Com isso, certamente ajudaria a coibir a prática de sonegação fiscal no país – que é comum – e haveria a devida retribuição ao condenado e uma resposta à coletividade.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Romero Auto de. **Crimes Contra a Ordem Tributária: Legitimidade da tutela penal e inadequação político-crimal da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União: seção 1, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940.

BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. **Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 27 dez. 1990.

BRASIL. Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003. **Altera a legislação tributária, dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social e dá outras providências**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 31 mai. 2003.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Crimes Contra a Ordem Tributária**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

EISELE, Andreas. **Crimes Contra a Ordem Tributária**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

IBPT. **Estudo sobre sonegação fiscal das empresas brasileira**. Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação, 2020. Disponível em: <<https://ibpt.com.br/estudo-autos-de-infracao-e-sonegacao-fiscal/>>, acesso em 23/07/2021.

MACHADO, Hugo de Brito. **Crimes Contra a Ordem Tributária**. São Paulo: Atlas, 2008.

MURTA, Antônio Carlos Diniz; SILVA JÚNIOR, Aleandro Pinto da. **A afronta aos princípios constitucionais na criminalização de condutas contrárias à legislação tributária**. Anais do XXI Encontro Nacional CONPEDI. Uberlândia, 2012, p. 6911-6931. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=69d658d0b2859e32>>, acesso em 27/07/2021.

OLIVEIRA, Fernanda Amorim Almeida. **Críticas à extinção da punibilidade dos crimes tributários em razão do pagamento do tributo**. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 15 – n. 48, jul./dez. 2016, p. 95-127.

Pacote anticrime: Sindifisco e Unafisco propõem punição para sonegação. Sindicato dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, 2019. Disponível em: <https://www.sindifisco nacional.org.br/?option=com_content&view=article&id=36303%3Apacote-anticrime-sindifisco-propoe-punicao-ao-crime-de-sonegacao&catid=218&Itemid=528>, acesso em 11/06/2020.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROSA, Fábio Bittencourt da. **Crime de sonegação fiscal**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 36 n. 141 jan./mar. 1999, p. 89-97.

STF. **Medida Cautelar na Reclamação n. 31194 MC/RS**, Relator: Ministro Roberto Barroso, julgamento em 29/11/2018. Brasília, publicado no DJe de 03 dez. 2018. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661795360/medida-cautelar-na-reclamacao-mc-rcl-31194-rs-rio-grande-do-sul>>, acesso em 25/07/2021.

STJ. **Habeas Corpus n. 362.478 SP**, Relator: Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgamento em 14/09/2017. Brasília, publicado no DJe de 20 set. 2017. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=HC%20362478>>, acesso em 01/08/2021.

STJ. **Recurso em Habeas Corpus n. 102027 SC 2018/0211248-3**, Relator: Ministro Nefi Cordeiro, Data de Julgamento: 19/03/2019. Brasília, publicado no DJe de 22 mar. 2019. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/880238072/recurso-em-habeas-corpus-rhc-102027-sc-2018-0211248-3/decisao-monocratica-880238083>>, acesso em 25/07/2021.

Data de aceite: 21/09/2021

Data de submissão: 17/07/2021

Jiulia Estela Heling

Universidade Federal de Pelotas, Doutorado
em Sociologia
Arroio do Padre – RS
<http://lattes.cnpq.br/7394376771376497>

Trata-se de um fragmento da dissertação de mestrado da autora, trabalho completo em HELING, Jiulia Estela. **Defensoria Pública e Figurações Criminais:** um estudo de acesso à justiça. Curitiba: Brazil Publishing, 2019. Esta versão foi apresentada originalmente nos anais do VII SEPOME – Seminário de Políticas Sociais no Mercosul. Disponível em: <https://pos.ucpel.edu.br/ppgps/wp-content/uploads/sites/5/2020/07/ANAIS-VERS%C3%83O-MENOR.pdf>.

RESUMO: O objetivo com o presente trabalho é demonstrar as particularidades do uso da categoria “acesso à justiça” quando empregada para pensar a situação do cárcere. Muitos são os debates em torno deste conceito, mas sua abordagem está amplamente vinculada ao que tange o acesso formal aos Tribunais, ou, ainda, meios alternativos de resolução de conflitos, em sua ampla maioria mantendo relação com os Tribunais. A observação empírica, que proporcionou aporte ao escrito, foi realizada entre fevereiro e março de 2018, por meio da observação direta do trabalho da Defensora Pública lotada na Vara de Execução Criminal, na Comarca de Pelotas, momento em que

o ingresso no espaço da prisão foi possível. Diante das discussões lançadas, conclui-se que a categoria “acesso à justiça” quando pensada no contexto do cárcere pode ser compreendida como *sui generis*, uma vez que não tem a pretensão exclusiva de apresentar demandas aos Tribunais, mas sim, possibilitar visibilidade aos sujeitos que se encontram privados de liberdade.

PALAVRAS - CHAVE: acesso à justiça, Defensoria Pública, cárcere, *sui generis*.

THE CATEGORY OF “ACCESS TO JUSTICE” IN INCARCERATION

ABSTRACT: The objective of the following paper is to demonstrate the particularities of the use of the expression “access to justice” when used to consider the context of incarceration. Many are the debates surrounding this concept, but its approach is largely connected in regards to the formal access to the Courts, or yet, alternative forms of conflict resolution, the vast majority of which maintains a connection to the Courts. The empirical observation that served as a basis for this work was executed between February and March of 2018, through the direct observation of the work of the Public Defender assigned to the Criminal Execution Court, in the County of Pelotas, during which access to the interior of the prison space was possible. Given the discussions set forward, it is concluded that the category “access to justice” when considered in the context of incarceration can be understood as *sui generis*, since it does not have as an exclusive goal to present demands to the Courts, but rather to allow the visibility of the subjects that

find themselves incarcerated.

KEYWORDS: access to justice, Public Defenders, incarceration, *sui generis*.

1 | INTRODUÇÃO

A partir do presente trabalho tem-se por objetivo discutir as particularidades da categoria “acesso à justiça” no âmbito do cárcere. Mediante um referencial teórico-epistemológico específico, busca-se discutir a significação desta categoria no espaço das prisões. Amparados na noção de figurações de Norbert Elias, autor pouco utilizado na discussão da questão penitenciária, observou-se o espaço do cárcere como constituído de relações que formam uma teia, chamada por Elias de teia de interdependência, assim, parte-se da ideia de que os atores/jogadores existentes neste espaço produzem um emaranhado de relações (ELIAS, 1999).

No recorte proposto, busca-se especificamente discutir a significação da categoria “acesso à justiça” quando se refere as pessoas privadas de liberdade no intramuros prisional. Partiu-se ao campo através da Defensoria Pública, órgão estatal entendido como responsável pela garantia de acesso à justiça da população carente, na qual a ampla maioria dos apenados se enquadra. Logo, para realização do trabalho, utilizou-se da observação direta, ocorrida entre fevereiro e março de 2018, acompanhamento realizado junto a Defensora Pública de Pelotas lotada na Vara da Execução Criminal, momento em que foi possível o ingresso no interior dos muros do Presídio Regional de Pelotas/RS.

Frente aos dados obtidos, por meio da observação direta, foi possível identificar que a categoria “acesso à justiça”, quando utilizada no espaço do cárcere, merece especial atenção, uma vez que sua significação comumente utilizada na doutrina/literatura, como acesso aos tribunais estatais ou meios alternativos de resolução de conflitos geridos pelo Estado, não supre a complexidade existente no intramuros prisional. Faz-se necessário construir uma significação mais ampla, que está para além do acesso as instâncias burocráticas do Estado.

2 | O QUE ENTENDEMOS POR ACESSO À JUSTIÇA NO ESPAÇO DO CÁRCERE?

Segundo Maria Tereza Aina Sadek (2014) o acesso à justiça deve ser compreendido como um direito que está para além do acesso ao judiciário, que envolve não somente a entrada ao judiciário, bem como também o desenvolver de seu trâmite e sua saída do sistema. Representa desta forma, o direito através do qual é possível alcançar a efetivação de outros direitos que não estão sendo respeitados (SADEK, 2009). Entendemos, como Sadek, que o mero acesso ao judiciário por si só não é sinônimo de efetividade de acesso à justiça (SADEK, 2009).

Mauro Cappelletti e Bryant Garth ao falarem da importância do direito de acesso

à justiça o elencam como sendo “o mais básico dos direitos humanos”, bem como um direito social fundamental (1988, p. 12). Esta importância pode ser atribuída a sua função de assegurar o cumprimento de um outro direito que está sendo negado. Eriberto Francisco Bevilaqua Marin e Nivaldo dos Santos afirmam ser o acesso à justiça “um direito fundamental do cidadão, sem o qual os demais direitos não possuem garantia de eficácia” (2001; 2002, p. 18).

Sadek ainda elucida que “acesso à justiça é um direito primordial. Sem ele nenhum dos demais direitos se realiza” (2014, p. 57). A conquista de direitos requer que haja meios de reivindicar que estes se efetuem. Logo, o acesso à justiça se concretiza “quando não apenas é proclamado o direito, mas ele é efetivado” (SADEK, 2014, p. 57).

A expressão acesso à justiça na sua acepção clássica é considerada de

difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado que, primeiro deve ser realmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8).

Cappelletti e Garth discutem a acessibilidade ao Estado como sendo a forma de acesso à justiça. Segundo os autores, para um efetivo acesso à justiça é necessário enfrentar três obstáculos, quais sejam: custas judiciais, possibilidade das partes e problemas especiais dos interesses difusos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

A solução para o enfrentamento destes obstáculos é apresentado pelos autores como “três ondas”, surgidas a partir de 1965, mais ou menos em ordem cronológica. Sendo a primeira onda – assistência judiciária para os pobres; a segunda – representação dos interesses difusos e a terceira – do acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça: um novo enfoque de acesso à justiça (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Hoje o acesso à justiça é discutido de forma muito mais ampla do que o mero acesso ao judiciário. Pode ser tido como constituído de três etapas “o ingresso visando à obtenção de um direito, os caminhos posteriores à entrada e, finalmente, a saída” (SADEK, 2014, p. 57). Este caminho tem por objetivo alcançar uma decisão justa em um período tido como razoável.

Neste sentido o direito de acesso à justiça funciona como o meio que possibilita a obtenção de um outro direito que veio a ser negado, assim é condição para o reclamo da garantia de efetividade dos direitos. É garantia de que os direitos não serão meramente proclamados, sem um meio capaz de reclamá-los (SADEK, 2009; 2014).

Coaduna a este pensamento, o ensinamento elucidado por Cappelletti e Garth:

[...] o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode,

portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos (1988, p.11-2).

Podemos afirmar que o direito de acesso à justiça é ao mesmo tempo um direito individual/humano e social. Em seu aspecto individual o destaque é quanto à possibilidade de pleitear um direito individualmente negado, porém o aspecto social não está adstrito à possibilidade de defesa dos direitos coletivos propriamente ditos. O aspecto social se encontra em todas as ações, é de interesse de toda população que um direito negado seja reconhecido.

O acesso à justiça está assegurado em nossa Constituição Federal, art. 5º, incisos XXXV e LXXIV, onde consta: “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” e “LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (BRASIL, 2018a).

Fabiana Marion Spengler e Gabriel de Lima Bedin afirmam que

A Constituição de 1988, [...] preocupou-se com a universalização do direito ao acesso à justiça, elevando esse direito para a condição de direito fundamental (art. 5º, XXXV), bem como ao prever o direito do cidadão à devida prestação jurisdicional em um prazo razoável (art. 5º, LXXVIII) também como direito fundamental (2013, p. 141).

Na legislação infraconstitucional, especificamente no tocante a questão criminal, o art. 10 da LEP elenca: “A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado”. Em seu art. 11 traz o rol das assistências, onde, no inciso III está presente a assistência jurídica (BRASIL, 2018b).

No Brasil, o órgão responsável pela “promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º [...] [da] Constituição Federal” é a Defensoria Pública (BRASIL, 2018a). Desta maneira, ela tem como função prestar assessoria aos presos que não possuem condições de contratar um advogado particular para o seu patrocínio em juízo.

Embora a Defensoria Pública sempre tenha atuado no âmbito da execução penal (cumprindo sua função de prestação jurídica aos necessitados), foi apenas no ano de 2010, através da Lei 12.313 que ela passa formalmente a integrar o rol dos órgãos da execução penal (BRASIL, 2018c). Esta formalidade legislativa lhe proporciona uma segurança para sua atuação neste ambiente que é tumultuado.

E qual seria o papel da Defensoria Pública dentro do jogo penitenciário? Segundo Araújo:

A existência de um órgão que realize a defesa individual do preso no cumprimento da pena é determinação que, caso não seja bem exercida, oferece o risco de se tornar mais uma engrenagem de um sistema repressor de superprodução de pessoas presas. Não pode a Defensoria Pública servir

como órgão legitimador de um fenômeno de encarceramento em massa, realizando formalmente a defesa do apenado como meio de justificar que, uma vez obedecidas as regras do jogo, há respaldo para o aprisionamento e a manutenção do indivíduo nas grades prisionais.

Nesse sentido, a atividade do Defensor Público que atua na Execução Penal possui um caráter político indispensável que deve ser acentuado no seu exercício das funções típicas. É necessário que o Defensor Público realize uma defesa material do apenado, com afincamento na análise de cada caso, tratando como vida e liberdade cada processo que por ele passa.

O risco da atuação ordinária do Defensor Público corresponde à legitimar o funcionamento do sistema repressivo, permitindo ao Estado arguir que as garantias constitucionais foram obedecidas – sobretudo em relação ao dever do contraditório judicial, e como se decorrente do cumprimento dessas garantias constitucionais se pudesse ofender os padrões de justiça social e operar um aprisionamento da pobreza (2014, p. 139-140).

Neste sentido a Defensoria Pública, quando denominada como órgão estatal garantidor de acesso à justiça, não pode ser associada a garantia de acesso ao judiciário, com a perspectiva de ter seus direitos assegurados. Sua concepção de acesso à justiça, deve estar associada a assistência prestada ao apenado, objetivando dar visibilidade ao sujeito que é produzido como inexistente pela sociedade “livre”.

O poder da Defensoria Pública de velar pela regular execução da pena deve ser entendido como poder de velar pela regularidade ética (proteção dos apenados em face de medidas que busquem suprimir sua condição de sujeitos jurídicos) e de zelar pelo respeito à humanidade, às leis, à Constituição Federal e aos Tratados e Convenções Internacionais afetos à matéria (ROIG, 2018, p. 206).

Assim sendo:

[...] na qualidade de Órgão da Execução Penal (art. 61, VIII, da LEP) e em cumprimento do objetivo de conferir efetividade aos direitos humanos (art. 3º, III, da LC 80/94) e da função institucional de exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos de grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado (art. 4º, XI, da LC 80/94), cumpre à Defensoria Pública tomar todas as medidas para o saneamento da vulnerabilidade enfrentada por presos, internados e egressos que estejam sendo prejudicados pela imposição de condições ilegais, desproporcionais ou inexequíveis de cumprimento de pena ou medida de segurança, ainda que os mesmos possuam advogado constituído nos autos, atuação esta que não se confunde com representação processual do condenado, mas decorre da necessidade de intervenção para a tutela de direitos humanos (ROIG, 2018, p. 207-8).

Diante disto, podemos verificar que de fato a Defensoria Pública quando visa observar o acesso à justiça dos apenados, não se limita a atuação nos moldes formais das instâncias burocráticas judiciais. Sua atuação está voltada para o bem-estar do cidadão, que apenas teve tolhida a sua liberdade, porém a dignidade inerente ao ser humano não lhe foi retirada. Para tanto, sua atuação está para além da representação processual, conforme elencado acima, mesmo havendo representação em juízo (advogado

particular constituído), ocorrendo irregularidade, a Defensoria Pública está apta a atuar. Tal característica se deve ao fato de possuir legitimidade, concedida pelo Estado, para garantir a visibilidade da população apenada.

O apenado é um cidadão de direitos e não um ser depositado à invisibilidade, retirado do meio social para despoluição do espaço dos “cidadãos de bem”. Sendo assim, pertinente e necessária a preocupação da Defensoria Pública, com cada indivíduo e suas particularidades.

Vale destacar que, o trabalho do Defensor Público deve estar comprometido com o fornecimento de acesso à justiça na perspectiva de acesso a uma ordem jurídica justa (WATANABE, 1988), ou o acesso ao judiciário com sua devida pretensão atendida ou analisada de forma justa e comprometida com os preceitos legais. Mas além disso, a atuação da Defensoria Pública como órgão estatal garantidor de acesso à justiça visa ofertar assistência aqueles que se encontram tolhidos da sua liberdade, ou seja, tem por objetivo dar visibilidade a uma parcela significativa da população que se encontra em ambientes de sequestro, invisibilizados pela sociedade. Em outras palavras, a Defensoria Pública enquanto “perseguidora” de acesso à justiça deve promover o reconhecimento da população carcerária como sujeitos de direitos e não como a ralé da sociedade, aqueles que a sociedade prefere trancafiar entre muros e conseqüentemente esquecer da sua existência.

Trabalhamos com a noção de acesso à justiça, não nos referindo necessariamente ao seu vínculo com o Poder Judiciário, em seu aspecto formal e baseado no andamento dos processos (PECs), mas sim na característica de reconhecimento desta população há muito esquecida.¹

Visões clássicas como a de Marin e Santos, que afirmam ser o sistema jurídico efetivo “quando se garante pela regulação e integração o convívio social, possibilitando, assim, o exercício e a reivindicação dos direitos, deveres, pretensões etc., e/ou a resolução de seus litígios sob a custódia do Estado” (2001-2002, p. 13) não é o mais adequado quando da fase de execução da pena. Trata-se de pessoas que já tiveram o “litígio” (indivíduo x sociedade) julgado, obtendo como resultado o cerceamento da liberdade. Nesta fase o que vislumbram não é apenas acessar o judiciário para eventuais direitos que não estejam sendo observados, a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Sistema Carcerário em 2009 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2009) elencou de forma minuciosa as mazelas enfrentadas pelos apenados, a LEP não é cumprida, o cárcere atua mais como uma “terra sem lei”, mas sim, querem o reconhecimento de que ainda são sujeitos de direito e não objetos tutelados pelo Estado.

Por força do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (CRFB² 88, artigo 1º, III), o sentenciado penal, destinatário da norma penitenciária,

1 Não ignoramos a importância da discussão do acesso à justiça em sua concepção clássica, no âmbito da questão penitenciária. No entanto, optamos por trabalhar com a noção de acesso à justiça *sui generis*.

2 Constituição da República Federativa do Brasil.

é sujeito da execução da pena. Foi superada a fase em que o condenado à sanção penal privativa da liberdade era despojado de todos os direitos, transformando-se em objeto de uma relação especial de poder criada e mantida num espaço de não-direito (JAPIASSÚ; MENEZES; OLIVEIRA, p. 17).

Há de se pensar também, que além do reconhecimento como sujeitos de direitos, os apenados almejam de forma efetiva estes direitos, ou seja, alcança-los em concreto. Logo torna-se necessário também o acesso ao judiciário, como uma possibilidade de garantir um direito violado. Luiz Antônio Bogo Chies ao falar do campo da questão penitenciária, diz se tratar de um campo *sui generis* (2015), podemos afirmar que também quando falamos em acesso à justiça na execução penal esta característica está presente, isto porque, não podemos tratar do acesso à justiça como sendo o acesso ao judiciário, da mesma maneira que não podemos ignorar por completo esta faceta do mesmo. Todavia, o aspecto mais importante segue sendo a visibilidade da população carcerária como sujeitos de direitos.

3 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando falamos em acesso à justiça no cárcere, inevitavelmente precisamos falar da atuação da Defensoria Pública, isto porque a grande maioria da população encarcerada é atendida pela instituição (DPE/RS, 2017, p. 50). Esta atuação está para além da representação formal em juízo, é uma forma de reconhecimento da existência de sujeitos de direito. Trazendo estes apenados para a realidade da sociedade, que faz questão de olvidá-los atrás dos muros do cárcere.

A problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o *acesso à ordem jurídica justa* (WATANABE, 1988, p. 128).

Logo o simples ingresso nos aparatos estatais não pode ser julgado como acesso à justiça exitoso. O autor não elenca o que é “ordem jurídica justa”, mas seu texto se remete a elementos da concepção clássica de acesso à justiça, como ingresso no sistema formal de justiça (sejam os tribunais, ou mesmo meios alternativos de solução de conflitos, mas estes também organizados e monitorados pelo Estado).

Mas é possível utilizar esta nomenclatura de “acesso à ordem jurídica justa” e ultrapassar os limites burocráticos-processuais, adentrando na complexidade da questão penitenciária e vislumbrando as particularidades da execução criminal. Neste ambiente para elencarmos um acesso à justiça que se aproxime de uma noção de “ordem jurídica justa” é necessário que a preocupação com os apenados perpassa por uma perspectiva de torná-los visibilizados pela sociedade livre, como indivíduos integrantes da sociedade.

No espaço da prisão a categoria “acesso à justiça” busca dar conta da invisibilidade que recai sobre este espaço, ou seja, é uma ferramenta/instrumento que tem como objetivo primordial dar visibilidade a população segredada no intramuros.

Concluimos assim que a utilização da categoria “acesso à justiça” no tocante a questão penitenciária possui uma significação *sui generis*, pois não pode se limitar a discussão do acesso à justiça formal. Tem o sentido de “quebrar” a invisibilidade construída pelo muro que cerca a prisão.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Rochester Oliveira. A atuação da Defensoria Pública na execução penal: a função política na promoção do acesso à justiça social. **Revista Transgressões: ciências criminais em debate**, Rio Grande do Norte, v. 2, n. 2, p. 133-147, 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/6448/4985>>. Acesso em: 10 de outubro de 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 2018a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 de junho de 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. 2018b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 14 de junho de 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.313, de 19 de agosto de 2010**. 2018c. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12313.htm>. Acesso em: 14 de junho de 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **CPI do Sistema Carcerário**. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, Brasília, 2009. Disponível para download em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editora Fabris, 1988.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. Do campo ao campo: análise da questão penitenciária no Brasil contemporâneo. **O público e o privado**, Ceará, n. 26, pp. 69-91, 2015. Disponível em: <<http://www.seer.uece.br/?journal=opublicoeoprivado&page=article&op=view&path%5B%5D=1398&path%5B%5D=1261>>. Acesso em: 03 de janeiro de 2019.

DPE/RS, Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. **Relatório Anual 2017 – Outubro de 2016 a Setembro de 2017**. Porto Alegre: Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, 2017.

ELIAS, Norbert. **Introdução à Sociologia**. Lisboa/Portugal: Edições 70, 1999.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MENEZES, Eduardo Quintanilha Telles de; OLIVEIRA, Patricia Fonseca Carlos Magno de. **A Defensoria Pública e a execução penal no Brasil: uma abordagem sobre a acesso efetivo à Justiça no Estado do Rio de Janeiro**. S.d. Disponível em: <http://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2014/08/PM_DP-e-ex-pe-no-Br-abordagem-do-acesso-a-J.pdf>. Acesso em: 03 de janeiro de 2019.

MARIN, Eriberto Francisco Bevilaqua; SANTOS, Nivaldo dos. O acesso ao direito e à justiça. **Revista Faculdade de Direito UFG**, v. 25/26, n. 1, p. 13-23, 2001-2002. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/12020/7971>>. Acesso em: 10 de outubro de 2017.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Assistência Jurídica na Execução Penal. In: VITTO, Renato C. P. de; DAUFEMBACK, Valdirene (org). **Para além da prisão reflexões e propostas para uma nova política penal no Brasil**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2018. pp. 203-215.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social. In LIVIANU, R., coord. **Justiça, cidadania e democracia**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. p. 170-180. ISBN 978-85-7982-013-7. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/ff2x7/pdf/livianu-9788579820137-15.pdf>>. Acesso e: 10 de outubro de 2017.

SADEK, Maria Tereza Aina. **Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos**. REVISTA USP: São Paulo, n. 101, p. 55-66, março/abril/maio. 2014. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/87814/90736>>. Acesso em: 10 de outubro de 2017.

SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gabriel de Lima. O Direito de Acesso à Justiça como o mais básico dos direitos humanos no Constitucionalismo Brasileiro: aspectos históricos e teóricos. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 129-144, janeiro/junho de 2013. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/442/323>>. Acesso em: 14 de janeiro de 2019.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In.: **Participação e processo**. Coordenação: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 128-135, 1988.

O PERFIL DO MEDIADOR JUDICIAL PIAUIENSE: UMA ANÁLISE DOCUMENTAL A PARTIR DO REPOSITÓRIO DE MEDIADORES JUDICIAIS DO CNJ

Data de aceite: 21/09/2021

Anne Heracléia de Brito e Silva

CHRISFAPI

Piripiri/Piauí

:<http://orcid.org/000-0002-3414-8308>

<https://lattes.cnpq.br/8514531178635380>

Fabiana Ferreira dos Santos

UFPI

Teresina/Piauí

<https://orcid.org/0000-0003-0599-3307>

Rogério Monteles da Costa

Universidade de Fortaleza (Unifor)

Cidade: Timon (MA)

<https://orcid.org/0000-0002-7573-4258>

<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/cv?id=7649292327766888>

RESUMO: Este artigo trata da análise do perfil do mediador judicial no Piauí, introduzindo um panorama geral da gestão de conflitos no Brasil, ressaltando o impacto da conciliação e mediação judiciais nos índices da Justiça. Consta do presente um paralelo entre conciliação e mediação, seus aspectos gerais, conceitos e diferenças e um enfoque especial em mediação judicial e no profissional mediador judicial. Foi realizada uma pesquisa documental no site do Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores do Conselho Nacional de Justiça (ConciliaJud), bem como no Relatório Justiça em Números 2020, ano-base 2019, entre os meses de outubro e dezembro do ano de

2020. Por fim, chegou-se ao perfil do mediador judicial piauiense: mulher, bacharel em Direito, pós-graduada - **título de Especialista** -, atua preferencialmente na área Cível e trabalha mediante remuneração. É um estudo que merece atenção e está voltado para todos aqueles que se identificam com tal temática contemporânea.

PALAVRAS - CHAVE: Gestão de Conflitos. Mediação. Conciliação. Mediador Judicial. Perfil do Mediador.

THE PROFILE OF THE PIAUIENSE JUDICIAL MEDIATOR: A DOCUMENTAL ANALYSIS FROM THE REPOSITORY OF JUDICIAL MEDIATORS OF CNJ

ABSTRACT: This article is about the profile analysis of the judicial mediator in Piauí, introducing a conflicts administration general panorama in Brazil, stressing the conciliation impact and judicial mediation in Justice indices. It consists of the present a parallel between conciliation and mediation, their general aspects, concepts and differences and a special focus in judicial mediation and in the judicial professional mediator. It was accomplished a documental research in the site of the National Cadaster of Justice National Board Judicial and Conciliatory Mediators (ConciliaJud), as well as in the Report Justice in Numbers 2020, year-base 2019, between October months and year's December of 2020. Finally, it arrived-if to the profile of the from Piauí judicial mediator: Woman, bachelor in Right, post-graduated - specialist Title -, acts preferentially in the civil area and works by means of remuneration. It is a study that deserves attention and is directed to all the ones that

identify with such contemporary thematic.

KEYWORDS: Conflicts Administration. Mediation. Conciliation. Judicial Mediator. Mediator Profile.

1 | INTRODUÇÃO

A presente pesquisa investiga o perfil do mediador judicial atuante no Estado do Piauí, Brasil, na segunda década do século XXI, apresentando também a mediação judicial e o mediador judicial de maneira mais ampla. A pesquisa trata ainda do impacto da conciliação e mediação no sistema judiciário brasileiro.

Em que pese a Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que instituiu a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no âmbito do Poder Judiciário, ainda é público e notório o descontentamento popular em relação ao Judiciário nacional em razão, principalmente, da morosidade, alto custo e burocracia, que obstam o trâmite processual. Diante desse contexto, no cenário estadual, surgiu o questionamento: qual o perfil do mediador judicial piauiense no ano de 2020, e qual a relação de suas atividades na eficiência da máquina judiciária?

No cenário vigente, faz-se mister aprofundar esse assunto, uma vez que os conflitos de interesses ocorrem em larga e crescente escala em nossa sociedade e a sobrecarga do Poder Judiciário tem levado cada vez mais pessoas a buscarem os meios consensuais de solução de conflitos, gerando o desejo de mais conhecimento sobre tais práticas. Investigar, discutir e compartilhar informações sobre o mediador e como sua atividade tem contribuído para a redução na quantidade de judicialização de conflitos de interesses, interposição de recursos e execução de sentenças nos ajuda a compreender por que os meios não adversariais são instrumentos de pacificação social, solução e prevenção de litígios.

O presente artigo foi desenvolvido a partir de pesquisa documental e a coleta e análise de dados se deu entre os meses de outubro e dezembro do ano de 2020, com informações obtidas junto ao repositório público do Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores do Conselho Nacional de Justiça (ConciliaJud), disponível no site <https://conciliajud.cnj.jus.br/ccmj> – tendo sido utilizado os filtros “mediador” e “Piauí” - bem como do Relatório Justiça em Números 2020 do Conselho Nacional de Justiça, ano-base 2019, disponível no endereço eletrônico <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. O objeto de estudo exigiu criatividade das pesquisadoras em face dos desafios enfrentados ao longo do estudo devido à pandemia da Covid-19.

2 | A GESTÃO DE CONFLITOS NO BRASIL E O PAPEL DO MEDIADOR

O homem, em sua essência, é um ser social, cujas relações intersubjetivas e intergrupais são evidentes os interesses antagônicos, acarretando um fenômeno comum e natural em sociedade, seja ele em menor ou maior grau e/ou em pequena ou grande

escala: o conflito; Spengler, (2016, p.114) diz que:

Assim, o conflito é uma forma social possibilitadora de elaborações evolutivas e retroativas no concernente a instituições, estruturas e interações sociais, possuindo a capacidade de constituir-se em um espaço em que o próprio confronto é um ato de reconhecimento, produzindo, simultaneamente, uma transformação das relações daí resultantes. Desse modo, o conflito pode ser classificado como um processo dinâmico de interação humana e confronto de poder no qual uma parte influencia e qualifica o movimento da outra.

Dentro dessa perspectiva, o conflito envolve aspectos positivos e negativos promovendo mudança, desenvolvimento e evolução entre os envolvidos, sejam eles indivíduos ou instituições ou mesmo Estados. Nesse escopo, é necessária a disposição de normas para regulamentar as relações humanas e dirimir os conflitos de interesses de forma mais justa, evitando o caos e a barbárie e visando à promoção da paz social. Esta é a missão do Direito, executada pelo Poder Judiciário.

Com o aumento das interações humanas, aumentaram os litígios. Como resultado disso, no Brasil, temos um Poder Judiciário em crise, imerso em um mar de processos com uma pequena via de escoamento. Segundo o Relatório Justiça em Números 2020, elaborado pelo CNJ, no final de 2019, 77,1 milhões de processos aguardavam uma solução definitiva. Anualmente, para cada dez novas ações, apenas três antigas são solucionadas; demora aproximadamente quatro anos entre o ajuizamento de uma ação e a emissão da sentença. Este quadro acarreta insatisfação e descrédito da população em geral além de prejuízos aos cofres públicos. Segundo Mendes; Malta e Almeida (2020, p.1):

O CNJ diz que em 2019, as despesas totais do Poder Judiciário somaram R\$ 100,2 bilhões o que significa que as despesas totais do Poder Judiciário correspondem a 1,5% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, dos quais 18,5% são referentes a gastos com inativos.

Assim foi editada a Resolução nº125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que instituiu a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no âmbito do Poder Judiciário, buscando alcançar uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva (SPENGLER, 2019).

Dentre as práticas estabelecidas na mencionada resolução está a mediação – foco do presente artigo –, palavra cuja origem semântica “vem do latim, do verbo *mediare*, que significa intervir ou colocar-se no meio” (ROBLES, 2009, p. 31). Goldberg (2018, p.19), por sua vez, a descreve como “uma técnica que envolve um terceiro imparcial”. Nos dizeres de Nazareth (2009, p.55), a mediação é:

Um método de condução de conflitos, aplicado por um terceiro neutro e especialmente treinado, cujo objetivo é restabelecer a comunicação produtiva entre as pessoas que se encontram em um impasse, ajudando-as a chegar a um acordo, se esse for o caso.

Essas mudanças são significativas tanto para o Poder Judiciário quanto para os jurisdicionados, uma vez que a via autocompositiva é mais célere do que o tradicional litígio, cujo fim é posto através de sentença prolatada unilateralmente por um juiz. Não raro, o conflito judicializado se agrava, por sua morosidade e o alto custo.

Desta feita, a mediação judicial é bem-vinda ao Poder Judiciário brasileiro, uma vez que se trata de uma alternativa célere, eficaz e econômica à tradicional beligerância das ações judiciais, além de trazer os mediandos ao protagonismo do desenlace da situação conflituosa.

2.1 Mediação e Conciliação no Brasil na segunda década do século XXI

Em 2006, o CNJ implantou o Movimento pela Conciliação como parte das políticas de incentivo às práticas colaborativas, promovendo anualmente a Semana Nacional da Conciliação, em que os tribunais são incentivados a promover acordos entre as partes.

Apesar das políticas de incentivo à mediação, a cultura da conciliação apresenta lenta evolução e a litigiosidade permanece alta. Não obstante, a obrigatoriedade da realização de audiência prévia de conciliação ou mediação instituída pelo Código de Processo Civil, no ano de 2019, apenas 12,5% de processos foram solucionados pelas vias conciliatórias, conforme dados do Relatório Justiça em Números 2020, elaborado pelo CNJ.

Ainda com base no Relatório Justiça em Números 2020, idealizado pelo CNJ, No Brasil, a Justiça que mais obteve êxito em conciliar foi a Trabalhista, com quase 24% de casos solucionados através de acordo.

O referido relatório aponta que os Juizados Especiais alcançaram a marca de 20% de conciliação na fase de conhecimento – 23% na Justiça Estadual e 12% na Justiça Federal. Os índices caem quando se trata da fase de execução, ficam em 21%.

No mesmo documento, é possível extrair a informação de que no 1º grau chegamos a 14,3% de conciliação, enquanto que no 2º a conciliação é praticamente inexistente (1,3%).

Se dividirmos o processo judicial por fases, percebemos que a Justiça Trabalhista apresenta indicador de 39% na fase de conhecimento e 10% na execução; a Justiça Estadual aponta o percentual de 18% no conhecimento e 4% na execução; já a Justiça Federal marca o índice de 31% na fase executória, bem superior aos 11% da fase de conhecimento, conforme o referido relatório.

Ao restringirmos nossa pesquisa ao Piauí, observamos que o Tribunal de Justiça do Piauí (TJPI) atingiu o indicador de 12,7% de conciliação – maior que a média dos tribunais estaduais, 11,3%. O índice do Tribunal Regional Eleitoral do Piauí (TRE-PI) foi 0,4%, também maior que a média nacional (0,2%). Embora a Justiça do Trabalho tenha alcançado o percentual de 23,7% de acordos, o Tribunal Regional da 22ª Região (TRT22) ficou um pouco abaixo da média, com 17,2%. No que tange à Justiça Federal, o Tribunal Regional Federal da Primeira Região (TRF1) chegou ao patamar de 11%, um pouco acima da média, 10,6%. Todos os dados foram extraídos do Relatório Justiça em Números 2020,

formulado pelo CNJ.

3 | O PERFIL DO MEDIADOR JUDICIAL PIAUIENSE

Consultando o Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores do Conselho Nacional de Justiça (ConciliaJud), constatamos o total de 18 (dezoito) mediadores judiciais cadastrados no Estado do Piauí, embora o site informe, erroneamente, o número de 25 (vinte e cinco). Nesse universo 12 (doze) são mulheres e 6 (seis) são homens.

O dado acima corrobora com a pesquisa de Pligher (2007, p.98), segundo a qual constatou que “[...] sendo 14 do sexo feminino e 02 do sexo masculino, indicando maior tendência das mulheres para trabalhar em Mediação [...]”.

Na Figura 15 é apresentado este dado de forma visual para melhor compreensão da informação.

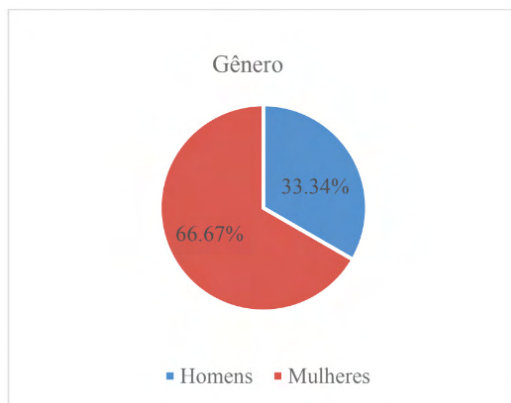


Figura 1 - Gráfico por gênero

Fonte: Elaboração das autoras

Por ser uma exigência legal a formação superior ao mediador judicial, todos têm diploma de ensino superior: 16 (dezesesseis) são formados em Direito, 2 (dois) em Administração, 1 (um) em Ciências Contábeis, 01 (um) em Licenciatura plena em Ciências Biológicas, 1 (um) em Pedagogia, 1 (um) em Letras, 1 (um) em Economia e 1 (um) não informou durante o cadastro a sua graduação. Alguns deles têm mais de uma formação: 1 (um) é graduado em Direito e Ciências Contábeis, 1 (um) em Direito e Licenciatura plena em Ciências Biológicas, 1 (um) em Direito e Pedagogia, 1 (um) em Direito e Letras, 1 (um) em Direito e Administração e 1 (um) em Direito e Economia. Nas Figuras 16, 17 e 18 apresentamos tais informações em forma gráfica para melhor compreensão.

Na pesquisa de Pligher realizada em 2007, metade dos mediadores participantes (8) também tinha duas formações: uma na área do Direito e outra na área de Humanas.

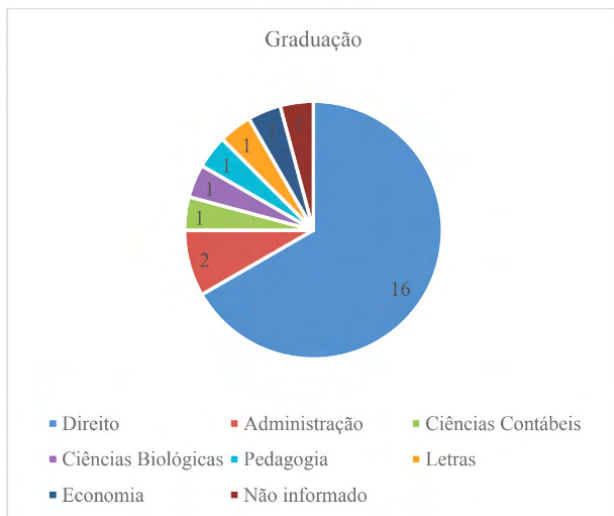


Figura 2 - Gráfico por graduação

Fonte: Elaboração das autoras

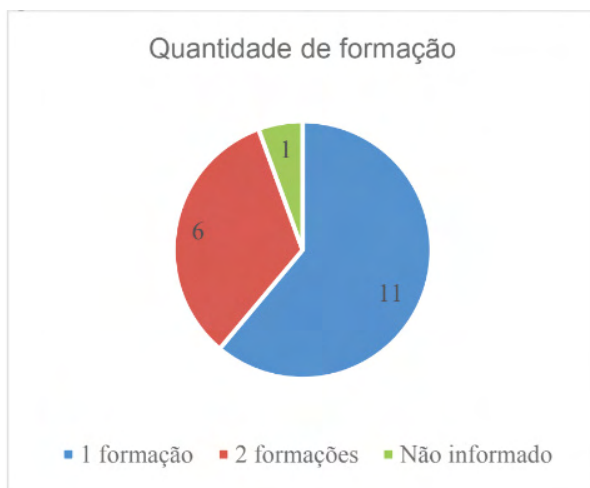


Figura 3 - Gráfico por quantidade de formação

Fonte: Elaboração das autoras

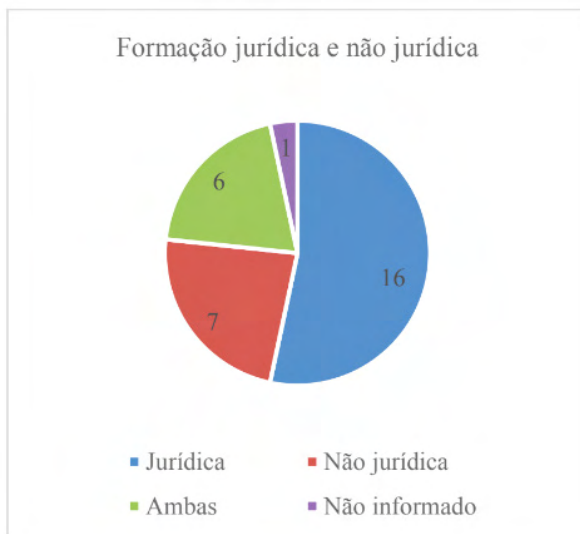


Figura 4 - Gráfico por formação jurídica e não jurídica

Fonte: Elaboração das autoras

Com os dados coletados na pesquisa, foi possível observar, ainda, que a maioria dos mediadores possui alguma titulação, sendo que 12 (doze) têm grau de Especialista, 5 (cinco) de Mestre e 4 (quatro) não têm nenhuma pós-graduação ou não informaram no cadastro. Dentre os pós-graduados, 03 (três) concluíram Especialização e Mestrado. Nas Figuras 19 e 20 é possível reconhecer visualmente tais dados.

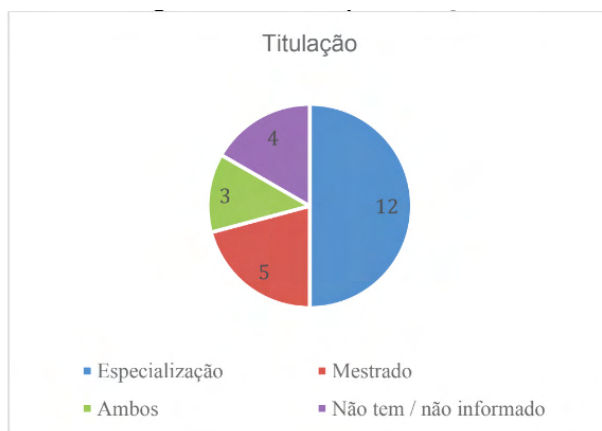


Figura 5 - Gráfico por titulação

Fonte: Elaboração das autoras



Figura 6 - Gráfico por quantidade de titulação

Fonte: Elaboração das autoras

Cada mediador judicial disponibilizou, ainda, a sua área de atuação: 15 (quinze) atuam, preferencialmente, no âmbito cível, 14 (quatorze) no familiarista, 9 (nove) no empresarial. Entretanto, a maioria trabalha, em especial, em mais de um campo: 6 (seis) nos campos cível, familiarista e empresarial, 7 (sete) nos campos cível e familiarista e 1 (um) nos campos cível e empresarial. Nas Figuras 21 e 22 é possível visualizar graficamente a informação.

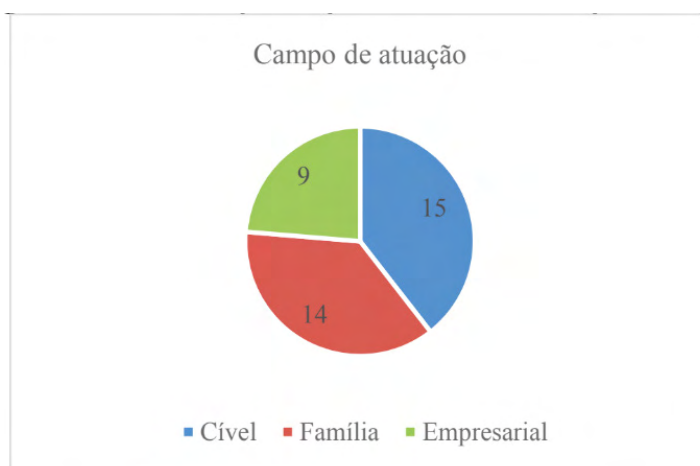


Figura 7 - Gráfico por especialidade de campo atuação

Fonte: Elaboração das autoras

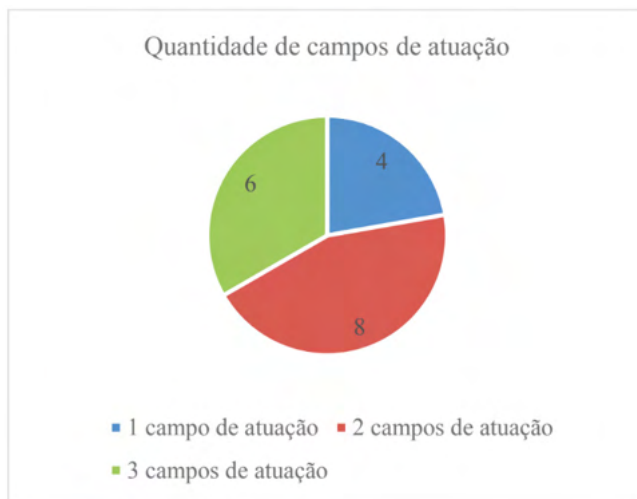


Figura 8 - Gráfico por quantidade de campo de atuação

Fonte: Elaboração das autoras

Analisando o cadastro de mediadores judiciais sob o critério da remuneração, verificamos que 7 (sete) exercem a atividade voluntariamente, 3 (três) estão no patamar básico de remuneração, 4 (quatro) estão no patamar intermediário, 3 (três) estão no patamar avançado e 1 (um) no patamar extraordinário.

O CNJ informa que os termos “voluntário”, “nível básico”, “nível médio” e “nível avançado” e “nível extraordinário” referem-se às categorias de remuneração em que o facilitador deseja atuar e estão fixados na Resolução nº 271 do CNJ de 11/12/2018, que fixa parâmetros de remuneração a ser paga aos conciliadores e mediadores judiciais, nos termos do disposto no art. 169 do Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015 – e no art. 13 da Lei de Mediação – Lei nº 13.140/2015. Contudo, os tribunais ajustam os valores de forma a atender à realidade local.

Nas Figuras 23 e 24 tais informações são apresentadas de forma visual para melhor compreensão da análise.

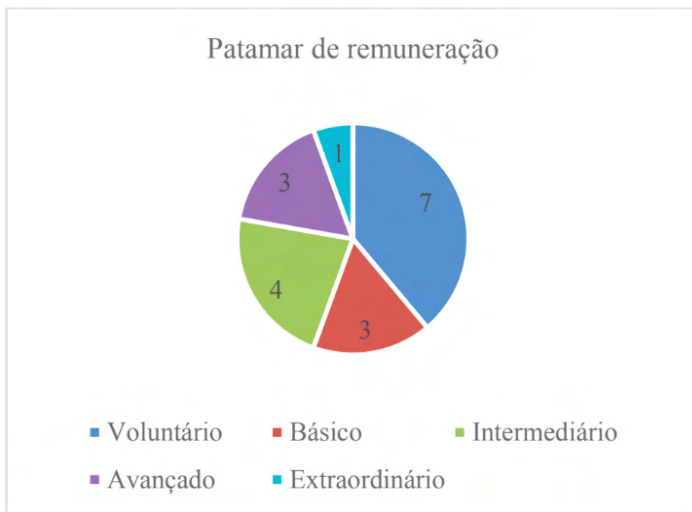


Figura 9 - Gráfico por patamar de remuneração

Fonte: Elaboração das autoras



Figura 10 - Gráfico mediadores voluntários x remunerados

Fonte: Elaboração das autoras

Após analisar os dados obtidos junto à plataforma ConciliaJud, podemos elaborar o perfil do mediador piauiense: mulher, bacharel em Direito, possui título de Especialista, atua preferencialmente na área Cível e trabalha em troca de remuneração.

Não é difícil entender a razão da maioria dos mediadores judiciais contarem com o curso de Bacharelado em Direito em seu currículo, uma vez que são profissionais formados para lidar com questões de ordem legal.

Por outro lado, as mulheres são, de forma geral, mais sensíveis e comunicativas do que os homens, nas palavras Lutz (1988, p. 74) “[...] está sugerida pela afirmação

de que as mulheres são mais emocionais que os homens [...]”, o que as leva a encontrar na mediação um caminho para expressar suas aptidões, muitas aparentemente inatas, uma vez que a mediação, além dos requisitos objetivos, são necessários requisitos subjetivos como habilidades, competências e atitudes voltadas para empatia, escuta ativa, interpretação da comunicação verbal e gestual e uso das palavras para abrandar ímpetos alheios, além de outras práticas.

A área de atuação cível se torna fértil por envolver diversos tipos de causas a exemplo de cobranças, contratos, posse de imóveis, conflitos entre locador e inquilino, entre vizinhos, consumidor etc.

Obtido o grau superior, comumente o título de Especialista é o primeiro a ser buscado pelos profissionais, afunilando o número de pessoas que se dedicam aos graus de Mestre e Doutor. De acordo com levantamento sobre pós-graduação no Brasil feito pelo Instituto SEMESP divulgado em 2019, nos quatro anos anteriores houve um crescimento de 74% no número total de alunos frequentando curso de especialização de nível superior. Segundo a pesquisa, considerando a população maior de 24 anos, estima-se que 5,7 milhões de pessoas tenham obtido o título de Especialista. Consoante com levantamento feito pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior do Ministério da Educação (Capes/MEC), o Brasil tem 122.295 estudantes de Mestrado e Doutorado, dos quais 76.323 são de mestrado acadêmico, 4.008 de mestrado profissional e 41.964 de doutorado.

A mediação judicial deve ser entendida como profissão, não como hobby. É necessário estudo, prática, dedicação e constante atualização para seu exercício. A remuneração do facilitador nada mais é do que o pagamento pelos serviços prestados e deverá, na mediação judicial ser paga pelos tribunais e na mediação extrajudicial, de preferência, ser recolhida em frações iguais pelos mediandos.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Baseado no discorrido neste artigo, nota-se que esta temática continua sendo o centro das atenções daqueles que admiram novas posturas para lidar com resolução consensual de conflitos e que a justiça tem se valido dessas novas ferramentas para desburocratizar a máquina judiciária e prestar um serviço de melhor qualidade, mais célere e eficaz para a promoção da cultura da paz.

Além desses esclarecimentos e diante do estudo desenvolvido ao analisar as informações constantes do ConciliaJud, ficou claro o perfil do mediador piauiense, qual seja, mulher, bacharel em Direito, com título de Especialista, atuando preferencialmente na área Cível e trabalha em troca de remuneração.

Essas informações levam-nos a pensar, que as mulheres buscam na mediação, a possibilidade de colocar em prática suas habilidades e competências - como a resiliência e

empatia - para a manutenção da paz.

Esse artigo não se esgota aqui, merecendo um aprofundamento do assunto e levando mais conteúdo sobre mediação e conciliação judicial para aqueles que se identificam com a temática em questão.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei 13105/15**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 12 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13140/15**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 12 dez. 2020.

BRASIL. **Resolução 125 - CNJ de 29/11/2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 12 dez. 2020.

BRASIL. **Resolução Nº 271 de 11/12/2018**. Fixa parâmetros de remuneração a ser paga aos conciliadores e mediadores judiciais, nos termos do disposto no art. 169 do Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015 – e no art. 13 da Lei de Mediação – Lei nº 13.140/2015. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2780>. Acesso em: 10 dez. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ccmj/>. Acesso em: 10 dez. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2020: ano-base 2019. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 12 dez. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Manual de Mediação Judicial 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2ddd6fec54.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2020.

GOLDENBERG, Flávio. **Mediação em direito de família**: aspectos jurídicos e psicológicos. Indaiatuba-SP: Editora Foco, 2018.

Instituto Semesp. Semesp lança levantamento sobre pós-graduação no Brasil. Disponível em: <https://www.semesp.org.br/noticias/semesp-levantamento-pos-graduacao/>. Acesso em: 26 dez. 2020.

LUTZ, Catherine. Engendered emotion: gender, power, and the rhetoric of emotional control in American discourse. In: LUTZ, Catherine; ABU-LUGHOD, Lila (Orgs.). **Language and the Politics of Emotion**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. pp. 69-91

MENDES; Fernando; MALTA; Alberto; ALMEIDA, Lazarini de. **Um debate qualificado sobre os custos do Judiciário - parte 1**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-06/opiniao-debate-qualificado-custos-justica>. Acesso em: 28 nov. 2020.

Ministério da Educação. **Número de pós-graduandos cresce no Brasil**. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/conselho-nacional-de-educacao/180-estudantes-108009469/pos-graduacao-500454045/2583-sp-2021081601#:~:text=O%20Brasil%20tem%20122.295%20estudantes,Superior%20\(Capes%20FMEC\)](http://portal.mec.gov.br/conselho-nacional-de-educacao/180-estudantes-108009469/pos-graduacao-500454045/2583-sp-2021081601#:~:text=O%20Brasil%20tem%20122.295%20estudantes,Superior%20(Capes%20FMEC)). Acesso em: 26 dez. 2020.

NAZARETH, Eliana Riberti. **Psicanálise e mediação- meios efetivos de ação**. **Revista do advogado**. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, n.62, p.55, mar. 2001.

PLIGHER, Simone de Andrade. **Mediação de Conflitos familiares e criatividade** um estudo a partir do perfil do Mediador. 158 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Escolar). PUC, Campinas – SP, 2007.

ROBLES, Tatiana. **Mediação e direito de família**. 2.ed. ver.ampl. São Paulo:Ícone,2009.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação: por outra cultura no tratamento de conflitos**. 2. ed. Ijuí: Ed. Unijuí. 2016.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Dicionário de mediação**. v. 1. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2019.

SOBRE O ORGANIZADOR

ADAYLSON WAGNER SOUSA DE VASCONCELOS - Doutor em Letras, área de concentração Literatura, Teoria e Crítica, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2019). Mestre em Letras, área de concentração Literatura e Cultura, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2015). Especialista em Prática Judicante pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB, 2017), em Ciências da Linguagem com Ênfase no Ensino de Língua Portuguesa pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016), em Direito Civil-Constitucional pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016) e em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG, 2015). Aperfeiçoamento no Curso de Preparação à Magistratura pela Escola Superior da Magistratura da Paraíba (ESMAPB, 2016). Licenciado em Letras - Habilitação Português pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2013). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNJPÊ, 2012). Foi Professor Substituto na Universidade Federal da Paraíba, Campus IV – Mamanguape (2016-2017). Atuou no ensino a distância na Universidade Federal da Paraíba (2013-2015), na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2017) e na Universidade Virtual do Estado de São Paulo (2018-2019). Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Paraíba (OAB/PB). Desenvolve suas pesquisas acadêmicas nas áreas de Direito (direito canônico, direito constitucional, direito civil, direitos humanos e políticas públicas, direito e cultura), Literatura (religião, cultura, direito e literatura, literatura e direitos humanos, literatura e minorias, meio ambiente, ecocrítica, ecofeminismo, identidade nacional, escritura feminina, leitura feminista, literaturas de língua portuguesa, ensino de literatura), Linguística (gêneros textuais e ensino de língua portuguesa) e Educação (formação de professores). Parecerista *ad hoc* de revistas científicas nas áreas de Direito e Letras. Organizador de obras coletivas pela Atena Editora. Vinculado a grupos de pesquisa devidamente cadastrados no Diretório de Grupos de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Orcid: orcid.org/0000-0002-5472-8879. E-mail: <awsvasconcelos@gmail.com>.

ÍNDICE REMISSIVO

A

Acesso à Justiça 38, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 54, 56, 57, 58, 102, 105, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178

C

Cárcere 170, 171, 175, 176

Ciência 24, 42, 58, 125, 134, 138

Constitucionalismo Latino-Americano 26, 27, 31, 32, 39, 40, 41, 42

Cota Racial 107, 108, 111, 113

Crime 55, 72, 134, 135, 137, 138, 143, 145, 147, 148, 153, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169

Criminologia 134, 135, 137, 138, 139

Culpabilidade 134, 135, 136, 137, 138

D

Déficit Democrático 14, 16, 18, 23

Democracia 1, 2, 3, 4, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 32, 40, 41, 61, 63, 64, 67, 91, 92, 94, 103, 141, 150, 153, 155, 178

Desigualdade 34, 80, 81, 82, 84, 93, 94, 97, 100, 117, 138

Direito 10, 2, 3, 4, 5, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 17, 26, 29, 32, 33, 34, 36, 37, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 53, 54, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 67, 68, 69, 76, 77, 78, 79, 85, 86, 91, 92, 93, 94, 96, 100, 102, 104, 105, 106, 107, 108, 111, 113, 114, 115, 118, 138, 140, 141, 143, 144, 146, 147, 149, 150, 151, 152, 154, 155, 157, 158, 159, 160, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 171, 172, 173, 175, 176, 177, 178, 179, 181, 183, 188, 189, 190, 191, 192

Direito Constitucional 26, 42, 46, 57, 58, 59, 60, 61, 69, 155, 192

Direito Penal 138, 157, 158, 159, 160, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169

Direitos Humanos 1, 2, 3, 4, 9, 10, 11, 12, 13, 21, 32, 36, 38, 41, 44, 47, 48, 49, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 93, 100, 102, 106, 172, 173, 174, 178, 192

Direitos Sociais 4, 36, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 159

J

Justiça 6, 8, 16, 23, 38, 41, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 52, 53, 54, 56, 57, 58, 59, 60, 63, 65, 71, 79, 91, 97, 98, 99, 102, 104, 105, 106, 110, 118, 138, 141, 145, 146, 147, 148, 149, 151, 152, 153, 155, 159, 164, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 189, 190

L

Liberdade Religiosa 61, 62, 63, 65, 66

Livre Concorrência 68, 69, 71, 73, 76, 77, 79, 160

M

Mediação Judicial 179, 180, 182, 189, 190

Mulheres 3, 11, 52, 56, 109, 120, 122, 123, 124, 125, 126, 128, 130, 131, 132, 183, 188, 189

P

Políticas Públicas 46, 50, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 109, 110, 112, 117, 120, 123, 129, 130, 192

S

Sonegação Fiscal 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169

T


Tribunal do Júri 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 156


DIREITO:




Uma autêntica e genuína
ciência autônoma

www.atenaeditora.com.br 

contato@atenaeditora.com.br 

[@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora) 


www.facebook.com/atenaeditora.com.br 


 **Atena**
Editora


Ano 2021


DIREITO:

Uma autêntica e genuína
ciência autônoma

www.atenaeditora.com.br 

contato@atenaeditora.com.br 

[@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora) 

www.facebook.com/atenaeditora.com.br 

 **Atena**
Editora

Ano 2021