

LIVROS DO CONIBDH

DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS I

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer
COORDENADORA

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer
(Coordenadora)

LIVROS DO CONIBDH:
**DIREITOS HUMANOS
FUNDAMENTAIS I**

FDV PUBLICAÇÕES
2016

FDV Publicações

Editora responsável

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer

Diagramação e capa

Studio S Diagramação e Arte Visual

I Congresso Internacional de Bioética e Direitos Humanos – I CONIBDH

Presidente do I CONIBDH – Elda Coelho de Azevedo Bussinguer

Comissão Organizadora – Ana Paula Rodrigues Luz Faria; Carolina Nunes de Freitas; Gustavo Gobbi Martinelli; Luana Petry Valentim; Shayene Machado Salles.

Organização – Faculdade de Direito de Vitória (FDV); Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Políticas Públicas, Direito à Saúde e Bioética (BIOGEPE)

Parceiros – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES); Sociedade Brasileira de Bioética (SBB); Programa de Pós-Graduação em Bioética Cátedra Unesco de Bioética da Universidade de Brasília; Prefeitura Municipal de Vitória (PMV); Red Latinoamericana y del Caribe de bioética (Redbioética/Unesco)

Dados internacionais de catalogação na publicação (CIP)

L788 Livros do Conibdh : direitos humanos fundamentais I [recurso eletrônico on-line] / coordenadora Elda Coelho de Azevedo Bussinguer. – Vitória : FDV Publicações, 2016.

Inclui Bibliografia

ISBN 978-85-68600-05-4

Modo de acesso: <http://site.fdv.br/publicacoes/>

1. Direitos humanos – Estudo e Ensino. 2. Bioética – Estudo e ensino. I. Bussinguer, Elda Coelho de Azevedo. II. Congresso Internacional de Bioética e Direitos Humanos.

CDU 342.7:608.1

Ficha catalográfica elaborada por Ana Paula Galdino de Deus CRB 6/ES 798
2016

Proibida a reprodução parcial ou total desta obra sem autorização da Editora
Todos os direitos desta edição reservados pela Editora FDV Publicações.

Tel.: (27)3041-3669

site: www.fdv.br

E-mail: publicacoes@fdv.br

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA NO BRASIL E NO ESPÍRITO SANTO: PRINCIPAIS AVANÇOS E PERSPECTIVAS

Maryelle de Abreu Lacerda • Alcemi Almeida de Barros | 9

O DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA EM UMA ÓTICA REGIONALIZADA: UMA REFLEXÃO SOBRE A UNIVERSALIZAÇÃO DA ALIMENTAÇÃO A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA DA BIOÉTICA

Tauã Lima Verdan Rangel | 23

D. PAULO EVARISTO ARNS E SUA LUTA PELOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL DURANTE A DITADURA (1964-1984): UM ESTUDO DE BIOÉTICA

Antonio Carlos Ribeiro | 44

DIREITOS HUMANOS EM DETRIMENTO DA VINGANÇA SOCIAL SOB O PARADIGMA DA CARTA UNIVERSAL

Julio Cezar Avanza • Victor Muniz Couto • Paulo Sergio Rizzo | 59

TEORIA DO RECONHECIMENTO E OS MOVIMENTOS MIGRATÓRIOS CONTEMPORÂNEOS NO ESPÍRITO SANTO

André Martins Duarte Rosa • Luiz Felipe Costa Santana • Marina Saleme de Menezes | 73

DESPEJOS FORÇADOS NO BRASIL: A VIOLAÇÃO DO DIREITO A MORADIA COMO HERANÇA DO MUNDIAL DE FUTEBOL 2014 E DOS JOGOS OLÍMPICOS RIO 2016

Cássius Guimarães Chai • Emily Bezerra Puigseck • Denisson Gonçalves Chaves | 84

O DIREITO À TERRA COMO DIREITO HUMANO: A PEC N.º 215/2000 COMO REVÉS À DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL

Rodolfo Perini Gomes | 106

AS DIFICULDADES PARA UMA POLÍTICA MULTICULTURAL NA UNIÃO EUROPÉIA NA CONTEMPORANEIDADE

Sandro Nery Simões | 126

PRINCÍPIO DA DIFERENÇA E IGUALDADE DEMOCRÁTICA: UMA SOBREPOSIÇÃO À CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA POLÍTICA DE RAWLS

Wands Salvador Pessin | 145

CIDADANIA, INTERCULTURALIDADE E DIREITOS HUMANOS

Dirce Nazaré de A. Ferreira | 163

O INFANTICÍDIO INDÍGENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Lya de Oliveira Moura | 173

MUDANÇA DE SEXO E A AUTONOMIA DECISÓRIA DO TRANSEXUAL

Riva Sobrado de Freitas • Kelly Cristina Presotto | 186

A (IM) POSSIBILIDADE DE INSERÇÃO DE TRANSGÊNEROS NO MERCADO DE TRABALHO

Karini da Silva Ramos • Valdeciliana da Silva Ramos Andrade | 205

COMBATE A VIOLÊNCIA DE GÊNERO INTRAFAMILIAR Á LUZ DO PRINCÍPIO DA NÃO VIOLÊNCIA

Ceila Sales de Almeida | 218

PRESENÇA FEMININA NA ALTA GESTÃO DE GRANDES CORPORAÇÕES NO BRASIL: DIREITO SOCIETÁRIO, RELAÇÕES DE GÊNERO E GOVERNANÇA CORPORATIVA

Isaac Gezer Silva de Oliveira | 237

RISCO DE APATRIDIA POR DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO

Isabella Daher Calmon Tavares

Larissa Batista Correa | 252

MULHERES ENCARCERADAS NA PENITENCIÁRIA FEMININA DO PARANÁ: O AGIR DA TEOLOGIA E BIOÉTICA E PASTORAL CARCERÁRIA

Cecília Francisca dos Santos • Waldir Souza | 267

O DIREITO DE PERSONALIDADE EM CONSONÂNCIA COM A ALIENAÇÃO PARENTAL: UMA PERSPECTIVA JURÍDICA SOBRE A FORMAÇÃO DO SUJEITO

Geciane Soares do Nascimento • Valdeciliana da Silva Ramos Andrade | 281

UMA ANÁLISE DO HISTÓRICO DE CONQUISTAS DOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS DOS NEGROS À LUZ DE PAUL RICOEUR

Letícia Poubel Três Henriques | 295

A COLISÃO ENTRE OS DIREITOS DE LIBERDADE E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO CASO DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS

Ronaldo Alves da Silva • Cristina Grobério Pazó | 308

LIMITES DO HUMOR NO AMBIENTE DEMOCRÁTICO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Natália Siqueira Netto dos Santos • Cristina Grobério Pazó • Valdeciliana da Silva Ramos Andrade | 323

ENTRE CRER E SER LIVRE

Bernardo Gois Fraguas • Cristina Grobério Pazó | 338

APRESENTAÇÃO

Esta obra, produzida a partir de trabalhos apresentados no I CONIBDH – Congresso Internacional de Bioética e Direitos Humanos –, realizado na cidade de Vitória, nos dias 28 e 29 de maio de 2015, contém ensaios acerca da temática proposta, produzidos por pesquisadores das mais diversas regiões e com as mais diferentes formações, que se propuseram a debater o tema e submetê-lo ao olhar externo com vistas a fomentar o diálogo e construir uma aproximação entre Bioética e Direitos Humanos, tendo como ponto de partida a Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos da UNESCO, documento que representa um marco na aproximação entre essas duas áreas e que se constitui como referencial para todos que se propõem a pensar os conflitos que se apresentam no cotidiano da vida humana e para os quais são necessárias tomadas de decisão fundamentadas e balizadas por princípios pretensamente universais.

Sem a pretensão de configurar-se como uma obra de homogeneidade e densidade teórica, em razão de sua natureza, resultante de um evento de grande porte que reuniu mais de quinhentas pessoas de distintas visões de mundo e de ciência, os três livros resultantes do I CONIBDH representam uma oportunidade de conhecer a multiplicidade de interesses temáticos e as pessoas que se acham envolvidas em pesquisas ou refletindo sobre questões que se apresentam como relevantes e necessárias de serem enfrentadas na atualidade.

Em razão do grande volume de trabalhos apresentados no evento e submetidos à análise para publicação, optou-se por dividi-los em três livros, que ora apresentamos à leitura, intitulados “Livros do CONIBDH: Bioética”; “Livros do CONIBDH: Direitos Humanos Fundamentais I” e; “Livros do CONIBDH: Direitos Humanos Fundamentais II”. Assim, o que denominamos “Livros do CONIBDH” é o resultado desse esforço coletivo de dar espaço para

que os pesquisadores e interessados no tema se apresentem e possam construir pontes e espaços de aproximação, com vistas ao desenvolvimento de novas investigações, quem sabe de caráter interinstitucional que aglutinem pessoas e temas de forma mais vigorosa.

Registre-se também que o I Congresso Internacional de Bioética e Direitos Humanos reuniu vinte e nove palestrantes do mais alto reconhecimento nacional e estrangeiro como pode ser observado na programação que anexamos à presente apresentação.

O I CONIBDH representou uma oportunidade singular de reunião, num único espaço físico, de reflexões e de discussões que transcenderam a formalidade acadêmica e o dogmatismo, convidando-nos a (re)pensar a Declaração Internacional de Bioética e Direitos Humanos a partir de uma perspectiva transdisciplinar. As cinco Conferências ministradas por renomados pesquisadores – Dr. Volnei Garrafa (PPG-Bioética/UnB); Dra. Susana Vidal (RedBioética/UNESCO); Dra. Rita Laura Segato (PPG-Bioética/UnB); Dr. Miguel Kottow (Universidade do Chile) – contemplaram temas bastante caros à comunidade científica assegurando aos debates suscitados abordagens teóricas qualificadas voltadas para o enfrentamento ético de temas academicamente relevantes como: as reflexões e as críticas que envolvem a Declaração de Bioética e Direitos Humanos da UNESCO; os pilares da UNESCO para Educação no século XXI; o pluralismo jurídico e o pluralismo bioético.

Além disso, as doze Mesas redondas e os cinco Grupos de Trabalho que integraram o evento possibilitaram o compartilhamento de pesquisas, a formulação de novos projetos, a aproximação entre pesquisadores e destes com a sociedade civil, a inquietude intelectual frente às complexidades que se apresentam neste mundo em permanente transformação e desenvolvimento.

Passado um ano após o I CONIBDH ainda colhemos frutos aprazíveis, produto das experiências e das interações proporcionadas pelo evento e, além disso, resultantes da seriedade e do comprometimento de todos os envolvidos.

O debate multidisciplinar travado com a comunidade acadêmica nacional e internacional, profissionais da Saúde, do Direito, e integrantes da Sociedade Civil permitiu a discussão de temas ligados à Bioética, aos Direitos Humanos, à interculturalidade, à vulnerabilidade, à exclusão social, à equidade, à universalidade no atendimento à saúde, ao bem-estar social e à responsabilidade social, dentre outros, propiciando o desenvolvimento de estudos acadêmicos que contribuam para novos enfoques, teses e discussões sobre as questões que envolvam a temática do evento em seus mais variados campos de aplicação, especialmente voltadas para os acontecimentos recentes da sociedade nacional e internacional e sua repercussão frente aos princípios enunciados na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO.

Merece destaque nesta apresentação que o evento, que teve como produto estes três livros, contou com o apoio inestimável do prof. Volnei Garrafa, professor da Universidade de Brasília (UnB) que contribuiu de forma vigorosa em todas as etapas da organização e em especial na programação e aproximação entre palestrantes e comissão organizadora do evento.

Cinco mestrandos tiveram atuação ativa e vital na concepção, na organização, na realização do evento e na preparação do que chamamos “Livros do Conibdh” e, nesse sentido, dedico a eles este trabalho, que é fruto do esforço, do ânimo, da competência, da dedicação, da coragem e da alegria com que se envolveram em todas as atividades tanto nas preparatórias quanto nas posteriores.

Cada pessoa que se envolveu na organização e execução do evento, em especial os funcionários da FDV, que foram incansáveis na busca da perfeição, têm parte neste livro, no qual, apenas por exigências de editoria, encontro-me na condição de coordenadora.

Profa. Dra. Elda Coelho de Azevedo Bussinguer

Presidente do I Congresso Internacional de Bioética e Direitos Humanos da Unesco (I CONIBDH). Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (PPGD-FDV).

DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA NO BRASIL E NO ESPÍRITO SANTO: PRINCIPAIS AVANÇOS E PERSPECTIVAS

MARYELLE DE ABREU LACERDA ¹
ALCEMI ALMEIDA DE BARROS ²

RESUMO

A partir da inclusão do Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA) no rol dos direitos sociais da Constituição Federal de 1988, notou-se que, para que seja efetivada a Segurança Alimentar e Nutricional (SAN), é indispensável a estruturação de um sistema que vise proporcionar avanços ao país. O objetivo do presente trabalho é descrever o DHAA no Brasil, bem como os principais mecanismos e marcos legais que efetivam sua garantia. Para a pesquisa, optou-se por artigos publicados entre 2003 e 2014, disponíveis nas bases de dados: Biblioteca Virtual em Saúde (BVS) - Literatura Latino-Americana e do Caribe em Ciências da Saúde (LILACS), Scientific Electronic Library Online (SCIELO), Google Acadêmico (Scholar Google), com os seguintes descritores: "Direitos Humanos", "Direito Humano à Alimentação Adequada", "Segurança Alimentar e Nutricional", "Políticas Públicas"; além de publicações governamentais e/ou institucionais que abrangessem o tema, bem como informações prestadas pela CAISAN-ES. Inicialmente, é descrita a evolução histórica do DHAA no Brasil, bem como os principais marcos legais sobre o tema. O país elaborou políticas que reduziram efetivamente a pobreza e a fome, resultado de instituições coordenadas e processo participativo. O Brasil reduziu a insegurança alimentar, a mortalidade infantil, a desigualdade social e a desnutrição infantil. Já o estado do Espírito Santo reduziu a situação de insegurança alimentar, demonstrando os avanços de SAN. Dos 78 municípios, 8 já aderiram ao SISAN; sendo auxiliados pela CAISAN-ES e pelo CONSEA-ES na elaboração dos planos municipais de SAN. Nota-se que a participação da sociedade civil na construção das políticas públicas é fundamental, devendo ser esta parceira do Poder Público. Tal participação vem se mostrando favorável, proporcionando avanços; no entanto, ainda há muito a ser realizado, para que seja alcançada a plena Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional.

Palavras-chave: Direito Humano à Alimentação Adequada. Segurança Alimentar e Nutricional. Políticas Públicas.

INTRODUÇÃO

A alimentação é considerada um dos requisitos para alcançar a dignidade humana, sendo citada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, convencionada em 1948, além de ter importância vital na realização de outros direitos também previstos nesta declaração. Assim, por estar diretamente relacionada à justiça social, a garantia do direito à alimentação deve ocorrer através da adoção políticas que apresentam como principais objetivos a erradicação

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim; Graduanda em Nutrição pela Universidade Federal do Espírito Santo, campus Alegre. E-mail: maryelleabreu@hotmail.com

² Professor de Nutrição da Universidade Federal do Espírito Santo, campus Alegre. E-mail: alcemi.barros@yahoo.com.br

da pobreza e a realização dos direitos humanos para toda a população (FERREIRA, 2010; FONTELES, 2012).

Por meio da Emenda Constitucional de nº 64 (BRASIL, 2010), a alimentação passou a ingressar o rol dos Direitos Sociais da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tornando-se uma garantia fundamental assegurada à população brasileira. A positivação do Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA) forneceu amparo para a criação de políticas de Segurança Alimentar e Nutricional (SAN), que visassem à adequação da alimentação.

A proposta de inserção foi realizada pelo Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA), órgão criado em 1993 e reativado em 2003, que atua na construção de políticas públicas de SAN. Um dos marcos alcançados pelo CONSEA foi a Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional (LOSAN), que preconiza a criação do Sistema de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN), envolvendo ações de produção sustentável de alimentos. Essas ações incluem políticas de ampliação do acesso a alimentos por parte da população, além do incentivo ao desenvolvimento de práticas saudáveis, através de políticas nutricionais e culturalmente adequadas, bem como sustentáveis econômica, social e ambientalmente (BRASIL, 2006; ROCHA et al., 2012).

Considerando que o DHAA deve ser garantido a todos, é necessária a construção de políticas com eficácia e eficiência, visto que SAN, como preceito básico que é, compreende o acesso diário a alimentos suficientes para suprir às necessidades nutricionais básicas e manter a saúde, de forma sustentável social, econômica e ambientalmente, sem prejuízo de outras necessidades (BELIK, 2003; BRASIL, 2006).

Para tanto, vale salientar que é imprescindível o envolvimento do poder público e da sociedade civil organizada, desde a formulação até o controle das políticas implantadas (BRASIL, 2006), buscando amenizar desigualdades socioeconômicas, tanto pela garantia do DHAA quanto da SAN.

Portanto, o objetivo geral do presente artigo é descrever o DHAA no Brasil, bem como os principais mecanismos e marcos legais que efetivam sua garantia, sendo apresentado também o panorama geral da efetivação deste direito no estado do Espírito Santo.

DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA E SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, diferenciando-se das constituições anteriores, traz um capítulo próprio para os Direitos Sociais. Estes direitos surgiram

no Direito brasileiro na Constituição de 1934, perpetuando-se até a atual Carta Magna. De acordo com o doutrinador José Afonso da Silva (2013), direitos sociais são prestações previstas na Constituição Federal, providas pelo Estado, visando proporcionar melhores condições de vida aos mais fracos, de forma direta ou indireta. São “direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais” (SILVA, 2013, p. 288).

O reconhecimento da alimentação como direito social só foi realizado a partir da inserção desta no rol dos Direitos Sociais pela Emenda Constitucional de nº 64 (BRASIL, 2010), em 5 de fevereiro de 2010, proveniente do projeto de emenda constitucional (PEC) 047, proposto em 30 de abril de 2003. A nova redação do art. 6º da CRFB equipara a alimentação aos demais direitos já garantidos, e, portanto, está diretamente relacionada com o direito à igualdade, como se pode notar no texto do supracitado artigo:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988, art. 6º).

O Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA) está diretamente ligado à dignidade da pessoa humana e à justiça social, assim como a outros direitos humanos, sendo indispensável para a realização destes. O vínculo existente entre estes direitos é regido pelos princípios da indivisibilidade e interdependência, ou seja, um direito não é plenamente efetivado se não houver garantia de outros direitos (ABRANDH, 2009). Os direitos sociais, por serem uma das dimensões dos direitos fundamentais, propiciam a criação de condições materiais apropriadas para a obtenção da igualdade real, possibilitando também condições sociais mais compatíveis com o exercício da liberdade (SILVA, 2013).

Visando a garantia do DHAA, torna-se imprescindível o conhecimento do conceito de Segurança Alimentar e Nutricional (SAN). Por SAN entende-se:

a realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras da saúde, que respeitem a diversidade cultural e que sejam social, econômica e ambientalmente sustentáveis (BRASIL, 2006, art. 3º).

Tal conceito é resultado de uma construção histórica, que ocorre desde a Segunda Guerra Mundial, em decorrência da vasta devastação na Europa, gerada pelo conflito, tornando a produção de alimentos inviável.

Com relação à SAN, três fatores principais devem ser analisados: quantidade, qualidade e regularidade no acesso aos alimentos (BELIK, 2003). Por se tratarem de constituintes do conceito de DHAA, o Estado deverá usar todas as ferramentas disponíveis para cumprir a legislação sobre este direito, tais como a aplicação e utilização de recursos públicos e do poder de polícia para garantir o interesse público (ABRANDH, 2009).

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DE SAN NO BRASIL E PRINCIPAIS MARCOS LEGAIS

A alimentação e a nutrição receberam destaque no cenário nacional a partir da década de 1980. Em 1985, o Ministério da Agricultura elaborou uma proposta de Política Nacional de Segurança Alimentar, prevendo a criação do Conselho Nacional de Segurança Alimentar. Sua composição se daria por ministros de Estado e representantes da sociedade civil, sendo que seria dirigido pelo Presidente da República (LISBOA, 2013).

Em 1986, o Instituto Nacional de Alimentação e Nutrição (INAN) promoveu a I Conferência Nacional de Alimentação e Nutrição, sendo esta originada na VIII Conferência Nacional de Saúde. Na ocasião foi proposta a criação de um Sistema Nacional de Segurança Alimentar e retomada a proposta do Conselho Nacional de Alimentação e Nutrição (COSTA, PASQUAL, 2006; LISBOA, 2013).

Pode ser citado como outro importante marco para o campo da Segurança Alimentar e Nutricional a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988; que apresenta alguns dispositivos que protegem o DHAA, tais como o art. 7º, em seu inciso IV, que garante proteção à alimentação como forma de composição do salário mínimo. Já o art. 23, inciso VIII, dispõe a competência de União, Estados, Distrito Federal e Municípios na organização do abastecimento alimentar e na fomentação da produção agropecuária. Ainda, no art. 200 da CRFB, o inciso VI prevê a competência e atribuição ao Sistema Único de Saúde (SUS) para fiscalizar e inspecionar alimentos, bebidas e águas para consumo humano, além de controlar o teor nutricional dos mesmos (LISBOA, 2013).

Em 1992, foi ratificado no Brasil o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), constituindo um avanço normativo e a reafirmação do dever do Estado de garantir o DHAA. Além disso, o compromisso assumido nos âmbitos nacional e internacional proporcionou avanços na realização deste e de outros direitos (ALBUQUERQUE, 2009).

No ano de 1993, na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, o DHAA foi equiparado aos demais direitos humanos previstos na Carta de Direitos Humanos de 1948. Foi um evento basilar no compromisso internacional de garantir o DHAA, além de colocar o Estado como provedor e responsável pelo bem estar da população (BELIK, 2003).

Ainda neste ano, 32 milhões de brasileiros viviam em condições de indigência, segundo o Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA), no momento da divulgação dos Mapas da Fome I, II e III. Por pressão da população, em parceria com a Ação da Cidadania Contra a Fome, a Miséria e pela Vida, o governo federal elaborou dois instrumentos para auxiliar na construção de uma Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional: o Plano de Combate à Fome e à Miséria e o Conselho Nacional de Segurança Alimentar (CONSEA) (COSTA; PASQUAL, 2006).

Assim, o CONSEA foi criado, como forma de buscar soluções para o problema da fome e da miséria no país. No ano de 1994, o conselho realizou a I Conferência Nacional de Segurança Alimentar, onde ocorreu a realização da proposta de Política Nacional de Segurança Alimentar (LISBOA, 2013).

Em 1995, o CONSEA foi extinto, no governo do então presidente Fernando Henrique Cardoso, e instituída a estratégia Comunidade Solidária, sendo esta composta por uma secretaria executiva e um conselho, constituída por diferentes ministérios e organizações sociais, assim como o conselho extinto. Embora a abordagem escolhida previsse a realização de “rodadas de interlocução” – conduzidas por um comitê de SAN e técnicos de governo, com a sociedade civil –, não havia instituição formal das mesmas (BURLANDY, 2009).

A partir do ano de 1998, o Fórum Brasileiro incentivou a criação de CONSEAs estaduais, naqueles que se mostraram receptivos à proposta (COSTA, PASQUAL, 2006).

Posteriormente, o Conselho Nacional de Saúde aprovou a Política Nacional de Alimentação e Nutrição (PNAN), em 1999. Os principais focos da PNAN consistiam na produção e no acesso a uma alimentação de qualidade; controle de qualidade dos alimentos; promoção de hábitos alimentares e estilos de vida saudável; a implantação de programas de alimentação e nutrição específicos para cada população, principalmente para grupos populacionais nutricionalmente vulneráveis; ações fundamentadas na promoção do DHAA e a necessidade de criação de uma política abrangente de Segurança Alimentar e Nutricional (LISBOA, 2013).

Em março de 2004, a II CNSAN foi realizada, e contou com a participação de, aproximadamente, mil delegados indicados pelas Conferências Estaduais e 300 convidados. Dentre as propostas prioritárias aprovadas nessa conferência, destaca-se a elaboração da Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional (LOSAN) e a instituição de um Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN). A proposta abrangia a gestão participativa e realização de Conferências a cada dois anos, assim como a garantia de um orçamento próprio, com fundo específico (TAKAGI, 2006). Além disso, foram propostas avaliações de ações e experiências e diretrizes para o Plano Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (BURLANDY, 2009; LISBOA, 2013).

Nesta mesma época, o CONSEA foi reativado, pelo então Presidente da República Luis Inácio Lula da Silva, ampliando o debate sobre Segurança Alimentar e Nutricional. Em 2006, a LOSAN (Lei 11.346/06) foi promulgada, constituindo uma visão intersetorial e abrangente para a implantação de medidas de SAN, considerando a perspectiva da exigibilidade dos direitos humanos (LEÃO; MALUF, 2012; LEÃO, 2013).

No ano de 2007, aconteceu a III CNSAN, que criou o SISAN, visando alcançar a tão esperada segurança alimentar e nutricional. Em 2009, o projeto “Fome Zero” foi lançado pelo governo federal, delineando quatro eixos de articulação: acesso aos alimentos, fortalecimento da agricultura familiar, geração de renda e articulação, mobilização e controle social; assegurando o direito humano à alimentação adequada (LISBOA, 2013).

Em 2010, ocorreu a promulgação do Decreto nº 7.272, que regulamenta a LOSAN e institui a Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (PNSAN), concretizando o SISAN e possibilitando a institucionalização desta política. O decreto realiza a estruturação do sistema, tendo em vista que regulamenta os aspectos de gestão da LOSAN e aponta o caminho a ser trilhado na construção da política (LEÃO, 2013).

A partir da política, institui-se o Plano de Segurança Alimentar e Nutricional (PLANSAN). O primeiro PLANSAN foi lançado em 2011, prevendo ações que compreendem a produção e o abastecimento alimentar para famílias hipossuficientes, com execução prevista entre os anos de 2012 e 2015. Neste plano, algumas medidas são abordadas quanto à execução, dentre as quais: o Programa de Aquisição de Alimentos (PAA), a construção de cisternas comunitárias e a ampliação dos equipamentos públicos de alimentação e nutrição (PINTO, 2014).

A legislação relativa ao direito à alimentação no país, principalmente a partir de 2003, melhorou consideravelmente, e podem ser citados como exemplo: a LOSAN, a nova lei sobre Alimentação Escolar (Lei nº 11.947) e o Programa de Aquisição de Alimentos da Agricultura Familiar (PAA) (ABRANDH, 2009). Além destas, convém destacar: Lei Orgânica da Saúde, Lei Orgânica da Assistência Social, Política Nacional de Alimentação e Nutrição (PNAN), Lei da Renda Básica de Cidadania, Lei da Agricultura Familiar, Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável de Povos e Comunidades Tradicionais, Lei da Alimentação Escolar.

AVANÇOS NA GARANTIA DO DHAA

Devido à participação progressiva da sociedade civil nos processos de planejamento, execução e avaliação das políticas de SAN, cada vez mais o Estado tem rompido o ciclo intergeracional da miséria, ponderando gradativamente os índices de pobreza e de extrema pobreza

constatados nos últimos anos. Atualmente, apesar dos diversos avanços, ainda existem famílias em situação de insegurança alimentar e nutricional, quadro agravado por ser esta um fenômeno complexo e multidimensional. Ainda, o Estado deve se adaptar às transformações demográficas, econômicas e institucionais que ocorrerão nos próximos anos, visto que alguns desafios de gestão das políticas de SAN podem ser caracterizados por essas transformações (PINTO, 2014).

O CENÁRIO NO BRASIL

É importante salientar o papel fundamental dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na efetivação do DHAA. A participação das diferentes esferas de governo é indispensável para a completa compreensão e efetivação do SISAN.

Conforme dados do CONSEA, gradativamente, o número de entes federativos que estão institucionalizando é considerável. Todos os Estados e o Distrito Federal têm um CONSEA Estadual, sendo que a maioria dos cargos de presidente está preenchida com representantes da sociedade civil (ABRANDH, 2009).

Em relação aos municípios, a complexidade é ainda maior, pois são 5.564 municípios no Brasil. Segundo o MAPASAN (BRASIL, 2014a), cerca de 1.934 municípios estão habilitados para participar deste mapeamento. Isto é, 29,6% dos municípios se voluntariaram para informar se o município realiza conferências de SAN, se tem CAISAN e CONSEA, se há políticas de SAN a serem implementadas, etc.

Segundo a CAISAN, os gastos públicos com políticas sociais perfizeram o total de 16,9% do PIB em 2012, sendo o dobro do valor de 2002. Em 2013, o orçamento do Governo Federal para as políticas de SAN totalizou R\$ 77 bilhões. Dentre os programas criados pelo governo nos últimos anos, podem ser citados programas de promoção da alimentação saudável e prevenção do excesso de peso, bem como apoio à agricultura familiar e populações tradicionais (ONU, 2014).

Com relação ao combate à pobreza e à desigualdade, os avanços alcançados são impressionantes. Entre os anos de 2002 e 2012, a pobreza reduziu de 24,68% para 8,5% e a extrema pobreza reduziu de 9,79% para 3,56%. Esses avanços de redução da pobreza são notados inclusive através do cumprimento dos Objetivos do Milênio, seja a meta global ou a nacional; sendo esta última mais rigorosa, tendo em vista que visava reduzir a extrema pobreza a um quarto daquela existente no ano de 1990, enquanto a meta global visava a redução à metade (ONU, 2014).

Entre os anos de 2004 a 2009, no país, a prevalência da insegurança alimentar grave foi de 6,9% para 5% dos domicílios brasileiros e a insegurança moderada diminuiu de 9,9% para 6,5%, o que consiste em uma redução de 1,4% e 3,4%, respectivamente. Notou-se maior

redução da insegurança moderada ou grave entre os domicílios de mais baixos rendimentos. A prevalência de insegurança alimentar, principalmente a grave, diminuiu no país, mas ainda existem diferenças regionais, racial, de renda e entre domicílios rurais e urbanos (ONU, 2014).

Além disso, há uma demonstração clara da transição nutricional no Brasil, demonstrada pela redução na prevalência da desnutrição, através da redução no déficit estatural e ponderal, e o aumento do sobrepeso e da obesidade na população (ONU, 2014).

O atual modelo de produção, comercialização e consumo de alimentos, bem como instrumentos da regulação deste modelo, não é capaz de assegurar o DHAA a toda a população mundial. Mesmo com o aumento significativo da produção de alimentos no mundo, vive-se a situação de não ter a fome erradicada do mundo, fato este inaceitável, além da população sofrer com os impactos socioambientais e de saúde desse modelo hegemônico de produção e de consumo (BRASIL, 2011). O fato de o Brasil ter sido retirado, este ano, do Mapa da Fome da FAO consiste em um avanço significativo para o campo da SAN, além de ser uma demonstração da maior efetividade do DHAA no país.

O Brasil cumpriu e ultrapassou o Objetivo do Milênio que versava sobre a redução da fome, devido à redução progressiva e expressiva da desnutrição infantil. A prevalência da desnutrição aguda (peso abaixo do esperado para a idade) em crianças menores de cinco anos diminuiu de 4,2% para 1,8% entre 1996 e 2006 (ONU, 2014).

Outro indicador que vem demonstrando os avanços no Brasil quanto ao acesso aos serviços de saúde e à alimentação adequada, com melhora progressiva nos últimos dez anos, é a taxa de mortalidade infantil. Essa taxa consiste no número de óbitos para cada mil nascidos menores de 1 ano de idade. Assim como em outros aspectos, o Brasil cumpriu a meta prevista nos Objetivos do Milênio, com quatro anos de antecipação, reduzindo a mortalidade infantil em dois terços, com relação à taxa apresentada no ano de 1990. Entre 2001 e 2011, a mortalidade diminuiu de 26,1 para 15,3, respectivamente, passando o Brasil da faixa “média” (20 a 49 óbitos por mil nascidos) para a faixa “baixa” (menos de 20). Essa redução ocorreu em todas as regiões do país, com destaque para a redução apresentada na Região Nordeste (6,6% ao ano em média) (ONU, 2014).

Porém, algumas populações vulneráveis, como os indígenas, ainda não alcançaram tais avanços na saúde e na nutrição materno infantil. Na população indígena, a taxa de mortalidade infantil está elevada se comparada à taxa nacional, mesmo com uma redução de 56,1% no período que compreende os anos de 2000 a 2009 (ONU, 2014).

Diante deste cenário, destaca-se que as desigualdades ainda persistem. Assim, um instrumento, dentre tantos outros, é indispensável para analisar as inter-relações entre as dimensões de SAN e os diversos âmbitos de aplicação: o Sistema de Monitoramento de SAN. Tal sistema,

resultado da participação de diversos atores da sociedade civil, governo e vários setores, promove a efetividade do DHAA, bem como uma compreensão intersetorial de SAN (ONU, 2014).

O CENÁRIO NO ESPÍRITO SANTO

O estado do Espírito Santo possui uma lei orgânica própria que versa sobre o DHAA e a SAN (LOSAN-ES), prevista na Lei complementar nº 609 de 08 de dezembro de 2011, apresentando redação semelhante à LOSAN Nacional.

De acordo com dados do Ministério de Desenvolvimento Social e Combate à Fome, o Espírito Santo apresentou algumas alterações nos percentuais de segurança e insegurança alimentar e nutricional, entre os anos de 2004 e 2009. Nesse período, o percentual de domicílios em situação de segurança alimentar e nutricional passou de 71,74% para 72,20%, demonstrando um aumento de 0,46%. Já o percentual de domicílios em insegurança moderada diminuiu de 8,67% para 5,03%. Quanto aos domicílios em insegurança alimentar e nutricional grave, neste mesmo período, o percentual diminuiu 0,43%. Diferindo dos demais segmentos analisados, nesse mesmo período, o percentual de insegurança alimentar e nutricional leve aumentou de 15,33% para 18,93%, representando aumento de 3,6% (BRASIL, 2014b).

Segundo o MAPASAN 2014 (BRASIL, 2014c), 34 (94,4%) dos 36 municípios participantes finalizaram o preenchimento do mapeamento até outubro de 2014.

O CONSEA-ES, lócus estratégico para a discussão, implementação e monitoramento das políticas de SAN, foi instituído pelo Decreto nº 1141-S, de 29 de maio de 2003, com o objetivo de institucionalizar o SISAN no Espírito Santo. Para Siqueira et al. (2011), a atuação do conselho encontra-se um pouco incipiente. Tal conclusão foi alcançada por meio da análise de atas de reuniões do plenário. Constatou-se que a natureza das deliberações do plenário eram, em sua maioria de informes e sobre a organização da estrutura e dinâmica do Conselho; sendo deliberadas em menor escala medidas de monitoramento, proposição e ações de SAN.

Além dos aspectos constatados acima, outro fator que afeta a atuação do CONSEA-ES é a irregularidade no número de assembleias e o elevado número de faltas dos conselheiros. Esse fator, associado à desproporção de deliberações, pode fragilizar o desempenho do conselho, tendo em vista que o esvaziamento das reuniões deve-se à sobrecarga de discussões sobre organização e informes. Em contrapartida, o elevado número de faltas gera descontinuidade das discussões, impedindo o avanço de deliberações de proposição de medidas de SAN (SIQUEIRA et al., 2011).

A renovação da gestão do CONSEA-ES trouxe grandes avanços para a política de SAN, podendo ser notado pelas conquistas obtidas recentemente, como a adesão ao SISAN Nacional

e a implementação da CAISAN-ES, fruto de lutas e reivindicações do conselho junto ao poder público. Além destas conquistas, a nova gestão de conselheiros deu continuidade às discussões existentes no campo da alimentação escolar, com a realização de mais seminários por todo o estado (atualmente um total de quatro seminários já foram realizados e mais um previsto para o início de 2015) CONFERIR, bem como a organicidade da atuação do CONSEA-ES, a partir da implementação das Câmaras Permanentes (CPs).

Outro aspecto que merece destaque é a atuação das entidades/organizações da sociedade civil junto ao Fórum de Segurança Alimentar e Nutricional do Espírito Santo (FOSAN-ES); fórum este que faz o processo de indicações das entidades da sociedade civil que compõem o CONSEA-ES.

Como já foi citado anteriormente, um dos avanços recentes no Espírito Santo foi a instituição da CAISAN-ES. Segundo informações prestadas pela secretária executiva da CAISAN-ES, Marilene Cristo, o órgão foi instituído em dezembro de 2012 e, em outubro de 2013, ocorreu a nomeação de uma pessoa para coordenar o mesmo. O próximo objetivo a ser alcançado pela Câmara é a elaboração do primeiro Plano Estadual de Segurança Alimentar e Nutricional, que, em trabalho conjunto com o CONSEA-ES, já está em curso.

Até o final do ano de 2014, 08 municípios do estado já tinham aderido ao SISAN e estavam trabalhando na construção de seus planos e políticas de SAN, juntamente com a CAISAN-ES e CONSEA-ES. A listagem dos Municípios que aderiram ao SISAN encontra-se no QUADRO 1.

MUNICÍPIOS QUE ADERIRAM AO SISAN NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO		
INSTITUIRAM A POLÍTICA	MUNICÍPIOS QUE ENVIARAM A DOCUMENTAÇÃO DE ADESÃO AO SISAN	MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE, MAS NÃO ENVIARAM DOCUMENTAÇÃO
1- Baixo Guandu 2- Cachoeiro de Itapemirim 3- Cariacica 4- Linhares 5- Nova Venécia 6- Santa Maria de Jetibá 7- São José do Calçado 8- Vitória	1- Aracruz 2- Colatina 3- Guaçuí 4- Montanha 5- Pinheiros 6- Vargem Alta	1- Barra de São Francisco 2- Bom Jesus do Norte 3- Domingos Martins 4- Iúna 5- Marilândia, 6- Muniz Freire 7- Santa Teresa 8- São Domingos do Norte 9- Viana

Quadro 1: Listagem do Municípios que aderiram ao SISAN no estado do Espírito Santo-ES no ano de 2014.

DESAFIOS E PERSPECTIVAS DA SAN NO BRASIL

Através do cenário atual, pode ser constatado que os principais desafios para a promoção dos DHAA são: a desinformação sobre direitos e a sua exigibilidade; falta de proximidade com a linguagem e prática de direitos humanos pelas entidades da sociedade civil; a descrença nas instituições e instrumentos de proteção de direitos humanos; falta de informação das instituições, assim como de seus agentes, sobre as obrigações na prática dos Direitos Humanos; falta de garantia de acesso aos serviços e às instituições públicas; falta de planejamento, coerência e articulação entre as políticas de Direitos Humanos e Segurança Alimentar e Nutricional; bem como a falta de instrumentos eficazes de exigibilidade de Direitos Humanos (LISBOA, 2013). Principalmente no âmbito municipal, ocorre uma associação de todos estes desafios com a demora na propositura de fortalecimento e organização da sociedade (TAKAGI, 2006).

Vale ainda destacar que são imprescindíveis avanços imediatos na concretização do direito à terra, por meio dos programas de reforma agrária, reconhecendo a função social da propriedade, pelos aspectos trabalhista, sociocultural, econômica e ambiental; além de avanços na garantia dos direitos territoriais e patrimoniais e no acesso à terra e recursos naturais para os povos indígenas, quilombolas e demais povos e comunidades tradicionais, como requisito essencial para a garantia da soberania alimentar e realização do DHAA (BRASIL, 2011).

Além disso, a estruturação e priorização de sistemas de produção sustentáveis são essenciais para que haja o fortalecimento da autonomia da agricultura familiar, povos indígenas e outros povos e comunidades tradicionais, além de garantir o acesso à água com qualidade e em quantidade suficiente; reconhecendo o papel estratégico dessas populações na conservação e no uso sustentável da agrobiodiversidade (BRASIL, 2011).

De acordo com a FAO (ONU, 2014), os desafios constatados pela análise de diversos indicadores já são objeto de discussão no âmbito do CONSEA e da CAISAN, demonstrando que o monitoramento realizado pelo SISAN está cumprindo os objetivos propostos pelo mesmo. No entanto, não serão fáceis de enfrentar, tendo em vista que estão ligados aos alicerces do país, devido a um histórico de desigualdade e desequilíbrio do sistema alimentar, além de um sistema econômico que privilegia o mercado e o descaso ao meio ambiente. Assim, a vulnerabilidade dos povos tradicionais e das tendências prejudiciais nos hábitos alimentares, o controle do uso de agrotóxicos, a instituição de políticas de abastecimento que visem a SAN demandarão negociação de forma participativa, social e intersetorial, e vontade política.

Deste modo, pode-se constatar que os esforços realizados para garantia do DHAA geraram avanços expressivos; contudo, a insegurança alimentar ainda está fortemente presente

no Brasil. Para que o Estado execute plenamente suas obrigações, uma série de mudanças deve ocorrer na aplicação dos Direitos Humanos no país (LISBOA, 2013).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se constatar que o Direito Humano à Alimentação Adequada e a Segurança Alimentar e Nutricional são temas de vital importância, e, portanto, devem ser objetos constantes de estudo. Através da análise realizada neste trabalho, nota-se que o Brasil passou por avanços no que se refere à diminuição das desigualdades, inclusive sociais. Porém, o país ainda apresenta situações frequentes de insegurança alimentar, prejudicando o desenvolvimento em diversos aspectos.

A criação de políticas públicas é de fundamental importância para a garantia do DHAA e da SAN, nas esferas municipal, estadual e federal. Para tanto, é indispensável a integração dos diversos atores sociais na aplicação de programas que atentem para a adequação alimentar da população brasileira, bem como a disseminação do conhecimento acerca de SAN e DHAA, com vistas a plena implantação e efetivação destas políticas. Em muitos estados, como no Espírito Santo, faz-se necessária a imediata discussão, elaboração e implementação de Planos de SAN.

Por fim, a participação da sociedade civil é primordial para a construção de políticas públicas, viabilizando, em parceria com os governos nos diversos âmbitos, a proposta, alteração, implementação e acompanhamento destas políticas. Tal participação vem se mostrando favorável, proporcionando avanços; no entanto, ainda há muito que ser realizado para que seja alcançada a plena Segurança Alimentar e Nutricional, sendo os Conselhos de SAN espaços estratégicos para a garantia da efetivação do DHAA.

REFERÊNCIAS

ABRANDH. **Avanços e desafios da implementação do direito humano à alimentação adequada no Brasil**: Relatório Técnico. Brasília, Rio de Janeiro: ABRANDH; CERESAN; CONSEA; FAO-RLC/ ALCSH, 2009.

ALBUQUERQUE, M. de F. M. de. A segurança alimentar e nutricional e o uso da abordagem de direitos humanos no desenho das políticas públicas para combater a fome e a pobreza. **Rev. Nutr. [online]**, vol.22, n.6, pp. 895-903, 2009. ISSN 1415-5273.

BELIK, W. Perspectivas para segurança alimentar e nutricional no Brasil. **Revista Saúde e Sociedade**, São Paulo, v.12, n.1, p.12-20, jan.- jun, 2003.

BRASIL. Conferência Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CNSAN). **Relatório final da 4ª conferência nacional de segurança alimentar e nutricional**. Salvador, 2011.

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

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 64, de 4 de fevereiro de 2010**. Altera o art. 6º da Constituição Federal, para introduzir a alimentação como direito social. Diário Oficial da União, 4 fev. 2010.

BRASIL. **Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006**. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. SISAN com vistas em assegurar o direito Humano à alimentação adequada e dá outras providências. Diário Oficial da União, 16 set. 2006.

BRASIL. Ministério de Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Mapeamento SAN nos municípios**: relatório de resultados. Brasília/DF: SESAN, CGSIS, DEISP, 2014a.

BRASIL. Ministério de Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Relatório de informações segurança alimentar e nutricional**. Disponível em: <[http://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/RIV3/geral/relatorio.php#Acesso à Alimentação Adequada](http://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/RIV3/geral/relatorio.php#Acesso%20%C3%A0%20Alimenta%C3%A7%C3%A3o%20Adequada)>. Acesso em: 20 out. 2014b.

BURLANDY, L. A construção da política de segurança alimentar e nutricional no Brasil: estratégias e desafios para a promoção da intersectorialidade no âmbito federal de governo. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 14, n. 3, p. 851-860, 2009.

COSTA, C.; PASQUAL, M. Participação e Políticas Públicas na Segurança Alimentar e Nutricional no Brasil. In: ALBUQUERQUE, M. do C. (Org.). **Participação popular nas políticas públicas**: espaço de construção da democracia brasileira. São Paulo: Instituto Pólis, 2006. p. 97-108.

FERREIRA, M. G. **Direito humano à alimentação adequada**. Brasília, 2010. 53 f. Monografia (Especialização em Política e Representação Parlamentar) – Câmara dos Deputados, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor).

FONTELES, N. **Em defesa do direito à alimentação adequada**. Centro de Documentação e Informação, Coordenação Edições Câmara: Brasília, 2012.

LEÃO, M. **O direito humano à alimentação adequada e o sistema nacional de segurança alimentar e nutricional**. Brasília: ABRANDH, 2013. ISBN 978-85-63364-06-7

LEÃO, M.; MALUF, R. S. **A construção social de um sistema público de segurança alimentar e nutricional**. Brasília: ABRANDH, 2012.

LISBOA, R. C. Direito Humano à Alimentação Adequada. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva 2**, n. 21, 2013. ISSN 1678 8729, 2013.

ONU. FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION. **O estado da segurança alimentar e nutricional no Brasil**: um relatório multidimensional. Relatório 2014. Brasília: FAO, 2014.

PINTO, H. S. **A segurança alimentar e nutricional no Brasil (Parte 1)**: A Modernização do Estado e os Avanços na Superação da Fome (Texto para Discussão nº 150). Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, 2014. Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 06 out. 2014.

ROCHA, N. C.; DORIA, N. G.; BOIA, J. M.; BÓGUS, C. M. Organização e dinâmica do Conselho Municipal de Segurança Alimentar e Nutricional de São Paulo: implicações para a sua atuação na construção da política municipal de Segurança Alimentar e Nutricional. **Revista de Nutrição**, Campinas, v. 25, n. 1, p. 133-146, jan./fev., 2012.

SIQUEIRA, R. L. de; FONSECA, D. de A.; VIANA, M. N.; JUNQUEIRA, T. da S.; RBEIRO, R. de C. L.; COTTA, R. M. M. Conselho de Segurança Alimentar e Nutricional: análise do controle social sobre a Política Estadual de Segurança Alimentar e Nutricional no Estado do Espírito Santo. **Saúde Soc.** São Paulo, v.20, n.2, p.470-482, 2011.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

TAKAGI, M. **A implantação da Política de Segurança Alimentar e Nutricional no Brasil**: seus limites e desafios. Campinas, 2006. 214 f. Tese (Doutorado em Economia Aplicada) – Universidade Estadual de Campinas (Unicamp) – Instituto de Economia.

O DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA EM UMA ÓTICA REGIONALIZADA: UMA REFLEXÃO SOBRE A UNIVERSALIZAÇÃO DA ALIMENTAÇÃO A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA DA BIOÉTICA

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL¹

RESUMO

O objeto do presente estudo reside na análise da juridificação do Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA) no ordenamento jurídico nacional, em especial devido ao fortalecimento da temática, alçada à condição de política pública, a partir do ano de 2003, com a reconstrução do conceito de Segurança Alimentar e Nutricional (SAN), reclamando maior atenção à promoção de tal direito, em especial no contingente populacional em situação de vulnerabilidade social (insegurança alimentar e nutricional), com vistas a reduzir os alarmantes índices até então existentes. A discussão existente em torno da alimentação, na condição de direito fundamental, atingiu seu ápice com a Emenda Constitucional nº 64/2010, alterando a redação do artigo 6º da Constituição Federal de 1988, incluindo-a como direito. Inicialmente, a universalização do DHAA traduz-se em assegurar o respeito, a proteção, a promoção e o provimento, desse direito a todos os seres humanos, independente de sexo e orientação sexual, idade, origem étnica, cor da pele, religião, opção política, ideologia ou qualquer outra característica pessoal ou social. Acresça-se que fartas são as evidências de que tal universalização é uma árdua tarefa que incumbe aos Estados e governos de alguns países. Ainda que existam ganhos importantes na órbita internacional, quanto à inclusão do tema na agenda social e política, e conquistas normativas e judiciais, subsiste um caminho longo a ser trilhado. Em uma perspectiva mais restrita, o estado do Espírito Santo apresenta índices expressivos de segurança alimentar e nutricional. Porém, ao examinar a temática em uma perspectiva regionalizada, percebe-se que a promoção da SAN e do DHAA é um desafio, em especial devido ao número elevado de indivíduos em vulnerabilidade social (insegurança alimentar). Nesta esteira, ao se valer dos fundamentos alicerçantes da Bioética, o presente visa promover um exame dos esforços envidados na região sul capixaba no que se refere ao DHAA.

Palavras-chaves: Segurança Alimentar e Nutricional. Direito Humano à Alimentação Adequada. Dignidade da Pessoa Humana.

INTRODUÇÃO

Com o findar da Segunda Grande Guerra Mundial, especialmente com a queda do regime nazista, verificou-se um alinhamento dos discursos internacionais voltados para a promoção dos direitos humanos, impulsionado, sobremaneira, pelos eventos nefastos produzidos durante o período bélico. Assim, é plenamente possível assinalar que o direito estende, ma-

¹ Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFF. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

ciçamente, a sua incidência sobre novos assuntos sociais que eram tratados, principalmente, de maneira informal no *mundo da vida* tradicional. Cuida destacar que a regulação jurídica, no que se refere a novos âmbitos da sociedade, é densamente caracterizada pela extensão do direito em consonância com o desmembramento da matéria jurídica global em múltiplas searas peculiares que reclamam especificidades próprias, a exemplo do que se observa com a busca pela erradicação de pobreza e desigualdade social e a expansão contínua dos direitos humanos. Vivencia-se, assim, uma constante juridificação de temáticas sociais, buscando, continuamente, a promoção dos indivíduos e de seus respectivos direitos fundamentais. Segundo Andrews (2010, p. 09), “o termo ‘juridificação’ tem um sentido próximo ao termo ‘judicialização’, que corresponde à substituição do debate político pela regulação legal; ainda assim, ele tem um sentido mais abrangente”, porquanto faz referência à formalização de todas as relações sociais e não somente à substituição do debate por normas e leis. Nessa perspectiva, a juridificação é descrita como um processo pelo qual os conflitos humanos são inteiramente despidos de sua dimensão existencial própria por meio do formalismo jurídico, sofrendo, via de consequência, desnaturação em razão da respectiva submissão a processos de resolução de natureza jurídica.

Trata-se, dessa maneira, de conferir aspecto jurídico a temas que florescem na dinamicidade da sociedade, a fim de dispensar tutela e salvaguarda jurídica. Assim, é possível frisar que, ao se emprestar a *Teoria da Ação Comunicativa* de Habermas como ponto de análise ao tema em destaque, os direitos humanos sofreram alargamento concomitantemente com as ondas de juridificação. Dessa maneira, não causa perplexidade entre os estudiosos do assunto a construção de vasta literatura debruçada sobre os direitos humanos, permeando uma pluralidade de áreas do conhecimento. “Além disso, os assuntos relacionados aos direitos humanos tendem a pautar os debates acadêmicos, sobretudo, por seu aspecto de transversalidade, tendo em vista tratar-se de um tem que interessa às mais distintas áreas do saber” (BORGES, 2008, p. 73). Trata-se de temática que ultrapassa os meandros do direito, comportando uma discussão polissêmica e diversificada, refletindo a complexidade do assunto, notadamente em decorrência de sua influência fluída e pluralizada. O aspecto positivista do direito e o papel desempenhado pelos direitos humanos não podem ser minorados e, certamente, repousa sobre tal aspecto a função da ciência jurídica em busca da construção de tal concepção, objetivando, assim, a contínua construção e ampliação de tais temas, permitindo que sejam compreendidos temas contemporâneos, dotados de significação nova e refletindo os anseios da coletividade. As estruturas normativas e os efeitos advindos das normas jurídicas são instrumentos dotados de racionalidade, os quais contribuem para os modos de ação e de compreensão do controle social por meio do direito.

As diversificadas situações produzidas na contemporaneidade reclamam um alargamento da estrutura jurídica. “Em função dessa leitura é sinalizada que a interferência sistêmica no *mundo da vida* traz consigo, inevitavelmente, processos de juridificação constituídos pela tendência de as sociedades modernas ampliarem significativamente a extensão do direito escrito” (BANNWART JÚNIOR; OLIVEIRA, 2009, p. 2.217). Ora, observa-se um cenário dotado de densa mutabilidade e diversificação de estruturas, impulsionado, sobremaneira, pela dinamicidade contemporânea, logo, é imprescindível a edificação de uma ótica jurídica concatenada com tal moldura. Assim, com o objetivo de compreender a juridificação dos direitos, é necessário compreender a paulatina construção dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. “A evolução histórica dos direitos inerentes à pessoa humana também é lenta e gradual. Não são reconhecidos ou construídos todos de uma vez, mas sim conforme a própria experiência da vida humana em sociedade” (SILVEIRA; PICCIRILLO, 2009, s.p.).

Observa-se, sobretudo nas últimas décadas do século XX e no início do século XXI, uma busca desenfreada pelo alargamento de direitos humanos fundamentais, a fim de corresponder às inerentes necessidades apresentadas pelo indivíduo, no que toca ao seu desenvolvimento, com o escopo primordial da promoção do ser humano, o que é retratado em um sucedâneo de compromissos internacionais entre as nações voltados pela erradicação da pobreza e da desigualdade. No cenário interno, tal busca representa a perseguição dos objetivos fundamentais da República, expressamente disposto no artigo 3º, inciso III. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos.

A CONSTRUÇÃO FILOSÓFICA DA LOCUÇÃO *DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA*: A POSSIBILIDADE DE ALARGAMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PROPICIADO PELOS CENÁRIOS CONTEMPORÂNEOS

É perceptível que a edificação de um Estado Democrático de Direito, na contemporaneidade, guarda umbilical relação, no cenário nacional, com o ideário da dignidade da pessoa humana, sobremaneira devido à proeminência concedida ao tema na Constituição da

República Federativa do Brasil de 1988. Ao lado disso, não se pode perder de vista que, em decorrência da sorte de horrores perpetrados durante a Segunda Grande Guerra Mundial, os ideários kantianos foram rotundamente rememorados, passando a serem detentores de vultosos contornos, vez que, de maneira realista, foi possível observar as consequências abjetas provenientes da utilização do ser humano como instrumento de realização de interesses. A fim de repelir as ações externadas durante o desenrolar do conflito supramencionado, o baldrame da dignidade da pessoa humana foi maciçamente hasteado, passando a tremular como flâmula orientadora da atuação humana, restando positivado em volumosa parcela das Constituições promulgadas no pós-guerra, mormente as do Ocidente. “O respeito à dignidade humana de cada pessoa proíbe o Estado e dispor de qualquer indivíduo apenas como meio para outro fim, mesmo se for para salvar a vida de muitas outras pessoas” (HABERMAS, 2012, p. 09). É perceptível que a moldura que enquadra a construção da dignidade da pessoa humana, na condição de produto da indignação dos humilhados e violados por períodos de intensos conflitos bélicos, expressa um conceito fundamental responsável por fortalecer a construção dos direitos humanos, tal como de instrumentos que ambicionem evitar que se repitam atos atentatórios contra a dignidade de outros indivíduos.

Por óbvio, a República Federativa do Brasil, ao estruturar a Constituição Cidadã de 1988 concedeu, expressamente, relevo ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo colocada sob a epígrafe “dos princípios fundamentais”, positivado no inciso III do artigo 1º. Há que se destacar, ainda, que o aludido preceito passou a gozar de *status* de pilar estruturante do Estado Democrático de Direito, toando como fundamento para todos os demais direitos. Nesta trilha, também, há que se enfatizar que o Estado é responsável pelo desenvolvimento da convivência humana em uma sociedade norteada por caracteres pautados na liberdade e solidariedade, cuja regulamentação fica a encargo de diplomas legais justos, no qual a população reste devidamente representada, de maneira adequada, participando e influenciando de modo ativo na estruturação social e política. Ademais, é permitida, inda, a convivência de pensamentos opostos e conflitantes, sendo possível sua expressão de modo público, sem que subsista qualquer censura ou mesmo resistência por parte do Ente Estatal.

Nesse ponto, verifica-se que a principal incumbência do Estado Democrático de Direito, em harmonia com o ventilado pelo dogma da dignidade da pessoa humana, está jungido na promoção de políticas que visem a eliminação das disparidades sociais e os desequilíbrios econômicos regionais, o que clama a perseguição de um ideário de justiça social, ínsito em um sistema pautado na democratização daqueles que detém o poder. Ademais, não se pode olvidar que “não é permitido admitir, em nenhuma situação, que qualquer direito viole ou restrinja

a dignidade da pessoa humana” (RENON, 2009, p. 19), tal ideário decorre da proeminência que torna o preceito em comento em patamar intocável e, se porventura houver conflito com outro valor constitucional, aquele há sempre que prevalecer. Frise-se que a dignidade da pessoa humana, em razão da promulgação da Carta de 1988, passou a se apresentar como fundamento da República, sendo que todos os sustentáculos descansam sobre o compromisso de potencializar a dignidade da pessoa humana, fortalecido, de maneira determinante, como ponto de confluência do ser humano. Com o intuito de garantir a existência do indivíduo, insta realçar que a inviolabilidade de sua vida, tal como de sua dignidade, faz-se proeminente, sob pena de não haver razão para a existência dos demais direitos. Neste diapasão, cuida colocar em saliência que a Constituição de 1988 consagrou a vida humana como valor supremo, dispensando-lhe aspecto de inviolabilidade.

É evidenciável que princípio da dignidade da pessoa humana não é visto como um direito, já que antecede o próprio Ordenamento Jurídico, mas sim um atributo inerente a todo ser humano, destacado de qualquer requisito ou condição, não encontrando qualquer obstáculo ou ponto limítrofe em razão da nacionalidade, gênero, etnia, credo ou posição social. Nesse viés, o aludido bastião se apresenta como o maciço núcleo em torno do gravitam todos os direitos alocados sob a epígrafe “fundamentais”, que se encontram agasalhados no artigo 5º da CF/88. Ao perfilhar-se à umbilical relação nutrida entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, podem-se tanger dois aspectos primordiais. O primeiro se apresenta como uma ação negativa, ou passiva, por parte do Ente Estatal, a fim de evitar agressões ou lesões; já a positiva, ou ativa, está atrelada ao “sentido de promover ações concretas que, além de evitar agressões, criem condições efetivas de vida digna a todos” (BERNARDO, 2006, p. 236).

Comparato alça a dignidade da pessoa humana a um valor supremo, eis que “se o direito é uma criação humana, o seu valor deriva, justamente, daquele que o criou. O que significa que esse fundamento não é outro, senão o próprio homem, considerando em sua dignidade substância da pessoa” (1998, p. 76), sendo que as especificações individuais e grupais são sempre secundárias. A própria estruturação do Ordenamento Jurídico e a existência do Estado, conforme as ponderações aventadas, só se justificam se erguerem como axioma maciço a dignidade da pessoa humana, dispensando esforços para concretizarem tal dogma. Mister faz-se pontuar que o ser humano sempre foi dotado de dignidade, todavia, nem sempre foi (re)conhecida por ele. O mesmo ocorre com o sucedâneo dos direitos fundamentais do homem que, preexistem à sua valoração, os descobre e passa a dispensar proteção, variando em decorrência do contexto e da evolução histórico-social e moral que condiciona o gênero humano. Não se pode perder de vista o corolário em comento é a síntese substantiva que

oferta sentido axiológico à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, determinando, conseguintemente, os parâmetros hermenêuticos de compreensão. A densidade jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana, no sistema constitucional adotado, há de ser, deste modo, máxima, afigurando-se, inclusive, como um corolário supremo no trono da hierarquia das normas.

A interpretação conferida pelo corolário em comento não é para ser procedida à margem da realidade. Ao reverso, alcançar a integralidade da ambição contida no bojo da dignidade da pessoa humana é elemento da norma, de modo que interpretações corretas são incompatíveis com teorização alimentada em idealismo que não as conforme como fundamento. Atentando-se para o princípio supramencionado como estandarte, o intérprete deverá observar para o objeto de compreensão como realidade em cujo contexto a interpretação se encontra inserida. Ao lado disso, nenhum outro dogma é mais valioso para assegurar a unidade material da Constituição senão o corolário em testilha. Assim, ao se considerar os valores e ideários por ele abarcados, não é possível perder de vista que as normas, na visão garantística consagrada no ordenamento jurídico nacional, reclamam uma interpretação em conformidade com o preceito analisado até o momento.

Diante de tal cenário, os valores de igualdade, fraternidade e solidariedade recebem especial relevância em tempos contemporâneos e clamam, assim, por posicionamentos que busquem promover a inclusão por parte dos poderes constituídos em prol da busca do bem comum. Pozzoli (2003, p. 109) afirma que uma nova sociedade, fundada em valores fraternos, teria o amor como princípio dinâmico social. Assim, a sociedade é composta por pessoas humanas e tem como fim precípuo o bem comum coletivo, não significando apenas o bem individual, mas sim o empenho de cada um na realização da vida social dos demais das outras pessoas. O bem comum de um ser humano está calcado na realização do bem comum do outro ser humano. Repousa em tal ideário o verdadeiro sentido do bem comum de uma humanidade.

Ainda em relação à proeminência da dignidade da pessoa humana, inclusive no que tange ao alargamento dos direitos fundamentais, consoante a dicção de Rocha, o perfil do Estado Social repousa no fato de ser um Estado intervencionista em duplo aspecto: por um lado, intervém na ordem econômica, seja direcionando e planejando o desenvolvimento econômico, seja promovendo inversões nos ramos da economia considerados estratégicos; por outro turno, intervém no âmbito social, no qual dispensa prestações de bens e serviços e realiza outras atividades visando à elevação do nível de vidas das populações consideradas mais carentes. “O desenvolvimento humano a ser perseguido pelos Estados nacionais liga-se,

intimamente, na qualidade de vida do seu povo e a fome, de modo particular, mostra-se como uma forma de afastar o indivíduo da participação nos destinos da democracia de um Estado” (MEDEIROS; SILVA; ARAÚJO, s.d., p. 32). Ocorre, porém, que os famintos excluídos são observados como impotentes para reivindicar direitos, subordinando-se a edificar uma cultura de ver a pobreza social como realidade naturalmente construída.

Neste aspecto, Rocha (1995, p. 131), ao discorrer acerca da proeminência do Estado em assumir a função de agente de transformação social, assevera que determinadas mudanças ocorridas em tal ambiente repercuti significativamente. Ora, nas funções do direito, que deixou de ser apenas uma técnica de mediação de comportamentos para promover a transformação em técnica de planificação e planejamento, ou seja, as normas jurídicas passaram a arvorar não apenas regras contendo hipóteses de incidência e consequências jurídicas, mas também escopos a serem alcançados, no plano concreto. Com destaque, o direito à alimentação adequada, em especial, passa a compor a rubrica dos direitos fundamentais, definido expressamente no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), do qual o Brasil é signatário:

ARTIGO 11

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequando para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

2. Os Estados Partes do presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessárias para: **a)** Melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais; **b)** Assegurar uma repartição equitativa dos recursos alimentícios mundiais em relação às necessidades, levando-se em conta os problemas tanto dos países importadores quanto dos exportadores de gêneros alimentícios (BRASIL, 1992, s.p.).

Amartya Sen (2000, p. 189), ao abordar a temática em comento, explicita que uma pessoa pode ser forçada a passar fome, ainda que haja abundância de alimentos ao seu redor, em decorrência de uma minoração da renda, em razão, por exemplo, de desemprego ou um colapso no mercado dos produtos que essa pessoa produz e vende para se sustentar. Doutro viés, mesmo quando um estoque de alimentos passa a declinar acentuadamente um país ou

região, todos podem ser salvos da fome, desde que haja uma divisão melhor dos alimentos disponíveis, promovendo-se, para tanto, a criação de emprego e renda adicionais para as potenciais vítimas da fome.

O DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA (DHAA) ALÇADO AO STATUS DE DIREITO FUNDAMENTAL

É fato que alimentação e nutrição são requisitos básicos para a promoção e a proteção da saúde, viabilizando a afirmação plena do potencial de crescimento e desenvolvimento humano, com qualidade de vida e cidadania, tal como estruturação de condições sociais mais próximas das ideais. Podestá (2011, p. 27-28) destaca que a locução *segurança alimentar*, durante o período da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), passou a ser empregado na Europa, estando associado estritamente com o de segurança nacional e a capacidade de cada país de produzir seu próprio alimento, de maneira a não ficar vulnerável a possíveis embargos, boicotes ou cercos, em decorrência de políticas ou atuações militares. Contudo, posteriormente à Segunda Guerra Mundial (1939-1945), sobretudo com a constituição da Organização das Nações Unidas (ONU), o conceito da locução supramencionada passa a se fortalecer, porquanto compreendeu. Assim, nas recém-criadas organizações intergovernamentais, era possível observar as primeiras tensões políticas entre os organismos que concebiam o acesso ao alimento de qualidade como um direito humano, a exemplo da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura (FAO), e alguns que compreendiam que a segurança alimentar seria assegurada por mecanismos de mercado, tal como se verificou no Fundo Monetário Internacional (FMI) e no Banco Mundial. Após o período supramencionado, “a segurança alimentar foi hegemonicamente tratada como uma questão de insuficiente disponibilidade de alimentos” (PODESTÁ, 2011, p. 28). Passam, então, a ser instituídas iniciativas de promoção de assistência alimentar, que foram estabelecidas em especial, com fundamento nos excedentes de produção dos países ricos.

Havia a visão de que a insegurança alimentar decorria da produção insuficiente de alimentos nos países pobres. Todavia, nas últimas décadas, a concepção conceitual de segurança alimentar que, anteriormente, estava restrita ao abastecimento, na quantidade apropriada, foi ampliada, passando a incorporar, também, o acesso universal aos alimentos, o aspecto nutricional e, por conseguinte, as questões concernentes à composição, à qualidade e ao aproveitamento biológico. Em uma perspectiva individual e na escala coletiva, sobreditos atributos estão, de maneira expressa, consignados na Declaração Universal dos Direitos

Humanos de 1948, os quais foram, posteriormente reafirmados no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos e Sociais e incorporados à legislação nacional em 1992 (BRASIL, 1992, s.p.). Historicamente, a inter-relação entre a segurança alimentar e nutricional e o direito humano à alimentação adequada (DHAA) começa a ser delineada a partir do entendimento existente acerca dos direitos humanos na Declaração Universal de 1948. Durante aludido período histórico, a principal preocupação acerca do tema voltava-se para a ênfase acerca da acepção de que os seres humanos, na condição de indivíduos pertencentes a uma sociedade, eram detentores de direitos que deveriam ser reconhecidos e expressos nas dimensões das quais faziam parte, como alude Albuquerque (2009, p. 896). Para tanto, contribuiu para inserir a proposta de que, a efetivação dos direitos, seria imprescindível a inclusão das questões sociais, econômicas, civis e políticas, as quais foram essenciais para identificá-los como direitos atrelados às liberdades fundamentais e à dignidade humana.

A partir de tais ponderações, é possível frisar que a concretização dos direitos humanos, sobretudo o direito humano à alimentação adequada (DHAA), abarca responsabilidade por parte tanto do Estado quanto da sociedade e dos indivíduos. Assim, nas três últimas décadas, denota-se que a segurança alimentar e nutricional passou a ser considerada como requisito fundamental para afirmação plena do potencial de desenvolvimento físico, mental e social de todo o ser humano, superando a tradicional concepção que alimentação é o mero ato de ingerir alimentos. A Cúpula de Roma de 1996 estabeleceu, em órbita internacional, que existe segurança alimentar quando as pessoas têm, a todo o momento, acesso físico e econômico a alimentos seguros, nutritivos e suficientes para satisfazer as suas necessidades dietéticas e preferências alimentares, com o objetivo de levarem uma vida ativa e sã. Afirma Podestá que “ao Estado cabe respeitar, proteger e facilitar a ação de indivíduos e comunidades em busca da capacidade de alimentar-se de forma digna, colaborando para que todos possam ter uma vida saudável, ativa, participativa e de qualidade” (PODESTÁ, 2011, p. 26).

Dessa maneira, nas situações em que seja inviabilizado ao indivíduo o acesso a condições adequadas de alimentação e nutrição, tal como ocorre em desastres naturais (enchentes, secas, etc.) ou em circunstâncias estruturais de penúria, incumbe ao Estado, sempre que possível, em parceria com a sociedade civil, assegurar ao indivíduo a concretização desse direito, o qual é considerado fundamental à sua sobrevivência. A atuação do Estado, em tais situações, deve estar atrelada a medidas que objetivem prover as condições para que indivíduos, familiares e comunidade logrem êxito em se recuperar, dentro do mais breve ínterim, a capacidade de produzir e adquirir sua própria alimentação. “Os riscos nutricionais, de diferentes categorias e magnitudes, permeiam todo o ciclo da vida humana, desde a concepção até a senectude,

assumindo diversas configurações epidemiológicas em função do processo saúde/doença de cada população” (BRASIL, 2008, p. 11). Hirai (2011, p. 74) aponta que os elementos integrativos da concepção de segurança alimentar e nutricional foram sofrendo um processo de ampliação, passando, em razão da contemporânea visão, a extrapolar o entendimento ordinário de alimentação como simples forma de reposição energética. Convém destacar que, no território nacional, o novo conceito de segurança alimentar foi consolidado na I Conferência Nacional de Segurança Alimentar, em 1994.

Assim, no conjunto dos componentes de uma política nacional, voltada para a segurança alimentar e nutricional, estão o crédito agrícola, inclusive o incentivo ao pequeno agricultor; a avaliação e a adoção de tecnologias agrícolas e industriais; os estoques estratégicos; o cooperativismo; a importação, o acesso, a distribuição, a conservação e o armazenamento de alimentos, o manejo sustentado dos recursos naturais, entre outros (BRASIL, 2008, p.11).

No cenário nacional, as ações voltadas a garantir a segurança alimentar dão em consequência ao direito à alimentação e nutrição, ultrapassando, portanto, o setor de Saúde e recebe o contorno intersetorial, sobretudo no que se refere à produção e ao consumo, o qual compreende, imprescindivelmente, a capacidade aquisitiva da população e a escolha dos alimentos que devem ser consumidos, inclusive no que tange aos fatores culturais que interferem em tal seleção. Verifica-se que o aspecto conceitual de Segurança Alimentar e Nutricional (SAN), justamente, materializa e efetiva o direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade satisfatória, de modo a não comprometer o acesso a outras necessidades essenciais da dignidade da pessoa humana. “Nunca é demais lembrar que o direito humano à alimentação adequada tem por pano de fundo as práticas alimentares promotoras de saúde, atinentes à diversidade cultural e que sejam social, econômica e ambientalmente sustentáveis” (MEDEIROS; SILVA; ARAÚJO, s.d., p. 34.).

Atualmente, consoante o escólio de Hirai (2011, p. 24), as atenções se voltam para as dimensões sociais, ambientais e culturais que estão atreladas na origem dos alimentos. Ademais, a garantia permanente de segurança alimentar e nutricional a todos os cidadãos, em decorrência da amplitude e abrangência das questões que compreende, passa a reclamar diversos compromissos, tais como: políticos, sociais e culturais, objetivando assegurar a oferta e o acesso universal a alimentos de qualidade nutricional e sanitária, atentando-se, igualmente, para o controle da base genética do sistema agroalimentar. De maneira expressa, a Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006 (Lei Orgânica da Segurança Alimentar), estabeleceu, em seu artigo 2º, que

[...] a alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população (BRASIL, 2006, s.p.).

Igualmente, o diploma legal supramencionado estabelece que a segurança alimentar e nutricional consiste na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem que haja comprometimento do acesso a outras necessidades essenciais, tendo como fundamento práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis. Obtempera Ribeiro (2013, p. 38) que o direito humano à alimentação adequada não consiste simplesmente em um direito a uma ração mínima de calorias, proteínas e outros elementos nutritivos concretos, mas se trata de um direito inclusivo, porquanto deve conter todos os elementos nutritivos que uma pessoa reclama para viver uma vida saudável e ativa, tal como os meios para ter acesso. A partir da Lei Orgânica da Segurança Alimentar (LOSAN), a segurança alimentar e nutricional passou a abranger a ampliação das condições de acesso aos alimentos por meio de produção, em especial da agricultura tradicional e familiar, do processamento, da industrialização, da comercialização, incluindo-se os acordos internacionais, do abastecimento e da distribuição dos alimentos, compreendendo a água, bem como a geração de emprego e da redistribuição de renda. De igual forma, a locução supramencionada compreende, ainda, a conservação da biodiversidade e a utilização sustentável dos recursos, bem como a promoção da saúde, da nutrição e da alimentação da população, incluindo-se os grupos populacionais específicos e populações em situação de vulnerabilidade sociais. A LOSAN abrange, ainda, a garantia da qualidade biológica, sanitária, nutricional e tecnológica dos alimentos, bem como seu aproveitamento, estimulando práticas alimentares e estilos de vida saudáveis que respeitem a diversidade étnica e racial e cultural da população.

Está inserido, igualmente, na rubrica em análise, a produção de conhecimento e o acesso à informação, bem como a implementação de políticas públicas e estratégias sustentáveis e participativas de produção, comercialização e consumo de alimentos, respeitando-se as múltiplas características culturais do País. Por derradeiro, a visão existente em torno do DHAA alcança como ápice, em sede de ordenamento jurídico interno, a Emenda Constitucional nº 64, de 4 de Fevereiro de 2010, responsável por introduzir na redação do artigo 6º, o direito fundamental em comento, incluindo-o no rol de direitos fundamentais sociais. Neste aspecto, para a consecução do DHAA, é importante explicitar que o alimento deve reunir uma tríade

de aspectos característicos, a saber: disponibilidade, acessibilidade e adequação. No que concerne à *disponibilidade do alimento*, cuida destacar que, quando requisitado por uma parte, a alimentação deve ser obtida dos recursos naturais, ou seja, mediante a produção de alimentos, o cultivo da terra e pecuária, ou por outra forma de obter alimentos, a exemplo da pesca, caça ou coleta. Além disso, o alimento deve estar disponível para comercialização em mercados e lojas.

A *acessibilidade alimentar*, por seu turno, traduz-se na possibilidade de obtenção por meio do acesso econômico e físico aos alimentos. “*La accesibilidad económica significa que los alimentos deben estar al alcance de las personas desde el punto de vista económico*” (ONU, s.d., p. 03). Ainda no que concerne à acessibilidade, as pessoas devem ser capazes de adquirir o alimento para estruturar uma dieta adequada, sem que haja comprometimento das demais necessidades básicas. Neste aspecto, ainda, a acessibilidade física materializa-se pela imperiosidade dos alimentos serem acessíveis a todos, incluindo indivíduos fisicamente vulneráveis, como crianças, enfermos, deficientes e pessoas idosas. De igual modo, a acessibilidade do alimento estabelece que deve ser assegurado a pessoas que estão em áreas remotas e vítimas de conflitos armados ou desastres naturais, tal como a população encarcerada. Renato Sérgio Maluf, ao apresentar sua conceituação sobre segurança alimentar (SA), faz menção ao fato de que se deve considerar aquela como “condições de acesso suficiente, regular e a baixo custo a alimentos básicos de qualidade. Mais que um conjunto de políticas compensatórias, trata-se de um objetivo estratégico [...] voltado a reduzir o peso dos gastos com alimentação” (MALUF, 1999, p. 61), em sede de despesas familiares. Por derradeiro, o *alimento adequado* pressupõe que a oferta de alimentos deve atender às necessidades alimentares, considerando a idade do indivíduo, suas condições de vida, saúde, ocupação, gênero etc. “*Los alimentos deben ser seguros para el consumo humano y estar libres de sustancias nocivas, como los contaminantes de los procesos industriales o agrícolas, incluidos los residuos de los plaguicidas, las hormonas o las drogas veterinarias*” (ONU, s.d., p. 04). Ao lado disso, um alimento adequado, ainda, deve ser culturalmente aceitável pela população que o consumirá, estando inserido em um contexto de formação do indivíduo, não contrariando os aspectos inerentes à formação daquela.

O DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA EM UMA ÓTICA REGIONALIZADA: UMA REFLEXÃO SOBRE A UNIVERSALIZAÇÃO DA ALIMENTAÇÃO A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA DA BIOÉTICA

A universalização do DHAA traduz-se em assegurar o respeito, a proteção, a promoção e o provimento desse direito a todos os seres humanos, independente de sexo e orientação sexual, idade, origem étnica, cor da pele, religião, opção política, ideologia ou qualquer outra característica pessoal ou social. Acresça-se que fartas são as evidências de que tal universalização é uma árdua tarefa que incumbe aos Estados e governos de alguns países. Ainda que existam ganhos importantes na órbita internacional, quanto à inclusão do tema na agenda social e política, e conquistas normativas e judiciais, subsiste um caminho longo a ser trilhado. “Com efeito, no mundo todo, o problema da universalização do DHAA não é apenas jurídico, mas, num sentido mais amplo, é também político, pois demanda mudanças estruturais, negociação e adoção de medidas concretas capazes de dar operacionalidade a esse direito social” (BRASIL, 2011, p. 11) nos ordenamentos jurídicos internos, o que se dá através de políticas e programas públicos voltados para a promoção e garantia da SAN.

Ao lado disso, universalizar o DHAA compreende a concretização dos princípios da indivisibilidade, da interdependência e inter-relação dos direitos humanos, perseguindo a máxima isonômica que todos são igualmente necessários para assegurar uma vida digna e encontram-se organicamente vinculados. Dessa maneira, a vinculação de um reclama a garantia do exercício dos demais, não sendo, portanto, possível falar em liberdade ou em saúde sem uma alimentação adequada, sem acesso à água e a terra. Nesse cenário, é interessante que do Estado Social materializa, segundo o entendimento de Doehring (2008, p. 361), a ideia de uma justiça específica inserida dentro do Texto Constitucional que, entretanto, deve encontrar o seu limite, em que a previsibilidade e a segurança jurídica, ou seja, a concepção do Estado de direito, no sentido formal, será alcançado. Assim, partindo da premissa que orbita em torno da conformação do Estado Brasileiro, há que se reconhecer incumbe deveres quanto à efetividade dos direitos sociais, em especial no que toca à promoção e concretização do DHAA. Desse modo, “ao Estado, cabe prioritariamente a implementação de políticas públicas de segurança alimentar e nutricional, vez que a fome é uma questão que deve estar na agenda prioritária de atuação do poder público” (SEM, 2000, p. 08). Até a introdução do DHAA no Texto Constitucional, havia um debate acerca da possibilidade de exigí-lo tanto na seara administrativa quanto no judiciário. Entretanto, com a introdução daquele na Constituição Cidadã, tal debate não mais subsiste, materializando, doutro ponto, obrigações do

Estado e responsabilidades de diferentes atores sociais em relação à concreção e promoção plena, assegurando a todo indivíduo o acesso universal.

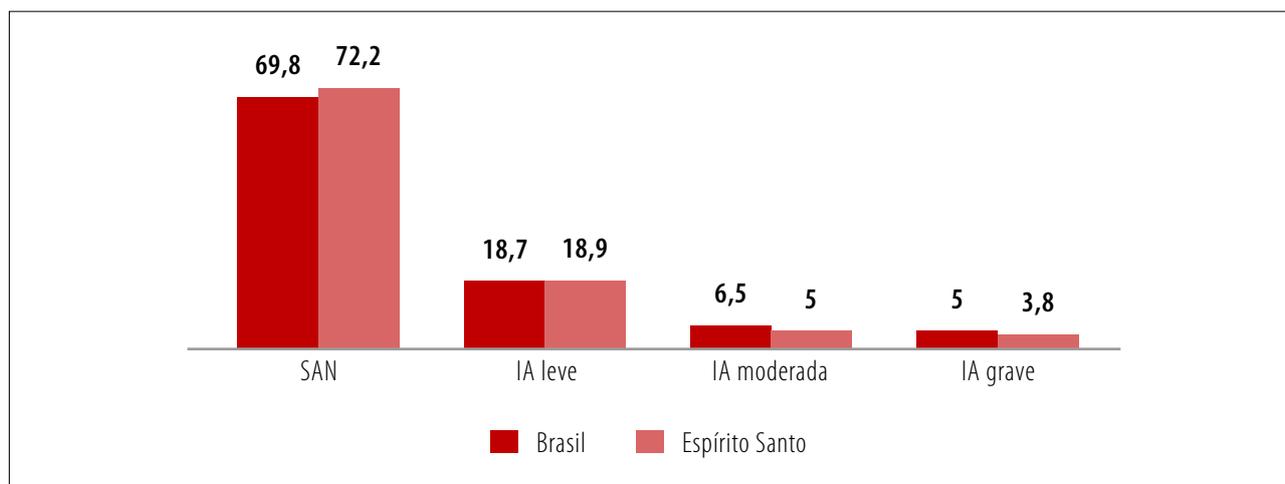
Examinando a questão sob uma perspectiva da SAN, é necessário resgatar alguns conceitos percorridos no curso da pesquisa, em especial no que se refere ao fato da Lei Orgânica da Segurança Alimentar e Nutricional (LOSAN) instituir um sistema nacional pautado no direito humano à alimentação adequada, culminando, posteriormente, na positivação de tal direito no artigo 6º da CF/88, e na soberania alimentar. Calçado nos princípios da universalidade, participação social, intersetorialidade e equidade, o sistema deve assegurar formas de produzir, abastecer, comercializar e consumir alimentos que sejam suscetíveis a partir de um viés socioeconômico e ambiental, respeitando a diversidade cultural e que sejam promotoras da saúde. Assim, a SAN coloca-se como um objetivo de políticas públicas, na medida em que ela estabelece as orientações a serem seguidas em vários campos, bem como requer mecanismos e instrumentos permanentes para permitir a consecução. Neste aspecto, a promoção da SAN possui três referências: a) direito humano à alimentação adequada; b) soberania alimentar; c) relação com a promoção do desenvolvimento.

Dessa maneira, a SAN alude ao direito de todo cidadão e cidadã de estar seguro(a) em relação aos alimentos e à alimentação nos aspectos de suficiência (proteção contra a fome e a desnutrição), qualidade (prevenção de doenças associadas à alimentação) e adequação (preservação da cultura familiar). Burlandy *et all* explicitam que “assegurar a alimentação significa assegurar o direito elementar à vida. Por essa razão, o direito humano à alimentação adequada é um dos princípios ao qual se subordina a SAN” (2010, p. 38-39). No que toca ao ideário da soberania alimentar, é possível afirmar que SAN sustenta o direito dos povos definirem suas estratégias de produção e consumo de alimentos que necessitam. A terceira referência relaciona o objetivo da SAN com a promoção do desenvolvimento, permitindo afirmar que há uma questão alimentar nos processos de desenvolvimento nos países e regiões e a forma como eles a enfrentam, podendo contribuir para que tais processos promovam crescente equidade social e a melhoria sustentável da qualidade de vida de sua população.

A observação comparativa entre os dados da situação de SAN revela grandes semelhanças na condição existente dos domicílios brasileiros e os capixabas, sendo verificado, inclusive, no gráfico 01, ligeira melhora no quadro alimentar da população do Espírito Santo, tendo em vista que a maior parcela desta se encontra em estado de bem-estar alimentar e nutricional, ao se adotar como referência a média nacional. Contudo, convém frisar que, em ambos os contextos de espaço-tempo, a ocorrência da IAN é fomentada e a fome absoluta ou a permanente privação de bens vitais, torna-se situação insustentável (LUCCI,

2013, p. 217). A situação envolvendo a questão de segurança alimentar e os índices de IA, no Espírito Santo, sofrem maciça melhoria, quando da realização da PNAD 2009-2013 (BRASIL, 2014, p. 73), realizada pelo IBGE, demonstrando que o estado passou a ter uma porcentagem de 89,6% dos domicílios particulares permanentes em SAN, ao passo que 10,4% da população se encontrava em alguma situação de IA, a saber: 6,6% estava em IA leve; 1,8% em IA moderada; e 2% em IA grave.

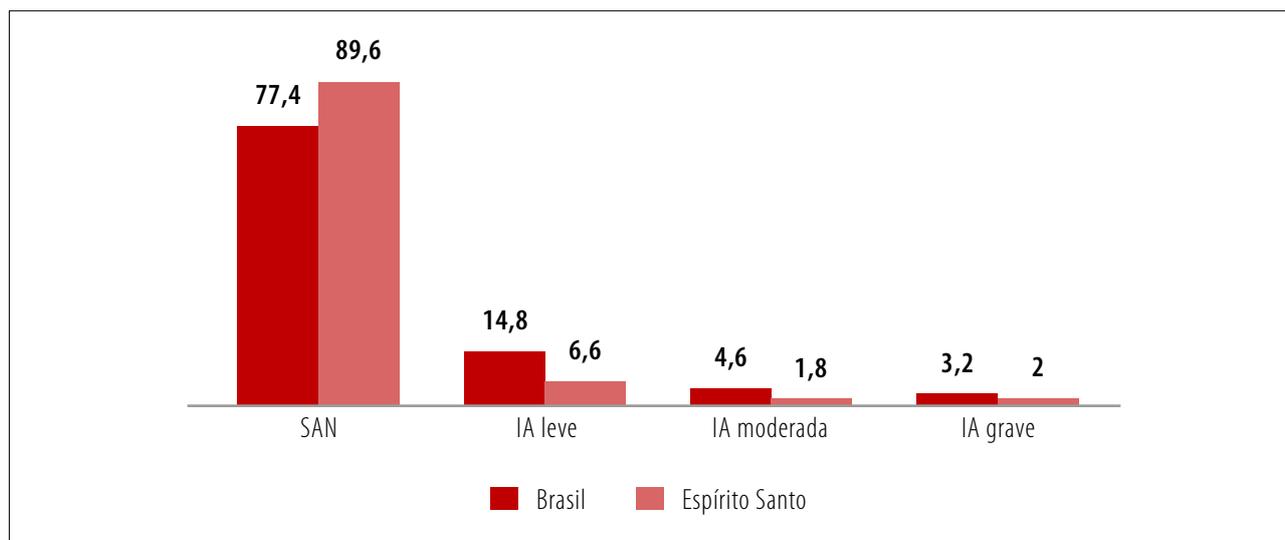
Gráfico 01. Espírito Santo: Situação de SAN nos domicílios particulares permanentes - 2009 (%)



Fonte: ESPÍRITO SANTO (ESTADO), 2012, p. 07.

O estado do Espírito Santo, a partir da pesquisa apresentada pelo IBGE/PNAD, 2013, possui crescimento mais elevado na taxa da SAN e diminuição mais acentuada das taxas de IA em relação ao Brasil, de maneira macro, conforme o gráfico 02. A PNAD 2013 explicita que 77,4% da população brasileira se encontram em situação de SAN, ao passo 22,8% pode ser agrupada em algum grau de IA, dispostos da seguinte forma: 14,8% em IA leve; 4,6% em IA moderada; e 2% em IA grave. Igualmente, em comparativo aos demais estados da região sudeste, é possível constatar que o estado do Espírito Santo lidera o crescimento das taxas de SAN, ao passo que os demais estados apresentam as seguintes taxas: Minas Gerais apresenta taxa de 81,6% da população em SAN; Rio de Janeiro 82,2%; São Paulo 88,4%.

Gráfico 02. Comparativo em % entre o Brasil e o Espírito Santo em SAN e IA – 2013.



Fonte: BRASIL, 2014, p. 73. Organização dos Dados: RANGEL, Tauã Lima Verdan.

Sobre a temática envolvendo SAN, a renda materializa importante aspecto a ser considerado, pois, quanto menor a classe de rendimento mensal domiciliar *per capita*, maior a proporção de domicílios em situação de IA moderada ou grave. “Estima-se que, em 2009, 58,3% dos domicílios nestas condições estavam na classe de rendimento mensal domiciliar *per capita* de até 1/2 salário mínimo”, compreendidos em tais estatísticas aqueles indivíduos sem rendimentos. Em contraponto, quanto maior o rendimento, menor o número estimado de domicílios em situação de IA. Já na pesquisa PNAD 2013, é possível observar que os índices apresentados noticiam diminuição da IA grave e/ou moderada em quatro das seis faixas, de acordo com o gráfico 14. Apresentaram, porém, aumento elevado na IA grave e/ou moderada as faixas que compreendem os sem rendimento e os que recebem até 1/4 do salário mínimo. Na primeira faixa, houve elevação 3,3%, no ano de 2009, para 19%, em 2013; já a segunda faixa, em 2009, apresentava porcentagem de 26%, alcançando, em 2013, a porcentagem de 30,5%.

Lucci afirma, ainda, que “que ocorre uma concentração dos casos de Insegurança Alimentar Moderada e Grave, isto é, quando há uma redução quantitativa de alimentos (entre adultos e crianças) e registros de ocorrência de fome, sobretudo nas classes de menor poder aquisitivo” (2013, p. 220). No Espírito Santo a renda também se materializa como uma variável relevante em consonância com o cenário nacional observado. Neste aspecto, convém assinalar que é estimado que, no ano de 2009, 59,4% das pessoas em situação de IA moderada e ou grave residiam em domicílios com rendimento mensal de até 1/2 salário mínimo. Nos domicílios com rendimento entre 1/2 até 1 salário mínimo moravam 30,0% das pessoas que vivenciaram situação de fome ou redução quantitativa de alimentos ou, ainda, ruptura nos

padrões de alimentação, resultante da falta de alimentos. Seguindo uma tendência nacional, o Espírito Santo, na pesquisa de 2013, apresentou crescimento na faixa de sem rendimento daqueles que se encontra em situação de IA moderada e/ou grave.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Historicamente, a fome apresenta-se como um evento constante nas sociedades, assumindo, por vezes, índices tão complexos e alarmantes que são capazes de colocar em risco a harmonia social. Trata-se da *carestia*, ou seja, a fome como crise social econômica acompanhada de má nutrição em massa e epidemias. É interessante, ainda, lembrar que essa manifestação de fome crônica é aquela permanente, ocorrendo quando a alimentação diária não consegue propiciar ao indivíduo energia suficiente para que seja mantido o seu organismo e para o desempenho de suas atividades cotidianas. Essa materialização da fome traz consigo efeitos devastadores, causando sofrimento agudo e lancinante sobre o corpo, produzindo letargia e debilitando, de maneira gradual, as capacidades mentais e motoras. Há que se reconhecer que o espectro da fome é capaz de desencadear a marginalização social, perda da autonomia econômica e desemprego crônico, em decorrência da incapacidade de executar um trabalho irregular.

O ideário de soberania alimentar está assentado na autonomia alimentar do país e a menor dependência das importações e flutuações de preços do mercado internacional. É interessante destacar que o emprego da noção de soberania alimentar tem o início do seu fortalecimento no tema acerca da segurança alimentar, no próprio ano de 1996. Além disso, tal conceito busca dar importância à autonomia alimentar do país e à menor dependência das importações e flutuações de preços do mercado internacional. Já a segurança alimentar e nutricional, parafraseando a concepção legal contida na Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional, em seu artigo 3º consiste na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem que haja o comprometimento do acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis.

Alimentar-se é muito mais do que a mera ingestão de alimentos. É, conforme o artigo 2º da LOSAN, a materialização de um direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na CF/88, devendo o Poder Público adotar as políticas e ações que se façam necessária para promover

a segurança alimentar e nutricional da população. O ato de alimentação requer a presença de alimentos em qualidade, em quantidade e regularmente. A reunião dos três pilares materializa o ideário de segurança alimentar e nutricional (SAN) e o direito humano à alimentação adequada (DHAA). A qualidade dos alimentos consumidos preconiza que a população não esteja à mercê de qualquer risco de contaminação, problemas de apodrecimento ou outros decorrentes de prazos de validade vencidos. Trata-se da possibilidade de consumir um conjunto de alimentos de maneira digna, sendo que a extensão de *dignidade* assume a feição de um ambiente limpo, com talheres e seguindo as normas costumeiras de higiene e as particularidades caracterizadoras de cada etnia ou região. A quantidade dos alimentos ingeridos deve ser suficiente para assegurar a manutenção do organismo e o desenvolvimento das atividades diárias. A regularidade da alimentação, por sua vez, assenta suas bases na premissa que as pessoas têm que ter acesso constante à alimentação, sendo esse compreendido como a possibilidade de se alimentar ao menos três vezes ao dia.

Com efeito, inúmeros são os obstáculos a serem superados, sobretudo para a integral substancialização do direito em comento, notadamente quando se analisa uma sociedade dotada de contrastes tão robustos, sobretudo no que concerne à distribuição de renda desigual e a população que se encontra em situação de vulnerabilidade social acentuada. Denota-se, pois, que a materialização do direito humano à alimentação adequada é pilar primordial da promoção da dignidade da pessoa humana, pedra angular do ordenamento jurídico vigente, eis que busca atender a necessidade básica para o desenvolvimento humano. Neste aspecto, historicamente, o Estado Capixaba apresenta um papel de protagonismo no cenário nacional, no que concerne à substancialização de políticas públicas em prol da promoção da segurança alimentar e nutricional, detendo índices expressivos de diminuição de insegurança alimentar, em suas distintas manifestações. Neste aspecto, o reconhecimento das peculiaridades encontradas no Estado do Espírito Santo, no que tange à materialização do direito humano à alimentação adequada, se revela dotada de substancial relevância.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Maria de Fátima Machado de. A segurança alimentar e nutricional e o uso da abordagem de direitos humanos no desenho das políticas públicas para combater a fome e a pobreza. *Revista Nutrição*, Campinas, v. 22, n. 6, p. 895-903, nov.-dez. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rn/v22n6/v22n6a11.pdf>>. Acesso em 15 mai. 2015.

ANDREWS, Christina W. Os conceitos de burocracia e burocratização: teoria da modernidade e a condição periférica. In: 34º Encontro Anual da ANPOCS. ANAIS..., 2010, Caxambu, 25-29 out., p. 01-22. Disponível em: <http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=1386&Itemid=350>. Acesso em 15 mai. 2015.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. O princípio da dignidade da pessoa humana e o novo Direito Civil. breves reflexões. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, a. VII, n. 08, p. 229-267, jun. 2006. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revistao8>>. Acesso em 15 jun. 2014.

BORGES, Nadine Monteiro. *O Caso Damião Ximenes: uma análise sócio-jurídica do acesso à Comissão e à Corte Interamericana de Direitos Humanos*. 258f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2008. Disponível em: <www.ppgsd.uff.br>. Acesso em 15 mai. 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 mai. 2015.

_____. *Decreto nº 591, de 6 de Julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 mai. 2015.

_____. *Emenda Constitucional nº 64, de 4 de Fevereiro de 2010*. Altera o art. 6º da Constituição Federal, para introduzir a alimentação como direito social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc64.htm#art1>. Acesso em 15 mai. 2015.

_____. *Lei de Segurança Alimentar e Nutricional: Conceitos*. Brasília: MDA, 2006.

_____. *Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006*. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas a assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 mai. 2015.

_____. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: Segurança Alimentar – 2013*. Rio de Janeiro: IBGE, 2014.

_____. *Política Nacional de Alimentação e Nutrição*. 2 ed. Brasília: SAS/DAB, 2008

_____. *Relatório Anual da Comissão Especial de Monitoramento de Violação do Direito Humano à Alimentação Adequada*. Brasília: SDH, 2011

BURLANDY, Luciene *et all*. Avaliação do programa Banco de Alimentos. In: *Cadernos de Estudos: Desenvolvimento Social em Debate*. n. 14. Brasília, MDS, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentos dos direitos humanos. In: DINIZ, José Janguê Bezerra (coord.). *Direito Constitucional*. Brasília: Editora Consulex, 1998.

DOEHRING, Karl. *Teoria do Estado*. ARAÚJO, Gustavo Castro Alves (trad.). Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Sobre a Constituição da Europa*. São Paulo: UNESP, 2012.

LUCCI, Pedro Henrique Gomide. *Geografia dos alimentos no Espírito Santo*. 328f. Dissertação (Mestrado em Geografia) – UFES, Vitória, 2013.

MALUF, Renato Sérgio. Economia de Rede. O Papel da Distribuição e a Problemática da Segurança Alimentar. In: _____; WILKINSON, John (org.). *Reestruturação do Sistema Agroalimentar*. Rio de Janeiro: REDCAPA, 1999.

MEDEIROS, Robson A. de; SILVA, Eduardo P.; ARAÚJO, Jailton M. de. *A (in) segurança alimentar e nutricional no Brasil e o desenvolvimento humano*. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/viewFile/4351/3283>>. Acesso em 15 mai. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *El derecho a la alimentación adecuada*. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet34sp.pdf>>. Acesso 15 mai. 2015.

PIOVESAN, Flávia; GOTTI, Alessandra Passos; MARTINS, Janaína Senne. A proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: _____. *Temas de Direitos Humanos*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

POZZOLI, Lafayette. Cultura dos direitos humanos. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal. a. 40. n. 159, jul.-set. 2003.

RENON, Maria Cristina. *O princípio da dignidade da pessoa humana e sua relação com a convivência familiar e o direito ao feto*. 232f. Dissertação (Mestre em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br>>. Acesso em 15 mai. 2015.

RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima. *Direito fundamental social à alimentação adequada: análise com ênfase no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o poder judiciário*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. MOTTA, Laura Teixeira (trad.). São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2000.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 15 mai. 2015.

VALENTE, Flávio Luiz Schieck. *Promoção do direito humano à alimentação adequada (DHAA)*. Disponível em: <http://www.actuar-acd.org/uploads/5/6/8/7/5687387/flavio_valente_dhaa_promocao_do_direito_humano_a_alimentacao_adequada.pdf>. Acesso em 15 mai. 2015.

D. PAULO EVARISTO ARNS E SUA LUTA PELOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL DURANTE A DITADURA (1964-1984): UM ESTUDO DE BIOÉTICA

ANTONIO CARLOS RIBEIRO¹

RESUMO

Após a deposição do Presidente João Goulart com o Golpe Militar no Brasil no ano de 1964, o Estado brasileiro ficou sob o comando as Forças Armadas. Através de Atos Institucionais, o governo militar, sob a égide da Doutrina de Segurança Nacional no cenário geopolítico da Guerra Fria, capitaneado pelo grupo dos Linhas-duras inicia o período mais repressor do Regime Militar concebido como Anos de Chumbo. No cenário eclesial, a Igreja Católica realiza o Concílio Vaticano II, abrindo para os problemas do mundo moderno e assiste a gênese da Teologia da Libertação como proposta teórica de tendência marxista para responder aos desafios de caráter social, principalmente a exclusão e a desigualdade sociais. Neste contexto, destaca-se a atuação de Dom Paulo Evaristo Cardeal Arns à frente da Arquidiocese de São Paulo numa fase da história do Brasil em que os Direitos Humanos eram vilipendiados pelas arbitrariedades do Regime Militar. A conjuntura na época em que a sociedade civil estava silenciada, d. Paulo se apresenta como uma das poucas a vozes opositoras ao Regime, rompendo a diplomacia que durante anos marcou a relação Estado-Igreja, aderindo à assistência por quem ansiava por justiça. Assim, d. Paulo articula uma série de execuções visando defender os mais vulneráveis nesta conjuntura através da criação da Comissão Justiça e Paz de São Paulo, a Operação Periferia, a visita aos presídios com suspeita de tortura, denúncias aos abusos dos militares, entre outras atividades que iam além de seu papel religioso, demonstrando um profundo senso de humanidade. Destarte, esse trabalho se propõe a refletir elementos de caráter bioético na atuação de d. Paulo como precursor de ideais bioéticos que, na sociedade contemporânea, estão sedimentados como valores e direitos: a liberdade de expressão e pensamento, o debate democrático, rejeição à violência instituída, o respeito aos Direitos Humanos e a dignidade da pessoa humana. A abordagem de reflexão bioética a partir da atuação de um agente histórico reveste-se de certa novidade diante da tradição principialista, proveniente, sobretudo, dos Estados Unidos e Europa, com predomínio de pesquisas e produções relativas aos direitos dos pacientes e ao universo da medicina. Contudo, como crítica a essa tradição, bioeticistas provenientes da América Latina apresentam a chamada Bioética Social, cuja abordagem volta-se para os problemas sociais e, igualmente, para a crítica à agressão aos Direitos Humanos. Esta abordagem de bioética latino-americana apresentaria mais fundamentos para a relevância científica de como se processou, ao longo dos anos na história recente do país, a construção de leis e de consciência mais sensível às bases da Bioética em sua essência, como respeito ao ser humano, autonomia e dignidade. O legado de D. Paulo como um dos responsáveis por essa realidade é digno de um olhar atento com critérios de pesquisa científica para resgatar a memória de personalidades que corroboraram para a consolidação do Estado Democrático de Direito no Brasil.

Palavras-Chave: Dom Paulo Arns. Direitos Humanos. Bioética Social.

¹ Mestre em Bioética pelo Centro Universitário São Camilo (2013). Especialista em Bioética e Pastoral da Saúde no Centro Universitário São Camilo (2011). Especialista em História, Sociedade e Cultura pela PUC-SP (2009). Bacharel em Teologia pela Faculdade Dehoniana (2014) e possui Licenciatura em Filosofia pela PUC-PR (1999). Doutorando em Bioética pelo Centro Universitário São Camilo como bolsista da Secretaria de Educação do Estado de São Paulo. E-mail: acr-expert@uol.com.br

INTRODUÇÃO

Segundo Skidmore (1988, p. 83)², após a deposição do Presidente João Goulart, o Brasil ficou sob o poder dos militares com apoio de diversos setores da sociedade, Meios de Comunicação, a OAB e a alta hierarquia da Igreja Católica. Os militares, influenciados pelos americanos com a “National War College” e sob a égide da Doutrina de Segurança Nacional, criaram todo um aparato ideológico a fim de reprimir a liberdade democrática. Tais instrumentos foram a Escola Superior de Guerra, surgida anos antes do Golpe Militar, o Instituto de Pesquisa e Estudos Sociais e posteriormente o Serviço Nacional de Informações, esses últimos dirigidos pelo General Golbery Couto e Silva, cuja finalidade era propagar a mentalidade de que quando

[...] ameaçada a ‘segurança’, está justificado o sacrifício do Bem-Estar que, por extensão, é o sacrifício também da liberdade, das garantias constitucionais, dos direitos da pessoa humana.(...) se referia aos povos ameaçados por um inimigo externo, enquanto para Golbery o inimigo era interno, devendo ser procurado entre o povo brasileiro. (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1985, p.70)³

O clima de bipolaridade no contexto geopolítico mundial serviu de pano de fundo para justificar uma série de Atos Institucionais - 17 ao todo - a fim de criar condições de governabilidade durante o Regime Ditatorial. Com “a forte ênfase do governo no anticomunismo”, e a proximidade histórica das Forças Armadas com os Estados Unidos, alinhou-se o novo governo com o Bloco Capitalista liderado pelos americanos (SKIDMORE, 1988, p. 67)⁴. Com este contexto se tem notícia do fim das diversas manifestações culturais, sociais, políticas e artísticas que oferecessem algum risco, segundo os critérios dos censores.

Com a promulgação do Ato Institucional N^o 5, editado em 13 de Dezembro de 1968, pelo Presidente Costa e Silva, seria inaugurada uma nova fase na Ditadura Militar Brasileira, em que o grupo dos chamados *Linhas-duras* tomaram espaço no poder político objetivando maior “controle executivo e militar sobre o governo e os cidadãos” (SKIDMORE, 1988, p. 166).⁵ Como fruto desse AI e dos demais vindouros, tem-se o fechamento do Congresso Nacional, censura a qualquer crítica ao poder estabelecido e a mídia “colocada sob a super-

² SKIDMORE, Thomas E. **Brasil: de Castelo a Tancredo, 1964-1985**. Tradução Mario Salviano Silva. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p. 63.

³ Arquidiocese de São Paulo. **Projeto Brasil Nunca Mais**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1985, p.70.

⁴ SKIDMORE, Thomas E. **Brasil: de Castelo a Tancredo, 1964-1985**. p.67.

⁵ Ibid, p.166.

visão dos tribunais militares” (SKIDMORE, 1988, p. 167).⁶ Uma enorme lista com políticos e intelectuais foi providenciada a fim de expurgá-los, além da suspeição de futuras eleições. A guerrilha armada, tida como oposição clandestina, seria o único modo de manifestar alguma crítica ao governo, surgiu inspirada no triunfo de Fidel Castro (SKIDMORE, 1988, p. 171).⁷

Neste cenário é fundada em São Paulo a OBAN (Operação Bandeirantes), em julho de 1969, para representar uma coordenação de “ação maciça de repressão à onda de violência” ligada à Presidência da República⁸. Houve a centralização dos organismos truculentos contra os considerados subversivos levando a cabo as determinações do AI 5, com a criação de uma polícia política dentro do próprio Exército, entre as ruas Tomás Carvalhal e Tutóia, com apoio do Governador do Estado Roberto de Abreu Sodré, o Prefeito Paulo Maluf, inúmeros empresários e jornais como a Folha de São Paulo. Tratava-se da “maior das mobilizações antiterroristas da plutocracia (GASPARI, 2002, p. 62-64)⁹

Essa manobra daria origem ao DOI-CODI, (Destacamento de Operações de Informações – Centro de Operações de Defesa Interna) analisado pelo Projeto Brasil: Nunca Mais, (doravante citado como PBNM), que “passaram a ocupar o primeiro posto na repressão política e também na lista das denúncias sobre violações dos Direitos Humanos” (ARQUIDIOCESE, 1985, p. 74).¹⁰ Segundo ainda este projeto, tem-se a informação de que em São Paulo, esse órgão repressor competia no mesmo papel com o DOPS (Departamento de Ordem Política e Social), sob a direção do delegado Sérgio Paranhos Filho, e “uma equipe de investigadores que, além de torturas e matar inúmeros opositores, eram integrantes de um bando autodenominado ‘Esquadrão da Morte’ (...) que chegou a assassinar centenas de brasileiros”, mesmo sem registros de antecedentes que os incriminassem (ARQUIDIOCESE, 1985, p. 74).¹¹

Dentro desse contexto uma das instituições que outrora apoiara a instauração do Golpe Militar, a Igreja Católica inicia um processo de profundas transformações. A princípio a hierarquia da Igreja comemorou entusiasticamente a deposição de João Goulart, levada pelo clima de tensão social através de um ato público de grandes proporções.

Movimento surgido em março de 1964 e que consistiu numa série de manifestações, ou “marchas”, organizadas principalmente por setores do clero e por entidades femininas em resposta ao comício realizado no Rio de Janeiro em 13 de março de 1964, durante o qual o presidente João Goulart anunciou

⁶ Ibid, p. 167

⁷ Ibid, p. 171

⁸ GASPARI, Elio *apud* VEJA, 19 de Fevereiro de 1969, p. 16.

⁹ GASPARI, Elio. **A Ditadura Escancarada**. São Paulo, Companhia das Letras, 2002. pp. 62-64.

¹⁰ Arquidiocese de São Paulo, **Projeto Brasil Nunca Mais**, p. 74.

¹¹ Ibid, p. 74.

seu programa de reformas de base (...) Durante o trajeto, que saiu da praça da República e terminou na praça da Sé com a celebração da missa “pela salvação da democracia”. Na ocasião, foi distribuído o Manifesto ao povo do Brasil, convocando a população a reagir contra Goulart..(LAMARÃO, s.d.)¹²

Em meio a esses conflitos em nível nacional, a Igreja, em âmbito mundial, se preparava para passar por um conjunto de modificações em seus conceitos e forma de lidar com os problemas contemporâneos. Conforme Rodrigues (2008, pp. 15-17), o modelo de Igreja vigente até então era o Ultramontanismo, cujas características eram o espiritualismo, a centralidade na autoridade da Cúria Romana e a clericalização.¹³ Com o advento do Concílio Vaticano II, realizado entre os anos de 1962 a 1965, tinha-se em vista a atualização da própria estrutura organizacional da Igreja, de forma que a aproximasse dos valores da sociedade contemporânea (Ibid, p. 23).¹⁴

Dos debates resultantes, alguns documentos foram aprovados e influenciaram a resposta que as Igrejas locais deveriam dar aos problemas que se apresentavam cada um de seus contextos. Assim, a Constituição Pastoral *Gaudium et Spes* propunha uma visão de Igreja como uma instituição que, como atesta “estaria colocando-se a serviço de todos os homens de hoje, mas, principalmente, dos mais pobres”, além de desejar ser solidária com seus problemas e aflições e valorizando suas aspirações e expectativas (Ibid, p. 29).¹⁵ O próêmio dessa constituição se apresenta da seguinte forma:

“As alegrias e as esperanças, as tristezas e as angústias dos homens de hoje, sobretudo dos pobres e de todos aqueles que sofrem, são também as alegrias e as esperanças, as tristezas e as angústias dos discípulos de Cristo; e não há realidade alguma verdadeiramente humana que não encontre eco no seu coração. Porque a sua comunidade é formada por homens, que, reunidos em Cristo, são guiados pelo Espírito Santo na sua peregrinação em demanda do reino do Pai, e receberam a mensagem da salvação para a comunicar a todos. Por este motivo, a Igreja sente-se real e intimamente ligada ao gênero humano e à sua história (VIER, s.d., p.143).¹⁶

A Igreja, a partir daí, colocaria-se à serviço do homem, em diálogo com todos sem distinção, ciente de certas dificuldades que estavam afligindo o mundo. Destate, a instituição

¹² http://www.cpdoc.fgv.br/nav_jgoulart/htm/7A_conjuntura_radicalizacao/A_marcha_da_familia_com_Deus.asp

¹³ RODRIGUES, Cátia Regina: **A Arquidiocese de São Paulo na gestão de d. Paulo Evaristo Arns (1970-1990)**. Dissertação de Mestrado em História Social. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, pp 15-17.

¹⁴ Ibid, p. 23

¹⁵ Ibid, p. 29

¹⁶ VIER, Frederico. **Compêndio do Vaticano II: Constituições, decretos e declarações**. Petrópolis, RJ: Vozes. p. 143.

se posicionava como colaboradora no “estabelecimento de uma fraternidade universal” com justiça social (RODRIGUES, 2002, p. 30).¹⁷

Outro evento importante que veio reforçar as decisões conciliares foi a II Conferência Geral do Episcopado Latino Americano, na Colômbia, em 1968. O tema principal foi: “A Igreja na atual transformação da América Latina à luz do Concílio Vaticano II”, e a principal determinação de veio a nortear os trabalhos pastorais na Igreja Latino-Americana foi a “opção preferencial pelos pobres”(Ibid, p. 41).¹⁸

Segundo Sydow e Ferri (1999, p. 97), seria com esse cenário histórico político e eclesial que Dom Paulo Arns toma posse na Arquidiocese de São Paulo, no dia 01 de Novembro de 1970, sucedendo a Dom Agnelo Rossi que fora nomeado por Roma para exercer a função de prefeito na Sagrada Congregação para a Evangelização dos Povos.¹⁹ O Cardeal Rossi estava sendo cobrado para agir com mais firmeza diante das atrocidades que ocorriam no país pois, naquele momento, a Igreja passava a ser um refúgio para a população.²⁰

Dom Paulo Evaristo Arns assume a Igreja paulistana com o ardor das grandes transformações provenientes do Concílio, com grande destaque por onde passou realizando trabalhos de caráter pastoral em Petrópolis e como bispo-auxiliar de São Paulo na sua luta pela defesa de presos políticos, já tido como subversivo para a liderança militar local (Ibid, p. 101).²¹

A nova conjuntura da Igreja que outrora vibrou com o Golpe Militar no seu início, agora aponta para uma mudança de sua práxis no que concerne à sua relação com o Estado:

“A Igreja, que apoiara a deposição de João Goulart, passa por profundas transformações e começa a enfrentar dificuldades crescentes nas suas relações com o Estado, tornando-se também vítima dos atos repressivos: há prisões de sacerdotes e freiras, torturas, assassinatos, cerco a conventos, invasões de templos, vigilância contra bispos.(SYDOW & FERRI, 1999, p. 63)”²²

No tocante à realidade social, alude o Projeto Brasil Nunca Mais que, a política de arrocho salarial adotada pelo Regime Ditatorial não havia precedentes na história do Brasil. Conseqüentemente, observou-se uma deterioração das condições de vida nas camadas populares: “fome, favelas, enfermidades, marginalidade, avançaram em números expressivos” (Ibid, p. 60).²³

¹⁷ RODRIGUES, Cátia Regina. *Op. Cit.*, p. 30.

¹⁸ Ibid, 41

¹⁹ SYDOW, Evanize e FERRI, Marilda. **Dom Paulo Evaristo Arns: Um homem amado e perseguido.** Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.p. 97.

²⁰ Ibid, 101.

²¹ Ibid, p. 101.

²² Ibid, p. 63.

²³ Arquidiocese de São Paulo, *Op. Cit.*, p. 60.

Dom Paulo tinha à sua frente muitos desafios para engendrar um episcopado que implementasse os princípios conciliares numa das maiores metrópoles do mundo. A história desse arcebispo ainda está revestida de “certo ineditismo” quando se trata de produções acadêmicas, e seu papel na história política recente do país (RODRIGUES, 2002, p.13).²⁴ Daí a urgência de lançar um olhar atento sobre este objeto de estudo com vistas à compreensão dos dois agentes históricos: o Estado, com suas classes hegemônicas e conservadoras e a Igreja, com seus setores de consciência evangélica que legitima sua ação. Dom Paulo desenvolveu, com suporte da CNBB, uma mensagem religiosa.

É a partir deste embate que temos um quadro com diversos aspectos para considerar esses anos como únicos na Igreja e sua relação com o governo de vários países que, historicamente, caminharam juntos, dondeprovem a concepção de Estado como braço secular da comunidade eclesial romana. Com o distanciamento dos ideais, discursos, ideologias e posturas de ambas as instituições, temos vários agentes históricos dessa fase passíveis de análise.

Portanto, faz-se relevante resgatar a memória das personalidades ainda vivas da história recente e verificar o legado para a Bioética no contexto atual. No caso do cardeal Arns, refletir sobre sua herança nas instituições democráticas, mídias de comunicação, legislação e nos valores vigentes aceitos pelo consenso da sociedade, hoje, principalmente os de caráter bioético.

INTERFACES COM A BIOÉTICA

Dentro das perspectivas Bioéticas, urge ressaltar que são um pouco distantes da proposta original apresentada e divulgada pelo oncologista e biólogo americano Van Rensselaer Potter no seu livro *Bioethics: bridge to the future*. Potter usou o neologismo Bioética para se referir à importância das ciências biológicas na melhoria da qualidade de vida; quer dizer, uma nova ciência a partir da associação necessária do conhecimento biológico com o conhecimento dos sistemas de valores humanos, tendo um forte componente ecológico (POTTER, 1971).²⁵

Potter, em outro momento, acrescentaria contribuição original do compromisso global diante do equilíbrio e preservação da relação dos seres humanos com o ecossistema, e a própria vida do planeta através de outra abordagem: “Eu proponho o termo Bioética como forma de enfatizar os dois componentes mais importantes para se atingir uma nova sabedoria, que é tão desesperadamente necessária: conhecimento biológico e valores humanos” (POTTER, 1971, p. 2).²⁶

²⁴ RODRIGUES, *Op. Cit.*, p. 13.

²⁵ POTTER, Van Rensselaer. *Bioethics: Bridge to the future*. Jersey: Englewood Cliffs, Prentice-Hall, INC., 1971.

²⁶ *Ibid*, 2.

Uma corrente muito preconizada pelos debates de caráter médico, o principialismo²⁷, cujo surgimento se deu com o Relatório Belmont²⁸ (1978), apresentou princípios básicos na solução dos problemas éticos surgidos na pesquisa com seres humanos. Logo em seguida Beauchamp e Childress (1994), sistematizaram a bioética sob o mesmo aspecto: fundamentada nos quatro princípios: do respeito da autonomia; da não-maleficência, da beneficência e o princípio da justiça. O principialismo é uma das formas utilizadas da expressão da bioética.

Não obstante a esse desenvolvimento convencionado internacionalmente pelos bioeticistas, no contexto da América Latina deflagrou-se uma crítica contundente à abordagem da tradição Norte Americana e Européia. Como afirma PESSINI (2008, p. 44)²⁹, a reflexão bioética proveniente de países mais ricos, preocupada com a solução de casos clínicos “sumarizada num ‘bios’ de alta tecnologia e num “ethos” individualista (privacidade, autonomia, consentimento informado), precisa ser complementada na América Latina por um “bios” humanista e um “ethos” comunitário (solidariedade, equidade, o outro)”. Aspirava-se a outras abordagens de caráter mais comprometido com a justiça social.

Foi assim que a expansão da bioética sobrepujou os limites do universo clínico- científico e abrangeu a sociedade de forma mais ampla através da conscientização, por parte dos homens, da sua identidade pessoal, comunitária e da dignidade intrínseca que lhes assiste. O movimento dos “direitos humanos” teve gênese nos séculos XVII e XVIII, contudo apenas em 1947 é que se tornou um assunto de urgência inadiável com o Tribunal de Nuremberg³⁰, e granjeou expressão universal com a proclamação pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1948. A Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Código de Nuremberg materializaram a emergência de uma nova mentalidade relativa ao valor do ser humano e às condições indispensáveis para o seu desenvolvimento (NEVES, 2000, p. 211-212).³¹

²⁷ O reconhecimento universal da bioética principialista veio somente com a publicação de Beauchamp e Childress em 1979: Princípios da Ética Biomédica que se transformou na principal fundamentação teórica do novo campo de ética biomédica e direcionou sua preocupação para a prática clínica e assistencial.

²⁸ O Relatório Belmont (1978) foi um documento elaborado pelo congresso estadunidense (realizado no Centro de Convenções Belmont, em Elkridge, estado de Maryland) que tinha como meta estabelecer princípios éticos a serem contemplados nas pesquisas científicas com seres humanos, como um marco fundamental para “... a formalização definitiva da bioética como um novo campo disciplinar...” (DINIZ; GUILHERM, 2002, p. 23).

²⁹ PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Problemas atuais da Bioética. 8. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2008.

³⁰ TRIBUNAL DE NUREMBERG. Disponível em: <<http://www.historiadomundo.com.br>>. Acesso em: 10 mar. 2015. “Logo após a Segunda Guerra Mundial, um tribunal se reuniu em Nuremberg, na Alemanha, com o objetivo de julgar os crimes cometidos pelos nazistas durante a guerra. De 1945 a 1949, o Tribunal de Nuremberg julgou 199 homens, sendo 21 deles líderes nazistas. As acusações foram desde crimes contra o direito internacional até de terem provocado de forma deliberada a Segunda Guerra Mundial. A criação desse tribunal se deu através de um acordo firmado entre os representantes da ex-URSS, dos EUA, da Grã-Bretanha e da França, em Londres, em 1945.”

³¹ NEVES, M. C. P. A bioética e sua evolução. Revista O Mundo da Saúde. São Paulo, v. 24, n. 3, p. 211-22, maio/jun. 2000.

Nesta evolução das reflexões acerca do conceito e objeto da Bioética, sobretudo no contexto latino americano, como menciona Fortes (2011, p. 322)³², atualmente tem-se defendido “a noção da igualdade de direitos e da dignidade da pessoa humana, da autodeterminação dos povos, de não distinção de raça, ensejando a concretização de termos como acolhimento, hospitalidade, humanização e generosidade”. Deste modo, na abundância de muitos teóricos que pensaram com competência acadêmica o objeto e alcance da Bioética nos aspectos clínicos, é importante também reconhecer personalidades que contribuíram com sua práxis para a sedimentação efetiva das tendências concebidas hoje como princípios basilares da sociedade contemporânea e, neste estudo, os Direitos Humanos.

Dentre as diversas abordagens que se pode desenvolver neste assunto, destacam-se o questionamento de como se articulou a resposta de Dom Paulo como agente histórico ante aos abusos da repressão militar? Como isso se processou ao longo dos primeiros anos de seu arcebispado, levando ao distanciamento da postura da Igreja que outrora apoiava um Estado sob a égide da ditadura, mas, que neste período, se tornara sua principal contestadora? De que modo essa articulação contribuiu para a compreensão da relação crítica entre as duas instituições que, neste recorte histórico, promoveu um novo patamar na história da Arquidiocese de São Paulo, na população da periferia paulistana e na revisão da truculência por parte do Governo Militar? Tecendo essa abordagem, podem-se encontrar novos significados para o papel Igreja na história e na sociedade brasileira. Para isso, quiçá seja necessária uma análise dos principais aspectos em que o distanciamento Igreja-Estado se evidenciou neste período, bem como as repercussões.

É importante ressaltar que muitos dos aspectos desta época histórica ainda não foram totalmente compreendidos devido à ausência de material disponível para análise. A maioria destes arquivos ainda está sob a tutela das Forças Armadas, o que os torna de acesso restrito. Perante esta realidade, ainda há muito que se descobrir acerca deste período, que ainda é revestido de inexatidão e versões pouco sustentáveis. Recentemente, acalorados debates sobre a abertura dos arquivos militares na instauração da Comissão da Verdade³³ foram veiculados pela mídia. A Presidente em exercício, Dilma Rousseff, assim se pronunciou quando sancionou a Lei do Acesso à Informação, que regulamenta a consulta de documentos públicos, e a lei que institui a Comissão Nacional da Verdade:

³² FORTES, Paulo A. de Carvalho. Artigos de atualização: A bioética em um mundo em transformação. Revista Bioética. Brasília, v. 19, n. 2, p. 319-327, 2011.

³³ A Comissão da Verdade foi instalada em cerimônia no Palácio do Planalto no dia 16 de Maio de 2012, onde a presidente Dilma Rousseff nomeou sete integrantes que investigarão violações aos direitos humanos ocorridas de 1946 a 1988 (período que abrange o governo do presidente Eurico Gaspar Dutra até a publicação da Constituição Federal. FRANCO, Bernardo Melo. 10 perguntas para a Comissão da Verdade. Folha de São Paulo, São Paulo, 16, maio, 2012. Poder, p.11.

O Brasil se encontra consigo mesmo. Sem revanchismo, mas sem a cumplicidade do silêncio. Um país vitorioso de um povo vitorioso que tem hoje o privilégio de viver em sólida democracia que foi construída por muitos que lutaram, por muitos que resistiram. A lei do acesso à informação e a lei que institui a Comissão da Verdade se somam ao esforço e à dedicação de gerações de brasileiros e brasileiras que lutaram e lutarão para fazer do Brasil um país melhor, mais justo e menos desigual, brasileiros que morreram, que hoje homenageamos não com processo de vingança, mas através do processo de construção da verdade e da memória.³⁴

A apuração de fatos que remetem a essa época suscitando desconforto na relação governo, sociedade civil, vítimas e militares evidencia muito ainda por se esclarecer. A guisa de compreensão da relevância desse assunto, observa-se, por exemplo, a incoerência entre os números da Polícia do Exército sobre a quantidade de desaparecidos e os de seus familiares. Deste modo é que se impõe a finalidade desta pesquisa em investigar a resistência promovida pela atuação d. Paulo.

O LEGADO BIOÉTICO DE D. PAULO QUANTO AOS DIREITOS HUMANOS

Durante o seu episcopado, d. Paulo envidou esforços para promover valores hoje bem delineados pelos diversos meios que privilegiam a democracia, a liberdade de expressão, o Estado de Direito, a Anistia que, segundo as palavras de Skidmore (1988, p. 423) “o Cardeal Arns chamou mais tarde a luta pela anistia ‘a nossa maior batalha’”. A sociedade civil e suas instituições, da mesma forma, rejeitam uma série de aspectos que capitaneou o esforço de d. Paulo para superar pacificamente a censura, a violação dos Direitos Humanos, a agressão à dignidade humana em seus direitos de acesso à saúde, educação, cultura e condições básica de vida.

Nesta dimensão, pode-se citar a Constituição de 1988 como uma vitória naquilo que o religioso tanto acreditara e construiu o seu episcopado. A Constituição da República Federativa do Brasil está em vigor desde 1988, como lei fundamental e suprema. Configura-se como o princípio de todo o ordenamento jurídico que normatiza várias ramificações do direito e da sociedade, inclusive o Biodireito. O Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, no Capítulo I sobre a seção “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”, afirma:

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

³⁴ Trecho do discurso da Presidente Dilma Rousseff durante a instalação da Comissão da Verdade no dia 16 de Maio de 2012. O discurso na íntegra está disponível em < <http://www1.folha.uol.com.br/poder/1091271-leia-a-integra-do-discurso-de-dilma-na-comissao-da-verdade.shtml>>. Acesso em 18 fev. 2015.

- I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;
- II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
- III - ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante;
- IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
- V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
- VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias;
- VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;
- VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;
- IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
- X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988).

Outro aspecto a ressaltar é a presença de d. Paulo como alguém contemporâneo da história recente do Brasil que se esforçou por observar as diversas declarações de Bioética de âmbito internacional, como por exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (*Pacto de San José da Costa Rica*)³⁵, de modo particular o artigo IV, 1, ao tratar do direito à vida : “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção”. D. Paulo foi, de certo modo, o precursor desses valores em nossa sociedade, principalmente num período em que exatamente esses valores estavam sistematicamente sendo vilipendiados pela ditadura. Com maestria, soube realizar projetos de promoção humana e social para que os valores tão estimados nos congressos internacionais fossem preconizados na capital paulista.

Para encerrar esse breve parecer acerca da pessoa de d. Paulo como precursor do ideário bioético hoje sedimentados em nossa sociedade, como fomentador da humanidade, vale men-

³⁵ O Pacto de São José da Costa Rica, também conhecido como Convenção Americana de Direitos Humanos, é um tratado internacional entre os países-membros da Organização dos Estados Americanos e que foi firmado durante a Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, na cidade de San José da Costa Rica, e entrou em vigência em 18 de julho de 1978. Consiste numa das bases do sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos. Os Estados signatários desta Convenção se “comprometem a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que está sujeita à sua jurisdição, sem qualquer discriminação (RAMOS, André L S Cruz. Curso de Direito Empresarial – o novo regime jurídico-empresarial brasileiro, 3^a ed., Editora Juspodvm, Salvador: 2009. Disponível em: <<http://brasildireito.wordpress.com/2010/10/24/andre-luiz-santa-cruz-ramos-curso-de-direito-empresarial-o-novo-regime-juridico-empresarial-brasileiro-3%C2%AA-ed-2009-baixar/>>. Acesso em: 24 abr. 2015).

cionar a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, adotada por aclamação em outubro de 2005 pela UNESCO, órgão das Nações Unidas, Artigo 2, C, em que está alinhada com as Declarações anteriores, bem como com a atuação de d. Paulo: “contribuir para o respeito pela dignidade humana e proteger os direitos humanos, garantindo o respeito pela vida dos seres humanos e as liberdades fundamentais, de modo compatível com o direito internacional relativo aos direitos humanos”(UNESCO, 2005).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A bioética, enquanto ética da vida, toma para si o encargo de proteger a integridade e a dignidade da pessoa, principalmente dos mais vulneráveis, como os presos políticos submetidos à tortura sistemática no período aqui delimitado.

Desta forma, a bioética reconhece a historicidade humana e, do mesmo modo, que a proteção dos indivíduos vulneráveis se reveste como proteção da história humana. Ao tomar consciência da vulnerabilidade de sujeitos concretos, onde a vida é agredida em sua dignidade, a responsabilidade bioética invoca a indignação, compaixão e solidariedade como embasamento para um agir ético que propicie às vítimas da conjuntura opressora dos direitos humanos condições mínimas que atenuem o sofrimento gerado pelos torturadores.

Dom Paulo pautou seu episcopado nessa linha de articulação dos seus trabalhos frente à Arquidiocese de São Paulo, formando lideranças e organizando grupos que oferecessem suporte a seus objetivos de atenção às vítimas do sistema repressor.

É importante ressaltar peremptoriamente que as iniciativas arnsianas revestem-se da mais profunda intenção pacífica, desprezando qualquer referência à revolta popular ou luta armada para alcançar seus intentos.

A atuação de d. Paulo pautada na busca do diálogo o qualifica para identificá-lo como o antecessor de elementos bioéticos. E isto se reforça a partir de 2005 com a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos aprovada na Conferência Geral da UNESCO. Trata-se de uma série de recomendações pertinentes ao respeito a dignidade humana, aos direitos humanos e as liberdades fundamentais em sua totalidade, como atesta o artigo III. Neste aspecto, como apresentado numa citação na abertura do capítulo terceiro, “contra a pátria não há direitos”, d. Paulo se revela como paladino dos princípios tão caros para a bioética.

Ainda em sintonia com a Declaração Universal da Bioética e dos Direitos Humanos, mencionando que “os interesses e o bem-estar do indivíduo devem ter prioridade sobre o interesse exclusivo da ciência ou da sociedade”, d Paulo tem um papel imprescindível. Apesar do contexto

geopolítico beligerante com a Guerra Fria, o emprego da política de segurança nacional através do AI-5, d. Paulo tem uma atitude de responsabilidade com o humano acima de ideologias, corrupções, ameaças e intimidações, mesmo provenientes do alto escalão dos militares.

Igualdade, justiça e equidade, não-discriminação e não-estigmatização foram os ideais que moveram d. Paulo a pautar seu compromisso bioético com o ser humano, principalmente o injustiçado, torturado, vilipendiado em sua dignidade. Em muitos casos, enfrentou sequazes do aparelho repressor para desvelar a verdade sufocada dos porões da morte, reclamando os corpos dos desaparecidos e um funeral honrado para as vítimas do sistema.

Ressalta-se, neste trabalho, que a abordagem dispensada à bioética está mais relacionada aos direitos humanos internacionais e o respeito pela vida dos seres humanos. Neste sentido, a Declaração acima mencionada reconhece a interligação que existe entre ética e direitos humanos no que concerne ao universo próprio da bioética.

Esse é um dos pontos que em se pode associar d. Paulo como um homem que, no seu contexto, viveu antecipadamente os princípios que despontaria condensados em um só texto sobre Bioética e Direitos Humanos. Sua articulação frente à Arquidiocese de São Paulo deixou como legado as Comunidades Eclesiais de Base, Operação Periferia, Brasil - Nunca Mais, Comissão Justiça e Paz, as Pastorais Sociais - muitas foram as contribuições concretas do arcebispo - hoje emérito - de São Paulo. A sua coragem de ver a dignidade humana em cada semelhante, coragem de assumir as lutas justas e doar-se ao próximo.

Nas palavras de Dalmo Dallari, “qualquer ação humana que tenha algum reflexo sobre as pessoas e seu ambiente deve implicar o reconhecimento de valores e uma avaliação de como estes poderão ser afetados”.³⁶ D. Paulo, nesta pesquisa, foi percebido como alguém capaz de exercer sua função social em vista do bem do próximo, independente de sua posição ideológica, religiosa, social ou econômica. Visava defender o humano e assim fez. Não obstante críticas, rompimentos de pessoas influentes, perseguição até de setores da Igreja Católica e outros fatores de ordem desestimulante, manteve-se convicto de sua fé que transcendia a sacristia, como propôs o Presidente Médici que queria limitá-lo ao aspecto religioso, e atingia a vida no seu concreto, principalmente onde ela estava ameaçada: nos porões da ditadura ou nas periferias marginalizadas pelos poderes públicos.

Na homenagem que marcou sua despedida à frente da Arquidiocese de São Paulo, na Catedral da Sé, estavam presentes justamente as parcelas conhecidas como excluídas. Eram mulheres, negros, operários e os chamados “meninos de rua”.

³⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. Bioética e Direitos Humanos, A vida humana como valor ético. Disponível em <www.ufpel.tche.br/medicina/bioetica/artigo6.pdf> Acesso 24 abr. 2015.

Durante os 28 anos de seu episcopado na capital paulista, diversas entidades tiveram um lugar privilegiado, cabendo destacar a Comissão Justiça e Paz e o Clamor (Comitê de defesa dos Direitos Humanos).

Recentemente, como reconhecimento do legado de d. Paulo, o senado federal o homenageou, junto a mais quatro cidadãos, a receber a Comenda de Direitos Humanos Dom Hélder Câmara. Em discurso justificando a homenagem, o senador Pedro Simon (PMDB-RS) valorizou a trajetória de d. Paulo, citando sua proeminência no Projeto Brasil: Nunca Mais, na pesquisa informações sobre a repressão durante a ditadura militar e consequente denúncias públicas, além da venda do palácio episcopal de São Paulo para empregar os recursos na construção de centros comunitários.

REFERÊNCIAS

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. **Projeto Brasil Nunca Mais**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1985.

BATISTA, Bento da Gama. **1964 - Agonia em Fernando de Noronha**: depoimento sobre o cárcere da ditadura militar / 2000 Ed. Universitária, UFPB / Autor Associado.

BEAUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, J. F. **Principles of Biomedical Ethics**. 4. ed. New York: Oxford University Press, 1994.

BETTO, Frei. **Da prática da Pastoral popular**. Encontros com a Civilização Brasileira. v. 2. Rios de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

CARDOSO, Ciro Flamariom e VAINFAS, Ronaldo (org). **Domínios da História. Ensaios de Teoria e Metodologia**. Rio de Janeiro: Campus 1997.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Bioética e Direitos Humanos, A vida humana como valor ético**. Disponível em <www.ufpel.tche.br/medicina/bioetica/artigo6.pdf> Acesso 24 abr. 2015.

DINIZ, DÉBORA; GUILHEM, DIRCE. **O que é Bioética**. São Paulo, Brasiliense, 2007.

FICO, Carlos. **Como eles agiam / os subterrâneos da ditadura militar: espionagem e polícia política** / 2001 Record.

FORTES, Paulo A. de Carvalho. Artigos de atualização: **A bioética em um mundo em transformação**. Revista Bioética. Brasília, v. 19, n. 2, p. 319-327, 2011.

GASPARI, Elio. **A Ditadura Envergonhada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

_____. **A Ditadura Escancarada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

JOSÉ, Emiliano. Carlos MARIGHELLA. **O inimigo número um da ditadura militar**. 1997 Sol & Chuva.

KUCINSKI, Bernardo, **O fim da ditadura militar**. 2001 Contexto.

LAMARÃO, Sérgio. **A conjuntura de radicalização ideológica e o golpe militar: A Marcha da Família com Deus pela Liberdade**. Disponível em: <http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/Jango/artigos/AConjunturaRadicalizacao/A_marcha_da_familia_com_Deus>. Acesso 17 mar 2015.

LIBÂNIO, J. B. **Conflito Igreja-Estado**. Encontros com a Civilização Brasileira. v. 4. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

MELO, Jermir Pinto de, **Feridas da Ditadura Militar**. 2001 DTP Design Gráfico.

MIRANDA, Nilmário, **Dos filhos deste solo / mortos e desaparecidos políticos durante a ditadura militar: a responsabilidade do Estado**. 1999. Ed. Fundação Perseu Abramo / Boitempo.

NEVES, M. C. P. **A bioética e sua evolução**. Revista O Mundo da Saúde. São Paulo, v. 24, n. 3, p. 211-22, maio/jun. 2000.

OLIVEIRA REIS Filho, Daniel AARÃO, **Ditadura militar, esquerdas e sociedade**. 2000 J. Zahar.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais da Bioética**. 8. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2008.

POTTER, Van Rensselaer. **Bioethics: bridge to the future**. Jersey: Englewood Cliffs, Prentice-Hall, INC., 1971.

PRIORI, Angelo Aparecido. **A Doutrina de Segurança Nacional e o manto dos Atos Institucionais durante a ditadura militar brasileira**. Revista Eletrônica Espaço Acadêmico, Maringá, v. 35, 2004.

RAMOS, André L S Cruz. **Curso de Direito Empresarial – o novo regime jurídico-empresarial brasileiro**, 3ª ed., Editora Juspodvm, Salvador: 2009. Disponível em: <<http://brasildireito.wordpress.com/2010/10/24/andre-luiz-santa-cruz-ramos-curso-de-direito-empresarial-o-novo-regime-juridico-empresarial-brasileiro-3%C2%AA-ed-2009-baixar/>>. Acesso em: 24 abr. 2015.

RODRIGUES, Cátia Regina: **A Arquidiocese de São Paulo na gestão de d. Paulo Evaristo Arns (1970-1990)**. Dissertação de Mestrado em História Social. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

SERBIN, Ken, **Diálogos na sombra / bispos e militares, tortura e justiça social na ditadura**. 2001: Companhia das Letras.

SKIDMORE, Thomas E. **Brasil: de Castelo a Tancredo, 1964-1985**. Tradução Mario Salviano Silva. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

SILVA, MJM. **A Relação Igreja-Estado: do conflito à parceria**. Piauí, Sem data.

Disponível em <<http://www.ufpi.br/mesteduc/eventos/iiencontro/GT-4/GT-04-05.htm>> Acesso em 18 de Abr. 2015.

SYDOW, Evanize e FERRI, Marilda. **Dom Paulo Evaristo Arns: Um homem amado e perseguido**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

VALLE, Maria Ribeiro do, 1968 / **o diálogo é a violência: movimento estudantil e ditadura militar no Brasil** / 1999 Ed. da UNICAMP.

VIER, Frederico. **Compêndio do Vaticano II: Constituições, decretos e declarações**. Petrópolis, RJ: Vozes (sem data)

VILLA, Marco Antonio, **Sociedade e história do Brasil, | XIII : a ditadura militar**. 2001 Instituto Teotônio Vilela.

DIREITOS HUMANOS EM DETRIMENTO DA VINGANÇA SOCIAL SOB O PARADIGMA DA CARTA UNIVERSAL

JULIO CEZAR AVANZA ¹
VICTOR MUNIZ COUTO ²
PAULO SERGIO RIZZO ³

RESUMO

Neste estudo pretende-se repensar e recuperar os fundamentos e princípios dos Direitos humanos juntamente com a responsabilidade bioética postos na Declaração Universal dos Direitos humanos e Bioética da Unesco, usando para isso o método de pesquisa bibliográfica e doutrinária digital e a análise documental referente as pesquisas internacionais e materias jornalísticas nacionais fluindo assim para a seara da aplicação penal de tais conceitos identificando o motivo que leva a sociedade a um desprezo pelo conceito humano do apenado pura e simplesmente por um sentimento frustrado de vingança social. Levando-o a perder sua dignidade como pessoa humana e, conseqüentemente, concordando com a inércia do Estado para com sua responsabilidade.

Palavras-Chave: Direitos humanos. Bioética. Direito Penal.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar a possibilidade de uma nova interpretação dos Direitos Humanos e da responsabilidade Bioética dentro de nosso ordenamento diante a visível falha na adaptação dos atuais moldes a nossa sociedade.

O artigo abrangerá tais perspectiva aplicando-as sob a figura do apenado que além de ter seus Direitos já vilipendiados por força de um Estado ineficaz ainda tem que se deparar com novos moldes de irresponsabilidade bioética para que se atenda o anseio do pré suposto filosófico aclamado pela sociedade, tal qual seja, a justiça para a vítima sem que para isso tenhamos que nos abster de um dos princípios que circundam a Declaração Universal da UNESCO sobre os Direitos Humanos e a Bioética, a dignidade da pessoa humana.

¹ Graduando do curso de Direito da Faculdade Doctum-Vitória/ES. E-mail: avanza filho@gmail.com.

² Graduando do curso de Direito da Faculdade Doctum-Vitoria/ES. E-mail: Victor.muniz@hotmail.com.br

³ Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Atualmente é Professor de Direito Processual Penal e Teoria Geral do Processo da Rede de Ensino Doctum - Vitória-ES; Professor de Direito do Consumidor, Jurisdição Constitucional, Prática Simulada Penal, Direito Constitucional III e Processo Penal da Estácio de Sá de Vila Velha-ES; Advogado e Consultor Jurídico - ps.rizzo@hotmail.com

Para atender o título do artigo, indaga-se como problemática da pesquisa: O que deve ser feito para que nosso ordenamento jurídico se adeque a demanda social sem que para isto exista um detrimento prático aos Direitos Humanos e Bioéticos do apenado e do sujeito a medida cautelar estigmatizante.

A solução para tal questionamento será proposto no parâmetro mais abrangente possível procurando abarcar o Direito Penal a Bioética e a Dignidade da Pessoa Humana.

Nesse tom pretendendo-se chegar a uma solução onde o Estado se responsabilize e arque com o seu dever institucional e constitucional de proteger o assegurado nas áreas do Direito supra citadas.

Para tanto é usado como metodologia a pesquisa bibliográfica analisando a propositura de vários doutrinadores acerca do assunto chegando-se a uma conclusão derivada desta análise.

A INÉRCIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO FACE AO PARADIGMA CONTIDO NA DECLARAÇÃO UNIVERSAL

À Carta Magna está impregnada com um espírito humanitário, repleto de proteções e de dispositivos que transmitem a relevância dos Direitos Humanos dentro de nosso ordenamento jurídico, não se contentando com isso chegou-se ao ponto de o legislador elevar os tratados internacionais sobre Direitos Humanos em que o Brasil é signatário ao mesmo nível de emenda constitucional, após obedecerem aos devidos trâmites legais.

A Constituição Brasileira de 1988 é marcada por forte proteção aos Direitos Humanos, e disso não existe dúvida, para tanto basta observar o disposto nos artigos 1º, III que diz:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos(...) III- a dignidade da pessoa humana. (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. a)

E em seu art. 4º, II que diz:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
I – independência nacional;
II – prevalência dos direitos humanos.

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

E em seu art.5º,LXXVIII, parágrafo 3º que diz:

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

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. [...] § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

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

Entretanto, observamos que essa importância destacada pelo legislador Constituinte aos Direitos Humanos diversas vezes nos parece utópica uma vez que o objetivo de tais normas não consegue extrapolar os limites das linhas do Código, ficando suas raízes em nosso ordenamento sem que possa dar frutos em nossa realidade.

Nesse diapasão versa Lassale (2002, p.68) “A Constituição formal seria revogada pela Constituição real, pois, de nada serve o que se escreve numa folha de papel se não se ajusta à realidade, aos fatores reais e efetivos do poder.”

Referenda essa linha de raciocínio Bobbio (1992, p.25). “o importante não é fundamentar os Direitos do Homem, mas protegê-los [...]. Para protegê-los, não basta proclamá-los.”

Nas palavras de Oliveira (2007, p.363) “existe um paradoxo entre o que está escrito nas declarações e tratados e o que há de concreto, pois não basta estar apenas escrito nos tratados internacionais e nas maiorias das constituições dos países ocidentais, é fundamental a ação do Estado, para realizá-las.”

Nesse diapasão segue Carvalho (2008) ao relatar que infelizmente o Estado não consegue prover a população educação, saúde, habitação e segurança não conseguindo, portanto, extrapolar, o mínimo que se espera a linha existente entre teoria e realidade quando se trata de garantias fundamentais.

Dessa forma, o Estado mantém-se inerte cumprindo tão somente a teoria e ignorando o princípio basilar da dignidade humana, não o respeitando em desvirtude de ideologias políticas, interesses pessoais ou de grupos sociais. Aliás, as políticas econômicas e sociais são instituídas com o falso objetivo de manter o *status quo*.

Insta ressaltar que o estado pouco se preocupa em reparar este paradoxo entre norma e realidade quando se trata, não somente, mas também, de Direitos Humanos e responsabi-

lidade Bioética aplicada dentro dos presídios ou até mesmo nas medidas cautelares diversas da prisão na forma de monitoramento eletrônico.

Não se preocupando sequer com o dano que esta inércia pode trazer a sociedade como um todo. Nas palavras de ACCIOLY, SILVA E CASELA (2010, p.88) “o dano pode ser originado pela inércia por parte do Estado na realização de atos que “normalmente” seriam feitos para garantir a proteção dos Direitos Humanos, ou para punir violações já ocorridas, ou prevenir que ocorram.”.

Nesse mesmo sentido disse Oliveira (2011):

O problema é que é menos problemático para os governos estaduais aliviar a pressão que existe no estabelecimento prisional. Se o preso pode ficar fora do presídio o dia inteiro, é conveniente e cômodo. Assim, ele não dá problema lá dentro para os diretores. Infelizmente, acho que o sistema prisional é a décima preocupação de um governo. Ele primeiro se preocupa com a saúde financeira. Para eles, o que importa é que os presos não deem problema. (OLIVEIRA, 2011, p. 956).

O Estado não deve agir no sentido de violar Direitos Humanos, mas também deve prevenir tais violações, impedindo que determinadas condutas violem e continuem violando tais Direitos.

Desse modo é missão e dever do Legislativo e do Judiciário, na atual situação que nos encontramos, repensar o paradigma da Declaração Universal da UNESCO e dos Direitos Humanos e Bioéticos no cenário Internacional.

Tal paradigma ao qual se questiona é atemporal e aplicar-se-à em qualquer tempo futuro e preferencialmente presente, entretanto preocupou-se muito em descrever o que seriam Direitos Humanos ou do que se trataria a Bioética e esqueceu-se de traçar uma diretriz concisa nos sentido de referendar tais princípios exigindo a priori apenas um compromisso das nações em zelar por tais direitos.

Conforme Flavia Piovesan (1996, p.25), “os instrumentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos, consagram parâmetros mínimos a serem respeitados pelos Estados.”

Infelizmente a ideia de parâmetro mínimo foi transportada integralmente para nosso ordenamento jurídico, no qual prioriza o Direito Humano e a responsabilidade Bioética apenas teoricamente, preocupando-se pouco com sua aplicação prática, deixando num plano extra-teórico ou real uma incerteza sobre a que tempo e como se deve fazer para garantir estes Direitos de forma efetiva.

Exemplos claro disso é a pesquisa datada de 2011 divulgada em 2012 da anistia internacional que constatou que até o ano de 2011, a população carcerária atingiu o número aproxima-

do de 500 mil internos desses, 44% estavam em detenção provisória, aguardando julgamento, sendo submetidos a superlotação extrema, condições degradantes, tortura e violência que entre os presos eram situações comuns que foram constatadas pela pesquisa.

A solução dada pelo Estado em resposta a esta situação foi fornecer a esses presos, submetidos à condições precárias, uma tornozeleira eletrônica que, segundo o Governo Federal, tem como vantagens evitar a superlotação de prisões e economizar custos ao poder público.

Percebe-se que por uma falta de vontade do Estado em querer dirimir a situação executa-se uma solução impensada sem o devido foco de que carece o paradigma humanitário e bioético da Declaração Universal.

O Estado esqueceu-se de que uma pessoa sob o efeito de uma prisão cautelar, já sofrendo com o estigma de culpado antes mesmo de ter passado por todo devido processo legal, é forçado a regredir a um estado inumano sem seus Direitos nem sua dignidade preservada.

De tal modo despejar esse indivíduo que sofreu com o estigma imposto pela prisão cautelar com uma pulseira ou tornozeleira de monitoramento só reforça ao indivíduo a sensação de que sua dignidade humana foi usurpada pelo Estado e que o seu Direito de, após cumprida sua pena, voltar a ter uma vida normal é praticamente mera falácia.

Tal procedimento se assemelha muito com a tão temida definição de vingança social de Nietzsche que nossa constituição tanto tenta afastar, como bem leciona Azeredo (2002):

Nietzsche distingue no castigo um elemento duradouro, que seria o ato propriamente dito, e um elemento fluido, que seria o sentido. No ato estão incluídos todos os tipos de procedimentos que executam. No fim, as expectativas advindas da execução dos procedimentos. (AZEREDO, 2002, p. 75)

Assim o Estado segue corrompendo a dignidade humana do indivíduo e a Declaração universal da UNESCO no tocante ao seu art. 4º que trata dos efeitos benéficos e nocivos do avanço tecnológico. Como vemos:

Artigo 4º- Efeitos benéficos e efeitos nocivos. Na aplicação e no avanço dos conhecimentos científicos, da prática médica e das tecnologias que lhes estão associadas, devem ser maximizados os efeitos benéficos directos e indirectos para os doentes, os participantes em investigações e os outros indivíduos envolvidos, e deve ser minimizado qualquer efeito nocivo susceptível de afectar esses indivíduos (UNESCO, 2005, p.6).

Dessa forma há de se repensar os Direitos garantidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos e Bioética, não no sentido de garantia, mas sim no sentido de eficácia, o paradigma da Declaração não mais deve constar apenas formalmente dentro de nossa cons-

tituição e de nosso ordenamento, este deve passar definitivamente para o campo da realidade extrapolando a norma escrita atingindo o plano da eficácia.

Vale que no tocante ao significado de Direitos Humanos, não se encontra um resultado satisfatório, sobretudo quando se procura fundamentar tal significado de forma absoluta ou única (OLIVEIRA, 2007).

A partir dessa constatação há que se exigir o afastamento da inércia por parte de nosso Estado para que possamos definir os Direitos Humanos e a Bioética, mas não apenas conceitualmente e sim dentro da realidade para que não mais tenhamos de presenciar que anseia pela violação do Direito Humano de um apenado dentro de seu regimento de pena já que graças a inércia do estado em fazer valer seus compromissos faz com que este apenado não passe pelo devido processo de ressocialização e se submeta a uma inteira irresponsabilidade sob o ponto de vista Bioético.

O SILÊNCIO DA SOCIEDADE FACE A OMISSÃO DO ESTADO

O Estado não se atenta a gerar uma real condição humana e ressocializadora ao apenado em seu ambiente carcerário, de modo que aquela experiência vivida no cárcere ou no caminhar da medida de cautela se torna desgastante humanamente falando e corrosiva socialmente.

Identifica-se então que, mais especificamente no tocante ao apenado ou sujeito acometido de medida cautelar, não são poucas as vezes que o Estado atenta contra seus Direitos Humanos, seja pela discriminação seja pela precariedade das condições oferecidas para que o sujeito seja ressocializado e reconhecido como uma nova pessoa pela sociedade.

Silva (2013) afirma que caso as técnicas de ressocialização fossem respeitadas e cumpridas de fato, respeitando-se a garantia constitucional do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o tempo de pena seria por si só eficaz atingindo os objetivos teóricos do Sistema Penitenciário.

O desrespeito aos Direitos Humanos é tão grave que por vezes a situação dos presídios é mais grave do que as favelas e comunidades das quais os presos provêm. Essa negligência do Estado deve ser visualizada e modificada, isso, pois, como se referem alguns doutrinadores, não é falta de condições financeiros do Estado, e sim a priorização que o Estado dá a determinadas áreas.

Não obstante o mesmo Estado que corrompe a vida do indivíduo já apenado também o faz com o indivíduo que nem ao menos sabe se é o culpado pelo ato delituoso usando exacerbadamente a prisão preventiva ou até mesmo a temporária prevista no nosso ordenamento jurídico chegando a um número absurdo de presos sem condenação.

Segundo Alves⁴ (s.d.):

Em 2009 no seminário da Comissão de Direitos Humanos o representante do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a época Erivaldo Ribeiro dos Santos, disse que, 43% é uma média nacional, mas em alguns estados chega a 80% a proporção de pessoas não condenadas presas por decisão cautelar judiciária.

Desse modo vemos claramente que a falta de interesse do Estado em cumprir com seu dever de prover o necessário a dignidade humana chegando ao caso de o Estado simplesmente ignorar sua responsabilidade bioética pactuada sob o manto da declaração universal da UNESCO sobre Direitos Humanos e Bioética.

Assim entende-se que esse desinteresse tem o respaldo da sociedade que impõe silêncio a tal descaso com o Direito Humano do apenado, pois a sociedade já não se importa com o preso, e desconhece que nos dias de hoje o maior torturador é o Estado.

Contentando-se com um pensamento de que o apenado não tem nada menos do que merece, simplesmente vilipendiando o fato de que o apenado trata-se de um ser humano conforme diz Rangel(2014) a sociedade se cala diante dessa realidade, por acreditar que os que lá estão merecem tal sofrimento.

Há uma concordância quase geral de que os delinquentes necessitam padecer dos males do sistema, pois pensarão duas vezes antes de cometerem novos delitos, mas ainda devemos observar as palavras do doutrinador Baratta (1997, p.66) que esclarece e denuncia uma grave inversão no papel do Direito Penal mostrando que este, outrora última e extrema estância, tornou-se a solução mais eficaz e a que mais se recorre ao deparar-se com problemas sociais, solução essa que se mostra, ao mesmo tempo, repressora (com o aumento da população carcerária e a elevação das penas) e simbólica (de modo que a classe política acaba por recuperar diante a sociedade o prestígio ora perdido, acolhendo a uma demanda social por aplicação e aumento de pena).

DIREITOS HUMANOS E BIOÉTICA: UMA EXPECTATIVA OU REALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Direito Penal atual de nosso país tem sua base na constituição obedecendo ao princípio da supremacia constitucional não podendo legislar de forma diversa do princípio estabelecido pela carta magna ou contra artigo expresso constatare nesta.

⁴ ALVES, Vania. Estado deve ser punido por caos nos presídios, dizem especialistas. (s.d.). Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/135778-ESTADO-DEVE-SER-PUNIDO-POR-CAOS-NOS-PRESIDIOS,-DIZEM-ESPECIALISTAS.html>>. Acesso em: 24 maio 2015.

Em alguns momentos nosso Direito Penal chega até mesmo a reproduzir nossa constituição muito embora isto, á um primeiro momento, nos traga uma sensação de segurança jurídica, entretanto após profunda análise vemos que nosso Direito Penal não só reproduz normas constitucionais como também reproduz sua limitação no sentido de extrapolar a norma escrita e de atingir o plano da eficácia plena.

Sobretudo no tocante aos Direitos Humanos, nosso Código Penal (e por Código Penal englobamos todos os institutos penais de nossa legislação) na obrigação de se restringir as orientações de nossa constituição oferece ampla condição de tratamento humano ao apenado garantindo-lhe de forma expressa Direitos Humanos como dignidade e Direito a vida e, por conseguinte, compromisso bioéticos para com este.

Porém, como na constituição, essas normas encontram imensuráveis dificuldades para atingir o plano da realidade, isto se prova ao confrontarmos a LEP (lei de execução penal/ lei nº7210/84) a Constituição Federal de 1988 e a declaração universal da UNESCO sobre Bioéticas e Direitos Humanos com a seguinte matérias jornalísticas.

Jornal eletrônico⁵ “Jornalismo SP, “Direitos Humanos são violados nas penitenciárias Brasileiras.”:

O chefe da pastoral carcerária que trabalha em prol da garantia dos direitos do apenado e de sua família firma que “Presídio é o local da garantia da violação de direitos humanos” e diz ainda que “Um homem acusado de roubar galinhas acaba dividindo a cela com um chefe de quadrilha [...]. De acordo com a lei, somente o delator do crime pode pagar por ele, no entanto, no Brasil, a família paga junto [...].

A segunda notícia:

Um detento em regime aberto com uso de tornozeleira voltou à prisão, na quarta-feira (14), em uma ação da Delegacia Especializada da Defesa da Mulher (DEDM), após agredir a companheira grávida. O acusado Luciano Oliveira da Conceição, 47, foi autuado em flagrante por tráfico de drogas, injúria, além responder por lesão gravíssima e ameaça (CUIABÁ, 2015).

Soma-se a isto a doutrina de Carvalho Filho⁶, que diz:

Nas prisões Brasileiras a realidade é realmente bem diferente do normatizado. Os cativos sofrem constantes agressões, tanto físicas quanto morais, por parte dos companheiros de cela e dos agentes do Estado,

⁵ BERALDO, Gabriela. Direitos humanos são violados nas penitenciárias brasileiras. Disponível em: < <http://jornalismosp.espm.br/plural/direitos-humanos-sao-frequentemente-violados-nas-penitenciarias-brasileiras>. Acesso em: 20 maio 2015.

⁶ CARVALHO FILHO, Luiz Francisco. **A prisão**. São Paulo: Publifolha, 2002.

estes últimos impondo uma espécie de regulamento carcerário, que não está consignado na legislação, e funciona como uma sanção retributiva ao mau comportamento do preso.

Assim fica constatado que teoricamente o Direito Penal e o constitucional são pontuais quanto ao paradigma da declaração universal da UNESCO sobre bioética e Direitos Humanos, porém sofrem do mesmo mal da declaração quando passados para o campo da realidade são ignorados e cruelmente violados, ficando claro que nosso ordenamento carece de artigos e normas que façam com que o Direito constituído consiga atingir sua eficácia plena no campo da realidade, quanto a este problema diz a doutrinadora Anna Judith Rangel⁷ que diz:

O Brasil tem demonstrado interesse em seguir a corrente de reconhecimento e valorização desses direitos, ratificando inúmeros tratados de direitos humanos frente à Comunidade Internacional[...].

Analisando a questão carcerária e as graves violações a que os apenados estão submetidos no Brasil, chega-se à pesada conclusão de que o sistema prisional brasileiro está em ruínas, necessitando de uma reforma urgente em todos os aspectos[...].

Cria-se, assim, um ambiente favorável à reincidência, na medida em que o encarcerado passa a conviver dentro de um estabelecimento em condições subumanas, totalmente desprezado pelas políticas públicas e sem qualquer perspectiva quando adquirir novamente a liberdade [...].

A Constituição de 1988 trouxe uma série de garantias aos brasileiros, e dessa categoria não estão excluídos os reclusos. No entanto, há que se reconhecer que direitos que vão além do direito à liberdade – este legitimamente restrito pela sanção penal – estão sendo gravemente desrespeitados, tais como o direito à vida, à saúde, à integridade física, à assistência material.

Não obstante ao visualizarmos o art. 4º da Declaração Universal ao tratar da bioética que diz:

Na aplicação e no avanço dos conhecimentos científicos, da prática médica e das tecnologias que lhes estão associadas, devem ser maximizados os efeitos benéficos directos e indirectos para os doentes, os participantes em investigações e os outros indivíduos envolvidos, e deve ser minimizado qualquer efeito nocivo susceptível de afectar esses indivíduos (UNESCO. Universal Declaration on Bioethics and Human Rights. Paris: UNESCO; 2005. Art.4º. p.6).

7 RANGEL, Anna Judith. **Violações aos direitos humanos dos encarcerados no Brasil**: perspectiva humanitária e tratados internacionais. Disponível em: <http://ninhajud.jusbrasil.com.br/artigos/123151293/violacoes-aos-direitos-humanos-dos-encarcerados-no-brasil-perspectiva-humanitaria-e-tratados-internacionais>>. Acesso em: 22 maio 2015.

Percebe-se que com o exposto por Anna Judith Rangel (2014) ao dizer que os Direitos que vão além do Direito à liberdade – este legitimamente restrito pela sanção penal – estão sendo gravemente desrespeitados, tais como o Direito à vida, à saúde, à integridade física, à assistência material.

Tais artigos não são cumpridos quando nos deparamos com a realidade vez que o indivíduo que por um acúmulo de tempo carcerário, causado por um Estado omissivo, teve sua dignidade humana arrancada de si e ao ser devolvido a sociedade, portanto uma torneleira eletrônica, não irá usufruir de nenhum efeito benéfico a não ser a falsa sensação de liberdade devolvida que aliada a um sentimento traumático causado pelo cárcere só irá potencializar a chance do indivíduo voltar a prática do crime como é na maioria dos casos em que o preso tem tal oportunidade.

Dessa forma percebemos que é evidente a lacuna que existe no ordenamento jurídico Brasileiro entre a norma e a realidade, falta ao ordenamento jurídico um link que possa conectar esses dois extremos, realidade e norma, Direito Penal e Direito Humano/ Bioética (esses últimos no plano da realidade) para que se possa terminar com a mera expectativa de que se alcance realmente o Direito Humano e uma responsabilidade Bioética numa perspectiva penal para que se complete o ciclo de eficácia destes institutos dentro do instituto Penal.

DETRIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS EM FACE DA “VINGANÇA SOCIAL”, UM REVÉS IMPOSTO A SOCIEDADE.

No ano de 2004 a ONU denuncia em seu relatório um aumento de homicídios, não só no Brasil, mas também em toda a América latina, de 77% segundo a ONU-Habitat em seu relatório “Estado das Cidades do Mundo 2004/2005” esse aumento ocorreu somente no período compreendido entre 1994-2004.

Seis anos depois, já em 2011, o instituto de pesquisa LFG(luiz flavio gomes) divulga pesquisa alarmante onde o Brasil fechou o ano de 2010 com meio milhão de presos.

Cinco anos depois nos deparamos com a realidade das torneleiras eletrônicas sob a justificativa de se diminuir gastos com os internos no cárcere Brasileiro e diminuir o número constante em nossos presídios.

A conexão entre os fatos a ser feita é a seguinte: o aumento do número de homicídios durante os anos resultou numa resposta efetiva das autoridades estatais o que causou um super acúmulo de internos em presídios pelo Brasil afora, extrapolando a capacidade carcerária dos Estados. Como resposta a isso o Estado vem implementando uma série de medidas paliativas com resultados pouco expressivos como o uso de torneleira.

Concorrente a estes fatos a sociedade tem acompanhado esta guerra de números entre estado e criminalidade como alguém que assisti a um espetáculo, entretanto tal sociedade se comporta como um espectador insatisfeito que não vê a hora do fim do “show de horrores”.

Traduzindo melhor em palavras vemos a seguinte doutrina:

Atualmente predomina uma atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se fazem à prisão refere-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado (BITENCOURT, 2004. p. 471).

Nesse ponto encontra-se uma população insatisfeita por não vislumbrar um fim próximo para essa guerra entre estado e criminalidade e decide não mais considerar aqueles apenados dignos de um respeito humano, eis a conexão, cansada de ser um espectador passivo a sociedade toma para si o Direito de se tornar protagonista nessa história e de fazer “Justiça com as próprias mãos”.

Nesse diapasão a sociedade segue julgando as atitudes do estado como ineficazes e inúteis face ao aumento da criminalidade, julgando ainda que os presídios brasileiros já não servem mais para reeducar os presos. E o tratamento medieval e inquisitório recebido pelos internos dentro das casas de detenção nada mais são do que o tratamento justo a ser recebido pelo que se aventura na criminalidade julgando ainda que tais medidas paliativas não serão o suficiente para que se atenda a necessidade de justiça que a sociedade pede. O Estado ao deparar-se com isso não vê outra maneira que não ceder aos julgamentos da sociedade dando início a uma lacuna entre norma e realidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que a resposta para a pergunta feita ao início deste artigo “O que deve ser feito para que nosso ordenamento jurídico se adequasse a demanda social sem que para isto exista um detrimento prático aos Direitos Humanos e Bioéticos do apenado?” não é de fácil dissolução, chega-se a conclusão de que o cerne do problema encontra-se depositado na máquina do Estado que por anos encontra-se com as engrenagens enferrujadas, e que de quando em quando funciona em favor de alguns poucos eleitos.

Tal solução exigiria que os três poderes da união fizessem de fato valer a harmonia entre si e colocassem em prática uma reformulação do paradigma da declaração universal sobre

bioética e Direitos Humanos de modo que possamos não mais nos contentar em garantir que o Direito esteja Codificado na Lei, devemos cuidar para que a lei nos de meios para adequar a norma codificada em realidade.

Deve-se também cuidar para que a norma torne obrigação do Estado cumprir com seu dever no campo da realidade para que este Estado não se acomode na inércia, inquirindo aquele que não tem maior força de resposta por estar trancafiado numa masmorra chamada de cela ou estigmatizado dentro de uma sociedade graças a uma medida cautelar.

Somente codificando os meios necessários para alcançarmos os Direitos estabelecidos é que se conseguirá que o Estado de fato cumpra com seu devido papel. Dessa forma, nosso ordenamento jurídico estará adequado a dar uma resposta à sociedade obrigando o Estado a cumprir com seu dever.

O Estado, portanto, deve desde já sair da inércia e não continuar penalizando a dignidade da pessoa humana e estigmatizando o sujeito passivo de uma medida cautelar que tem em si marcado “a ferros” a insígnia da culpa.

Afinal deve-se concluir que Direitos Humanos e responsabilidade Bioética é sim um dever do Estado para com todos conforme fundado em nossa Carta Magna Constitucional e, como este que é, deve ser cumprido e não simplesmente ocultado ou ignorado, tanto pela sociedade quanto pelo Estado.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G.E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 18. ed. De acordo com o Decreto 7030, de 14-12-2009, e a Lei 12.134, 18-12-2009. São Paulo: Saraiva, 2010.

AFONSO, Adriano Henrique. *A hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos após o advento da EC nº 45/04*. Disponível em <<http://www.iuspedia.com.br>> 13 fev. 2008. Acesso em: 24 jun. 2015

ALVES, Vania. **Estado deve ser punido por caos nos presídios, dizem especialistas**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/135778-ESTADO-DEVE-SER-PUNIDO-POR-CAOS-NOS-PRESIDIOS,-DIZEM-ESPECIALISTAS.html>>. Acesso em: 24 maio 2015

AZEREDO, Vânia Dutra de. **Nietzsche e a dissolução da moral**. São Paulo: Discurso Editorial, 2002.p.75.

BOBBIO, Norberto. **A era do direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BARATTA, Alessandro. Defesa dos direitos humanos e política criminal. **Instituto Carioca de Criminologia**: Discursos sediciosos crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, Ano 2, n. 3. p. 66, 1º semestre, 1997.

BERALDO, Gabriela. **Direitos humanos são violados nas penitenciárias brasileiras**. Disponível em: <<http://jornalismosp.espm.br/plural/direitos-humanos-sao-frequentemente-violados-nas-penitenciarias-brasileiras>>. Acesso em: 20 maio 2015.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.p.471

CARVALHO, Flávio Rodrigo Masson. Os direitos humanos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e o pensamento filosófico de Norberto Bobbio sobre os direitos do homem. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 57, set 2008.

CARVALHO FILHO, Luiz Francisco. **A prisão**. São Paulo: Publifolha, 2002.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

LOCAL, Reportagem. O Documento Após agredir a mulher grávida, policiais estiveram na casa do detento e constaram cocaína num aposento e o prenderam. Disponível em: <<http://odocumento.com.br/noticias/policia-cidades/preso-detento-com-tornozeleira-por-agressao-e-trafico,3018>>. Acesso em: 20 maio 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 15 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011. 956 p.

OLIVEIRA, Samuel Antônio Merbach de; BOBBIO, Norberto. Teoria política e Direitos Humanos. **Revista Filosofia**. Editora Champagnat. V. 19 N. 25 jul.dez. 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996 p.25

RANGEL, Anna Judith. **Violações aos direitos humanos dos encarcerados no Brasil**: perspectiva humanitária e tratados internacionais. Disponível em: <<http://ninhajud.jusbrasil.com.br/artigos/123151293/violacoes-aos-direitos-humanos-dos-encarcerados-no-brasil-perspectiva-humanitaria-e-tratados-internacionais>>. Acesso em: 22 maio 2015.

SILVA, Elisa Levien. **A realidade do sistema penitenciário brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana.** Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7926/A-realidade-do-sistema-penitenciario-brasileiro-e-o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em: 10 maio 2015.

UNESCO. Universal Declaration on Bioethics and Human Rights. Paris: Unesco; 2005.p.6

TEORIA DO RECONHECIMENTO E OS MOVIMENTOS MIGRATÓRIOS CONTEMPORÂNEOS NO ESPÍRITO SANTO ¹

ANDRÉ MARTINS DUARTE ROSA ²

LUIZ FELIPE COSTA SANTANA ³

MARINA SALEME DE MENEZES ⁴

RESUMO

A Teoria do Reconhecimento, protagonizada pelo filósofo alemão Axel Honneth, representante da terceira geração da Escola de Frankfurt, problematiza as formas de reconhecimento como fatores de inserção de indivíduos na sociedade. Nessa perspectiva conceitual, o presente artigo busca relacionar a teoria honnethiana com a atual situação vivenciada pelos migrantes e refugiados que chegam ao Espírito Santo. Desse modo, o presente texto pretende analisar alguns pontos pertinentes a essa problemática, como o processo de reconhecimento desses indivíduos e possíveis soluções para a realização e garantia de eficácia dos direitos fundamentais desses atores sociais que chegam de forma diferenciada na comunidade espiritosantense.

Palavras chave: Reconhecimento. Refúgio. Espírito Santo.

A TEORIA DO RECONHECIMENTO

A busca pelo conhecimento do processo de inserção dos indivíduos em uma dada comunidade perpassa, ao menos idealisticamente, pela construção teórica protagonizada por Axel Honneth. Enquanto atual representante da tradição da teoria crítica da Escola de Frankfurt, o filósofo e sociólogo alemão desenvolveu a prestigiada Teoria do Reconhecimento, tendo como objetivo primordial demonstrar que a introdução de indivíduos nas sociedades não é resultado de um processo pacífico, mas sim por meio da luta pelo reconhecimento.

Inicialmente, Honneth pretende evidenciar a insuficiência da teoria crítica de Habermas e, para tanto, se vale dos conceitos de luta por reconhecimento desenvolvidos por Hegel e Mead. Nessa seara, o filósofo concebe três formas de reconhecimento entre os sujeitos: por

¹ O presente artigo faz parte das atividades do Grupo de Extensão e Treinamento em Advocacia Internacional (GETAI), do curso de Direito da UFES, sob liderança da Prof.^a Dr.^a Brunela Vieira de Vincenzi.

² Graduando do 3º período de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. E-mail: andremduarte96@gmail.com.

³ Graduando do 3º período de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. E-mail: santanaluizo8@gmail.com.

⁴ Graduanda do 5º período de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. E-mail: marina.saleme.menezes1@gmail.com

meio do amor, pelo direito e pela solidariedade, cada qual sustentada em específicos tipos de relações intersubjetivas.

A primeira dessas formas, o amor, é desenvolvida a partir de relações afetivas e, para evidenciá-las, Honneth aponta o primeiro contato entre dois indivíduos, que ocorre no relacionamento entre o bebê e sua mãe, - configurando-se como a forma mais elementar de reconhecimento. Neste sentido, o sociólogo elabora os conceitos de dependência absoluta e de relativa independência representando, respectivamente, o momento em que o bebê necessita integralmente da mãe, e aquele em que começa a experimentar a distinção entre si próprio e o outro sujeito (a mãe). Trata-se da construção da denominada autoconfiança⁵, em que o indivíduo, em seus primeiros anos de vida, desenvolve sua personalidade.

A segunda forma de reconhecimento, que está estreitamente ligada aos intuitos deste artigo, materializa-se pelo direito, com base nas relações de respeito. Segundo Honneth, essa maneira de reconhecimento do indivíduo surgiu na modernidade, representando a concepção do sistema jurídico como um mecanismo de combate aos privilégios e exceções estabelecidas na sociedade, diferindo-se de um juízo de valor. Ele defende a necessidade de os sujeitos de direito desenvolverem plenamente sua autonomia para que, então, possam deliberar racionalmente sobre as questões morais. Em suas próprias palavras:

(...) só podemos chegar a uma compreensão de nós mesmos como portadores de direitos quando possuímos, inversamente, um saber sobre quais obrigações temos de observar em face do respectivo outro: apenas da perspectiva normativa de um 'outro generalizado', que já nos ensina a reconhecer os outros membros da coletividade como portadores de direitos, nós podemos nos entender também como pessoa de direito, no sentido de que podemos estar seguros do cumprimento social de algumas de nossas pretensões.⁶

Neste contexto, o filósofo entende que a luta pelo reconhecimento se dá como uma espécie de pressão, em que incidem novas condições para a participação na formação pública da vontade. Em síntese, afirma que as esferas dos direitos fundamentais seriam a base dessa forma de reconhecimento. Pontua, finalmente, que é por meio dela que os indivíduos são capazes de desenvolver o auto-respeito, traduzindo-o no mútuo reconhecimento como sujeitos de direito.

Por fim, como terceira forma de reconhecimento, Honneth destaca a solidariedade, com base nas relações de aceitação recíproca das qualidades individuais. Nisso se difere

⁵ HONNETH, Axel. **Kampf um Anerkennung. Zur Moralischen Grammatik Sozialer Konflikte, Frankfurt am Main.** 1992 (Luta pelo Reconhecimento, São Paulo, 2003), p. 168 .

⁶ Ibidem, p. 179.

da forma de reconhecimento pelo direito, porque nessa outra esfera não são evidenciadas as características gerais dos indivíduos, senão suas propriedades em singular. Essa forma, denominada também de comunidade de valores, se materializa por meio da estima social, em que se vislumbra uma “relação interativa em que os sujeitos tomam interesse reciprocamente por seus modos distintos de vida, já que eles se estimam entre si de maneira simétrica”⁷. Em síntese, essa forma de reconhecimento busca a individualização e a igualização dos sujeitos e se define pela auto-estima.

Não obstante, é evidente que essa teoria não tem pretensões totalizantes para se compreender todo o fenômeno de inserção do indivíduo em uma dada comunidade. Mesmo porque, cumpre pontuar, a obra “Luta por Reconhecimento” (*Kampf um Anerkennung*), em que o autor desenvolve sua teoria, foi publicada em fins do século passado, e diversos fenômenos capazes de influir nessas relações vem-se potencializando desde então. Todavia, não se quer com isso dizer que, mesmo nos dias atuais, a teoria do reconhecimento não seja um dos pilares para aqueles que se debruçam sobre a temática da relação entre indivíduo e sociedade; é, em realidade, primordial.

CONTEXTUALIZAÇÃO DOS MOVIMENTOS MIGRATÓRIOS COM A TEORIA DO RECONHECIMENTO

Um dos contextos em que se evidencia a aplicação da teoria desenvolvida por Honneth são os movimentos migratórios contemporâneos e, especificamente, o de refugiados. Para vislumbrar esta conexão, faz-se necessário incorrer em um prospecto histórico, cuja abordagem será delimitada ao estado do Espírito Santo, a fim de que se possa subsumir os conceitos honnethianos às relações sociais construídas em solo espiritossantense.

Analisando-se de maneira retrospectiva a configuração da história do Espírito Santo, é possível observar uma considerável dificuldade em tornar legítima a presença de estrangeiros no âmbito estadual. Considerando que não há uma linearidade que limite a análise dos fatos e fenômenos pretéritos, a maneira por meio da qual a história espiritossantense se constitui revela permanências e rupturas, que se projetam à contemporaneidade.

No transcurso do Período Colonial brasileiro, as expedições oficiais e extra-oficiais que buscavam metais considerados preciosos revelaram a potencialidade da então Capitania do Espírito Santo em prover tais elementos à coroa lusitana. Na última década do século XVII, quando o bandeirante Antônio Rodrigues Arzão trouxe a notícia da descoberta de

⁷ Ibidem, p. 209.

jazidas auríferas na Capitania, teve-se o início de um período de isolamento geográfico do atual Espírito Santo.

De acordo com o historiador José Rodrigues Teixeira, “as lavras de ouro mais ricas estavam localizadas justamente na faixa de terra compreendida pelos limites traçados na carta de doação do donatário Vasco Coutinho”⁸. Construiu-se, pois, a concepção de que os ataques estrangeiros direcionados às jazidas auríferas teriam os portos naturais capixabas como ponto de desembarque. Nesse contexto, teve-se início um processo de militarização das regiões costeiras mediante ordens expressas de Portugal, que endossou a construção de fortificações, ordenou o aumento do efetivo militar na região e proibiu a construção de estradas para o interior, inclusive fechando o Rio Doce à navegação.

Mediante esse curto apanhado histórico, é possível observar que o processo de militarização e acastelamento a que a região foi submetida trouxe impactos consideráveis para a mentalidade da população local. Por se tratar de um momento histórico determinado, não se pode analisá-lo sob as lentes contemporâneas lançando-lhe infundados juízos de valor, tornando anacrônica qualquer forma de determinismo histórico-geográfico. Entretanto, há de se observar que os fatos pretéritos ocorridos nesse período contribuíram para uma visão estereotipada do estrangeiro, como aquele que toma o espaço e os recursos da comunidade localmente estabelecida. Estes passam, conforme a teoria de Honneth, a serem reconhecidos como *não-eu*, ou seja, *não-sujeitos de direito*.

O processo de isolamento paulatino pelo qual o Estado passou, a partir do Período Colonial do século XVII, por ter tido consequências projetadas aos tempos presentes. A importância das levas imigratórias subsequentes ao processo de fortificação da então Capitania promoveram uma considerável mitigação da vilanização dos estrangeiros. A força de trabalho dos imigrantes europeus e asiáticos, no Período Republicano, é reconhecida como indispensável para a constituição do Espírito Santo como tal, favorecendo um posterior processo de cordialidade entre nativos e não-nativos

No tocante à atualidade, a situação brasileira demanda respostas com sensibilidade. Segundo dados do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), o Brasil conta, atualmente, como cerca de 7.500 refugiados, além de mais de 10.000 pedidos de refúgio, e somente a cidade de Vitória conta, atualmente, com 100 pedidos de refúgio, o que revela uma obrigação moral a uma resposta de solidariedade.

⁸ OLIVEIRA, José Teixeira de. **História do estado do Espírito Santo**. Fundação Cultural do Espírito Santo, 1975. p. 72

Antes, entretanto, de estabelecer a correlação entre o raciocínio do filósofo e tais movimentos, é preciso pincelar alguns conceitos imprescindíveis ao completo entendimento da questão.

Em princípio, ressalta-se que o refúgio é uma condição particular de migração forçada, e uma prática milenar, ainda que seu conceito venha se desenvolvendo somente a partir do último século. Em realidade, o primeiro documento internacional reconhecidamente destinado a regular exclusivamente a questão do refúgio foi a Convenção de Genebra Relativa do Estatuto dos Refugiados, de 1951. A convenção, juntamente com o Protocolo de Nova Iorque de 1967

Adicional à Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, estabeleceu uma pontual definição de refúgio, vinculando-o aos movimentos migratórios praticados por aqueles que se encontram em circunstância de perseguição ou temor de perseguição contra a própria vida⁹.

No Brasil, a primeira lei nacional criada com o intuito de regular a condição do refugiado foi a Lei 9.474/97, o Estatuto dos Refugiados, vem sendo considerada uma das mais avançadas em termos globais, segundo o ACNUR. Por meio dela, instituiu-se o conceito de refugiado de maneira ampla, definindo-o como pessoa que “devido à grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigada a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país”¹⁰.

Apesar desse reconhecimento por parte do ACNUR, o que se observa, na prática, é a dificuldade de os refugiados encontrarem amparo para o desenvolvimento pleno de toda a sua personalidade de acordo com a Constituição Federal Brasileira, mesmo em razão do desconhecimento da lei, ou, ainda, do conceito de refúgio por parte dos brasileiros.

Nesse contexto, como indivíduo que busca refúgio em uma comunidade diversa daquela em que estava inserido, é certo que irá encontrar muitos obstáculos. Assim, é importante compreender esse fenômeno sob a ótica da teoria do reconhecimento, notadamente sob as formas de reconhecimento estabelecidas por meio do Direito e da solidariedade.

Ressalta-se que a luta pelo reconhecimento tem início com o desrespeito, que se manifesta em suas mais variadas formas, ocorrendo de maneira evidente no contexto dos refugiados¹¹. Nessa seara, considera-se como desrespeito, primeiramente, as violações aos direitos humanos sofridas ainda no país de origem do refugiado, bem como no caminho entre seu país e o país a que se dirige.

⁹ LACERDA, Moara Ferreira. **Governança e refúgio no Brasil: um processo democrático em construção** / Moara Ferreira Lacerda. – 2015. 154 f.: il. Orientador: Aloisio Krohling. Dissertação (mestrado em Sociologia Política) - Universidade Vila Velha, 2014. p. 18

¹⁰ Ibidem, p. 21.

¹¹ SALVADORI, Mateus. “HONNETH, Axel.” **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Trad. de Luiz Repa. São Paulo: Ed 34 (2003), p. 191.

Em princípio, à luz do reconhecimento pelo Direito, Honneth apregoa que os indivíduos devem se reconhecer mutuamente como sujeitos de direito. Mesmo porque, tais sujeitos só conseguem desenvolver a autoconsciência de serem pessoas de direito quando há uma proteção jurídica contra a invasão da esfera de liberdade. Transportando essa ideia para a realidade dos refugiados no Brasil, evidencia-se uma ausência de uniformização entre as legislações que regem a temática, especificamente entre o Estatuto dos Refugiados e o Estatuto do Estrangeiro no Brasil (que rege subsidiariamente a condição de refúgio).¹² Como consequência desses descompassos, a efetividade de direitos para os refugiados resta comprometida.

Essa situação espelha-se na dificuldade encontrada de acesso ao emprego formal, à renda e ao consumo¹³. É importante ressaltar nesse ponto, que o reconhecimento que o Estado brasileiro pode oferecer, ou seja, a condição de refugiado, é concedida. No entanto, essa condição ofertada nos parece ser meramente formal, carecendo de efetividade na esfera social dos refugiados. Exemplo disso, é o fato de que muitos refugiados de países como a Síria e o Haiti (juridicamente considerados titulares de visto humanitário e não refugiados pelo Estado brasileiro) que conseguem adquirir esse status nem sempre têm acesso a direitos básicos, como emprego (postos de trabalhos formais para os refugiados), renda (dificuldades de acesso a programas de distribuição de renda como o Bolsa Família) e a devida inserção cultural (resistência aos costumes originários por parte dos brasileiros, dificuldades com a língua portuguesa). Nesse ponto é que podemos caracterizar essa falta de efetividade dos direitos na esfera social como o momento da luta por reconhecimento por meio da solidariedade.

É pela solidariedade, conforme já explicitado, que o reconhecimento ocorre através da aceitação recíproca das qualidades individuais de cada componente de uma comunidade. O não acesso dos refugiados, novos integrantes de nossa comunidade política, a direitos dentro da esfera social configura-se como uma violação, um desrespeito a essa forma de reconhecimento.

Seguindo ainda nessa ideia, podemos destacar, que essa falta de efetividade dos direitos formalmente garantidos pelo Estado brasileiro no plano social, desemboca em um fenômeno que o filósofo Axel Honneth também discute e o identifica como invisibilidade social. Segundo Honneth, a invisibilidade ocorre quando um indivíduo fisicamente presente é desprezado pelas demais pessoas por meio do fato de se comportarem frente a esses indivíduos, de maneira intencional, como se não estivessem fisicamente no mesmo espaço. Dita ainda o renomado teórico que para as pessoas afetadas, sua invisibilidade possui um núcleo real, qual seja, elas se sentem efetivamente como não percebidas, e o “perceber”

¹² LACERDA, Moara Ferreira. **Governança e refúgio no Brasil: um processo democrático em construção**. 2015, p. 26

¹³ *Ibidem*, p. 28.

significa mais que o conceito de “ver”, que se aplica ao conhecimento identificante, significa importar, integrar a mesma realidade¹⁴.

Aplicando esse conceito da teoria honnethiana a nossa questão abordada, podemos destacar que a situação vivida pelos refugiados atualmente no estado do Espírito Santo e em outros lugares do Brasil, pode se enquadrar no fenômeno da invisibilidade. Quando a sociedade não percebe esse novo componente de nossa realidade social, e aqui utilizamos o “perceber” na perspectiva demonstrada acima de importar, de incluir, de efetivar os direitos formalmente concebidos no cotidiano dessas pessoas, ocorre com os imigrantes e refugiados o mesmo que já ocorre com diferentes outros personagens da realidade social que estamos inseridos: ainda que presentes fisicamente estão invisíveis socialmente.

Sendo o reconhecimento da igualdade jurídica formal entre brasileiros e refugiados o primeiro passo em busca de inclusão social, observa-se que sua real efetivação se dá quando uma igualdade substancial é atingida.

Sob essa ótica, Honneth demonstra que o tipo de reconhecimento característico das sociedades tradicionais é aquele que se ancora na concepção de *status*: um sujeito só consegue obter reconhecimento jurídico quando é reconhecido como membro ativo da comunidade e em função da posição em que ocupa.

Tão logo, resta claro que o reconhecimento por meio do *status* é possibilitado quando a comunidade em que o refugiado está em vias de inserção o identifica como um semelhante. Tal identificação, porém, está diretamente ligada à maneira como as esferas públicas constituídas enxergam os migrantes e os movimentos migratórios. Ainda, no transcurso dos séculos XIX e XX, as levas migratórias que vinham para o Brasil com o intuito de estabelecer comunidades coloniais e exercer atividade laboral foram compreendidas pelos poderes públicos como importantes fontes de mão de obra. Dessa maneira, a despeito da rudimentariedade das legislações que versavam sobre a matéria, o mero respaldo do poder público para a vinda destes indivíduos mostrou-se como peça chave para a desvilanização dos migrantes.

Na atualidade, é preciso que os poderes constituídos, cada qual em seus âmbitos de competência, compreendam os migrantes não como um fardo, mas sim como uma inequívoca amplitude e possibilidade de construção e redimensionamento do país. Assim, a formação de uma rede cooperacional é vital para os nacionais se vejam como pares dos refugiados, de modo a legitimar suas presenças criando uma relação simbiótica e de reciprocidade.

¹⁴ HONNETH, Axel. La sociedad del desprecio, p. 167.

Nas palavras do autor, “a esfera do reconhecimento jurídico cria as condições que permitem ao sujeito desenvolver auto-respeito (*selbsachtung*).¹⁵”

Muito além de uma mera resposta a uma nova demanda, trata-se de uma obrigação moral de um país historicamente consagrado como emissor e receptor de sujeitos em busca de uma nova construção e perspectiva de existência. Assim, ao ser reconhecido, o sujeito pode ser visto como:

(...) membro de um grupo social que está em condição de realizações comuns, cujo valor para a sociedade é reconhecido por todos os seus demais membros. Na relação interna de tais grupos, as formas de interação assumem nos casos normais o caráter de relações solidárias, porque todo membro se sabe estimado por todos os outros na mesma medida; pois por “solidariedade” pode se entender, numa primeira aproximação, uma espécie de relação interativa em que os sujeitos tomam interesse reciprocamente por seus modos distintos de vida, já que eles se estimam entre si de maneira simétrica. (p.209).¹⁶

ÚLTIMOS APONTAMENTOS E PROPOSIÇÕES

Com esse cenário novo que temos na nossa realidade social, com a presença dos novos imigrantes e refugiados, é preciso também fazermos alguns apontamentos de iniciativas que já existem no estado do Espírito Santo com intuito de lidar com esses indivíduos buscando ajudá-los na integração com a sociedade capixaba, e brasileira como um todo.

Dentre essas iniciativas destacamos a presença da ONG MAIS. A MAIS, sigla referente a Missão de Apoio a Igreja Sofredora, é um centro de acolhimento de refugiados que possui a sua sede em Vila Velha (ES), onde funciona a base de operações da Organização. Esse trabalho tem atendido a refugiados cristãos que chegam de países como a Síria, Paquistão, Congo e outros países que buscam o Brasil como uma oportunidade de iniciarem aqui uma nova forma de vida, longe das perseguições religiosas e guerras civis que acometem seus países de origem¹⁷.

A ONG MAIS foi criada em 2010, no entanto, começou a receber refugiados em sua base de operações em Vila Velha apenas a partir do meio do ano de 2013. Essas primeiras experiências de recepção e acolhimento dos indivíduos em situação de refúgio ocorreram com os cristãos sírios que estavam sendo perseguidos em seu país de origem por causa de uma guerra civil ainda em curso.¹⁸

¹⁵ HONNETH, Axel. **Kampf um Anerkennung. Zur Moralischen Grammatik Sozialer Konflikte**, Frankfurt am Main. 1992 (Luta pelo Reconhecimento, São Paulo, 2003). p. 194.

¹⁶ Ibidem, p. 209.

¹⁷ Disponível em: <<http://maisnomundo.org/mais/quem-somos>> Acesso em: 22 de maio de 2015 às 10:45.

¹⁸ LACERDA, Moara Ferreira, 2014 apud RIBEIRO, 2014, p. 101.

Essa instituição tem sido o centro de muitas atividades desenvolvidas em prol dos refugiados com a intenção de integrá-los a sociedade capixaba e brasileira buscando, para isso, desenvolver diversas atividades em benefício da causa do refúgio. Uma de suas ações de ajuda a esses indivíduos ocorre com o desenvolvimento pautado na distribuição de microcrédito para que as famílias atendidas por eles possam iniciar seus próprios negócios criando, dessa maneira, postos de trabalho e emprego formal para essas pessoas.

Ainda nesse sentido, a presença da ONG MAIS tem sido uma experiência encorajadora não apenas na busca por uma colocação de emprego e renda, mas também tem sido uma porta-voz das necessidades dos refugiados frente aos órgãos públicos locais, uma vez que lutam pelas demandas com os instrumentos que o Direito brasileiro lhes oferece. Assim, podemos enquadrar o trabalho feito por essa instituição como uma tentativa de efetivar aqueles direitos formais, garantidos pelo Estado, na esfera do social, conforme discorreremos anteriormente. O trabalho da ONG MAIS vai ao encontro das iniciativas necessárias para amenizar o fenômeno da invisibilidade tão presente na nossa realidade desses novos atores sociais.

Também no sentido de promover a inserção e notabilizar a presença desses novos atores sociopolíticos na nossa sociedade existe, também, o trabalho do NUARES, sigla que significa Núcleo de Apoio ao Refugiado no Espírito Santo. Criado em 2004, o NUARES é um projeto de extensão vinculado ao programa de Mestrado em Sociologia Política da Universidade de Vila Velha (UVV).

O núcleo desenvolve atividades voltadas para a área acadêmica (ensino, pesquisa e extensão) e faz parte da Cátedra Sérgio Vieira de Mello, projeto do ACNUR para desenvolver a produção acadêmico-científica na área do Direito Internacional do Refugiado. Porém, o núcleo também desenvolve atividades de atendimento aos refugiados com a participação dos alunos da graduação e da pós-graduação da Universidade. Antes da existência da MAIS, o núcleo atendia de 6 a 8 casos por ano, números que antes de 2006 eram ainda menores,¹⁹ no entanto, após o início das atividades da supramencionada Organização esse número aumentou consideravelmente.²⁰

A preocupação em entender os motivos do refúgio e de como lidar com essa realidade nova também permeia os debates acadêmicos dentro da Universidade Federal do Espírito Santo. Prova disso é a existência de uma disciplina curricular dentro do curso de Direito da UFES para tratar da questão. Trata-se da cadeira intitulada “Direito Internacional dos Refugiados e Migrantes”, ministrada pela Prof.^a Dr.^a Brunela Vieira de Vincenzi, além da existência de

¹⁹ LACERDA, Moara Ferreira, 2014 apud RODRIGUES, 2014, p. 101-102

²⁰ Ibidem, p.100-101.

projetos de pesquisa e extensão na área, como exemplo podemos citar o Atendimento aos Refugiados do Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) da Universidade.

Entendemos, sobremaneira, que o aperfeiçoamento das condições de vida dos refugiados no Brasil passa, também, por algumas proposições que compreendemos ser necessárias e pertinentes a essa questão. A título de exemplificação, está o empenho pelo fortalecimento do sistema de refúgio no país, já que o nosso marco normativo é obsoleto, por ainda ser da década de 1980. Notoriamente, os fenômenos migratórios posteriores a essa década pouco são tutelados pela legislação correspondente, que ainda lida com a questão da imigração ilegal, por exemplo, por meio da chancela do direito penal.

O *caput* do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil prevê a isonomia aos estrangeiros residentes do país para os brasileiros. *In verbis*:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”.

Porém, não raramente esse preceito constitucional tem sido renegado a letra morta, devido à desigualdade substancial a que os migrantes têm sido submetidos por ausências de mecanismos de reconhecimento e inserção social efetivos. A baixa densidade deontológica dessa norma jurídica constitucional tem sido usada como subterfúgio para que os seus preceitos sejam efetivados no plano fenomênico. As reais necessidades dos refugiados demandam urgência na integração entre União, Estados e Municípios para que, de forma conjunta, possam introduzir tais sujeitos às políticas estatais existentes.

Na contramão de uma perspectiva pessimista, nota-se iniciativas - ainda pontuais - de particulares e empresários no acolhimento aos estrangeiros, de modo a reconhecer suas aptidões laborais enquadrando-os a postos de trabalhos equivalentes às suas habilidades. Tal fenômeno pode ser compreendido como um avanço no que toca ao lento processo de inclusão social de tais indivíduos como pertencentes à comunidade e sujeitos de direito. Progressivamente, espera-se que as comunidades tendam a absorver seus pares, de modo que uma coexistência seja estabelecida com base em laços de solidariedade e, portanto, mútua cordialidade.

Além disso, observa-se, também, iniciativas isoladas de demandas aos órgãos estatais, como o Ministério da Justiça, com o escopo de solicitar políticas públicas que abranjam os migrantes, de modo a figurar como mais um passo rumo ao processo de reconhecimento. Seria oportuno, no nosso entender, devido à atualidade dos movimentos migratórios ao país, um empreendimento de campanhas nacionais com fulcro conscientizador, a fim de que a comu-

nidade política brasileira passe por um processo de amadurecimento nesse amplo prospecto de avanços e retrocessos que é o reconhecimento do *outro*.

REFERÊNCIAS

HONNETH, Axel. **Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte**, Frankfurt am Main 1992 (Luta pelo Reconhecimento, São Paulo 2003). Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2002.

_____; La Sociedad del Desprecio. Madrid. 2011

LACERDA, Moara Ferreira. **Governança e refúgio no Brasil: um processo democrático em construção** / Moara Ferreira Lacerda. – 2015. 154 f.: il. Orientador: Aloisio Krohling. Dissertação (mestrado em Sociologia Política) - Universidade Vila Velha, 2014.

DE OLIVEIRA, José Teixeira. **História do estado do Espírito Santo**. Fundação Cultural do Espírito Santo, 1975.

PERRONE, Adriano, and Thais Helena Leite MOREIRA. “**História e geografia do Espírito Santo.**” *Vitória: Sodrê* (2003).

SALVADORI, Mateus. “HONNETH, Axel.” **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Trad. de Luiz Repa. São Paulo: Ed 34 (2003).

SOBOTTKA, Emil Albert, and Giovani Agostini Saavedra. “**Introdução à teoria do reconhecimento de Axel Honneth.**” *Civitas-Revista de Ciências Sociais* 8.1 (2008).

NETO, José Aldo Camurça de Araújo. “**A filosofia do reconhecimento: as contribuições de Axel Honneth a essa categoria**” *Kíneses*, vol. V, nº 9 (Edição Especial), Julho 2013, p. 52-69.

De VINCENZI, Brunela Vieira. “**Guinada Semântica: indivíduo, pessoa, individualismo, individualização e sujeitos de direitos fundamentais**

DESPEJOS FORÇADOS NO BRASIL: A VIOLAÇÃO DO DIREITO A MORADIA COMO HERANÇA DO MUNDIAL DE FUTEBOL 2014 E DOS JOGOS OLÍMPICOS RIO 2016

CÁSSIUS GUIMARÃES CHAI¹
EMILY BEZERRA PUIGSECK²
DENISSON GONÇALVES CHAVES³

RESUMO

Relato do processo de gentrificação que acompanhou a realização dos megaeventos esportivos no Brasil, acentuado pela violação ao direito a moradia por meio dos despejos forçados. Realizou-se pesquisa bibliográfica, em que se construiu o conceito de justiça social, democracia e participação popular a partir da conjunção das teorias de Rawls, Aristóteles, Müller e Habermas respectivamente. Utilizou-se o conceito de despejos forçados e Refugiados do ACNUR e de Ramos. A seguir abordou-se os elementos que compõem o direito à moradia adequada, com base nos artigos de Rolnik e nos documentos oficiais do ACNUR e CIDH, para enfim confrontá-los com as denúncias apresentadas pela Articulação Nacional dos Comitês Populares da Copa, edição 2014. Como resultado, verificou-se que o Estado Brasileiro ansiou por sediar os megaeventos ignorando o justo procedimento da remoção planejada de famílias por questões de interesse público, violando o direito à moradia e todos os demais direitos humanos decorrentes deste.

Palavras-Chave: Direitos Humanos. Despejos Forçados. Megaeventos Esportivos.

INTRODUÇÃO

Quando Rousseau se propôs a enfrentar a célebre indagação posta pela Academia de Dijon ***qual seria a origem da desigualdade entre os homens*** afirmou o genebrista ser **a propriedade**.

¹ Professor Adjunto de Direito Público – Universidade Federal do Maranhão. Professor Associado *International Association of Constitutional Law, European Society of International Law, International Association of Prosecutors*, ANDEHP, ICP, IBCCrim, IBDC, ABPCP. Estudos pós-doutorais Itália, Hungria, Espanha, Holanda e Estados Unidos.

² Bacharela em Direito pela Universidade Universidade Federal do Maranhão, Secretária do Departamento de Organização Acadêmica na mesma Universidade, Assistente Editorial da Revista Diálogos Críticos e pesquisadora do Grupo de Pesquisa Cultura, Direito e Sociedade desde agosto de 2010. <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.jsp?id=W2695671>.

³ Mestrando em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR/UFMA). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA/2014). Monitor da disciplina de Direito Internacional na Graduação em Direito na UFMA e na disciplina de Teoria do Direito Político no Programa de Pós-Graduação UFMA, ambas ministradas pelo professor Ph.D. Cássius Guimarães Chai. Pesquisador Voluntário do Grupo de Ensino Pesquisa e Extensão: Cultura, Direito e Sociedade. Assessor Jurídico no Ministério Público do Estado do Maranhão - 2014.

O presente trabalho assume enquanto reflexão inicial o antagonismo latente entre o *desejo de liberdade e a exigência de igualdade*, e a maneira como se exterioriza essa relação no exercício do poder administrativo. Sempre considerando no cenário de sentidos a democracia reconciliada com a (des)legitimidade normativa enquanto justificativa para, em nome do contrato, desarraigarem-se identidades territoriais. Encontra-se o dilema de uma território sem povo.

Não é excesso rememorar, ainda, do crítico setecentista dois dizeres do Contrato Social: a afirmação de que *o verdadeiro fundador da sociedade civil foi o primeiro que, tendo cercado um terreno, lembrou-se de dizer ‘isto é meu’ e encontrou pessoas suficientemente simples para acreditá-lo*, e, a indagação - “E quais poderiam ser as correntes da dependência entre homens que nada possuem?” – Na conjugação de uma com a outra, defende-se neste estudo que uma resposta acatável em plausível discurso de fundamentação normativo é que tais correntes são ***os laços de dignidade que emergem do sentimento compartilhado de fraternidade consubstanciado na forma do direito democrática e constitucionalmente estabelecido.***

Neste exercício argumentativo não se pode marginalizar as três vertentes que lhe são estruturais: identificação da desterritorialização cultural (desterrro~; deslocamento; desarraigo) no conceito de despejo forçado, a caracterização da identidade territorial enquanto um direito fundamental e um relato de agressão dos impactos provocados pela realização da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas de 2016 no Rio de Janeiro, seguido das reflexões finais.

DESPEJOS FORÇADOS: CONCEITO

Considerando que até 1990 não havia conceito oficial de despejos forçados, a Conferência Internacional sobre refugiados Centroamericanos, ocorrida na Cidade da Guatemala de 29 a 31 de maio de 1989, definira como vítimas de despejos forçados as pessoas obrigadas a abandonar suas casas ou atividades econômicas habituais por terem sua vida, segurança ou liberdade ameaçada, atribuindo ao próprio Estado a responsabilidade primária em atendê-las, pois a há violação de direitos de seus nacionais dentro do próprio território.

Pouco depois deste evento, a ONU cuidou de elaborar os Princípios Orientadores Relativos aos Deslocados Internos, mesmo documento utilizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para o tema de despejos forçados, conceituando-os:

A los efectos de estos Principios, se entiende por desplazados internos las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual,

en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. E/CN.4/1998/Add. 2, 1998, p. 5).

A mesma definição adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, Párrafo 140)

Os despejos forçados no Brasil estão presentes sob forma de conflitos pela posse de terra, projetos de melhoramento urbano e eventos esportivos de alcance internacional. Neste trabalho, será dada ênfase ao último caso.

A Anistia Internacional denunciara, em setembro de 2013, que milhares de pessoas foram despejadas de forma ‘desnecessária’ no Rio de Janeiro no decorrer dos últimos anos para obras de infraestrutura dos Jogos Olímpicos de 2016 ainda que não se tratasse de obras essenciais para a realização dos Jogos, contabilizando 19 mil famílias despejadas das comunidades pobres.

Lamentavelmente, famílias, comunidades inteiras são obrigadas a sair de suas casas, da região em que construíram suas raízes, sem que lhes sejam oferecidos instrumentos aptos a garantir os direitos humanos básicos ou meios adequados de proteção legal.

DESPEJOS FORÇADOS: DIREITOS HUMANOS E PARTICIPAÇÃO POPULAR

Falar dos Impactos dos Megaeventos no Brasil depende de uma ambientação sobre os conceitos de justiça, povo e democracia. Posto que a injustiça das violações aos Direitos Humanos provocadas pela gestão descuidada dos projetos de infraestrutura relacionados aos megaeventos tem como embrião a supressão do exercício da democracia e a consequente iconização do povo.

Evitar a vulnerabilidade de seu povo depende da atuação do Estado democrático na garantia de não violação do pacto social que consiste no exercício da soberania, por meio da qual o indivíduo transfere a seus representantes, escolhidos entre os próprios pares, a responsabilidade de governar-lhes.

Este governo deve ser guiado à luz da carta constitucional, por meio da qual se expressam os direitos fundamentais e as garantias à sociedade, sem olvidar as minorias. Afirma Müller:

Por fim, ninguém está legitimamente excluído do povo-destinatário; também não e.g. os menores, os doentes mentais ou as pessoas que perdem – temporariamente – os direitos civis. Também eles possuem uma pretensão normal ao respeito dos seus direitos fundamentais e humanos [...] (MÜLLER, 2000, p.64, grifo nosso).

Significa dizer que mesmo que a população vítima de despejo forçado esteja privada de parte de seus direitos civis e ainda que não possa exercer a democracia participativa, é destinatária das normas que as cerca e, como tal, titular de direitos humanos e fundamentais.

O povo-destinatário o qual Müller se refere não é uma figura homogênea nem nas vontades, nem na participação, nem nas necessidades, trata-se de um todo composto por pequenos grupos, cada qual com características que os classificam como minorias dentro do contexto da sociedade.

Na obra supracitada, afirma o autor que o Estado Constitucional possui o monopólio do exercício legítimo da violência, isto é, o Estado exerce o poder-violência, criado a partir da instalação de sua competência decisória, para garantir o cumprimento de suas decisões.

Se, entretanto, o Estado impuser a um cidadão que mude de sua casa para dar espaço a um projeto de desenvolvimento ou infraestrutura, sem a consulta prévia de todos os atores envolvidos, está se omitindo da busca por soluções alternativas ao despejo. Além disso, se população afetada silencia-se diante desta imposição, sem qualquer questionamento, legitima-se a violação aos direitos humanos, como descreveu o autor:

Parece plausível ver nesse caso o papel do povo de outra maneira, como instância global da atribuição de legitimidade democrática como povo legitimante. É nesse sentido que são prolatadas decisões judiciais “em nome do povo”.

Esse padrão se repete: o povo não é apenas – de forma indireta – a fonte ativa da instituição de normas por meio de eleições bem como – de forma direta – por meio de referendos legislativos; ele é de qualquer modo o destinatário das prescrições, em conexão com deveres, direitos e funções de proteção. E ele justifica esse ordenamento jurídico num sentido mais amplo como ordenamento democrático, à medida que o aceita globalmente não se revoltando contra o mesmo. (MÜLLER, 2000, p. 49)

Trata-se de uma maneira de transformar a população afetada em mero elemento ilustrativo, e logo, o despejo forçado é potencialmente agravado pela eventual inércia do povo.

Neste sentido, a Justiça não se concretiza com o cumprimento literal da lei, mas com a sua aplicação proporcional e estruturada a partir do caso concreto, em uma análise da situação em sua totalidade e posteriormente em suas particularidades. Aristóteles, no livro *Ética a Nicômaco*, ao apresentar Justiça como proporcionalidade, quis revelar que o justo é equitativo, é um meio-termo:

Eis aí, pois, o que é o justo: o proporcional; e o injusto é o que viola a proporção. Desse modo, um dos termos torna-se grande demais e o outro demasiado pequeno, como realmente acontece na prática; porque o homem que age injustamente tem excesso e o que é injustamente tratado tem demasiado pouco do que é bom (ARISTÓTELES, 1979, P. 125-126)

Logo, a lei só alimenta a equidade se interpretada de maneira equilibrada. Jonh Rawls vai além desta teoria. Para o autor a justiça como equidade se traduz em justiça social:

Do ponto de vista da justiça como equidade, a posição originária de igualdade corresponde ao estado natural da teoria tradicional do contrato social [...] Deve, antes [essa posição originária] ser considerada como uma condição puramente hipotética, caracterizada de modo a conduzir a uma certa concepção de justiça [...] Os princípios de justiça são escolhidos sob um véu de ignorância. Isso assegura que, na escolha dos princípios, ninguém seja beneficiado ou prejudicado pelo acaso natural ou pela contingência das circunstâncias sociais. Uma vez que cada um goza de idêntica condição e ninguém é capaz de propor princípios que favoreçam sua situação particular, os princípios de justiça são o resultado de um acordo ou de uma contratação igualitária. [...] (RAWLS, 2005, p.39).

Assim, um modelo de instituição que assegure as liberdades dos indivíduos deve ser pautado num consenso em que cada decisão tomada pela assembleia leve em consideração os preceitos universais e priorize os interesses coletivos em detrimento (se necessário) dos individuais de modo a assegurar uma estrutura social de base na qual as instituições garantam a segurança das necessidades e anseios dos indivíduos sem diferenciá-los nas suas igualdades.

Habermas (2002), na obra *Ación Comunicativa y Razón Sin Transcendencia*, explica que a retidão dos enunciados normativos se apoia na validade presumida de uma norma subjacente. Logo, as normas fundamentalmente morais são válidas se de posse do reconhecimento universal.

Por isso, a justiça depende da capacidade de todos os sujeitos se expressarem no mundo social fazendo uso da linguagem, ação comunicativa, ainda que de encontro aos limites históricos e culturais. Assim, estes homens e mulheres reconhecerão normas igualmente boas para todos, obedecendo ao discurso racional mais apropriado em um nível reflexivo de comunicação cotidiana.

Quando existe a busca por convencer o oponente por meio da legitimidade de sua pretensão de validade, há a aceitabilidade racional do enunciado se fundamenta na força do melhor argumento e na capacidade de persuasão na qual a democracia é exercida pelo consenso. Afirma Souza Neto (2006, p. 151):

Para a perspectiva democrático-deliberativa, a democracia envolve, além da escolha de representantes, também a possibilidade de se debater publicamente sobre as questões a serem decididas. A troca de argumentos e contra argumentos racionaliza e legitima a gestão da res pública.

As minorias são representadas quando, dentro de suas necessidades, possuem igual oportunidade de no espaço democrático representativo e de deliberação apresentar seus anseios na busca pelo atendimento de suas pretensões.

A democracia-deliberativa é efetivada quando os seus partícipes têm a liberdade de escolher como conduzirão suas vidas a partir do esforço individual, pois estariam instrumentalizados a exercer, como iguais, a participação no debate posto.

Disto decorre que o sentimento de pertencimento político não se consolida por semelhança étnica, cultural ou de práticas sociais apenas. Desenvolve-se sempre que o cidadão compreende não ser o mero destinatário das ações de governo e de Estado, mas se vê como parte destas ações, como mentor, fiscalizador e executor.

A partir dos conceitos de justiça de Rawls (2005) e Aristóteles (1979) e da relação entre povo e democracia trazidos por Müller e Souza Neto (2006), compreende-se que Justiça e democracia se efetivam pela participação popular que valida os dispositivos constitucionais. Significa que todos devem ter a oportunidade de se fazer representar e de ser capacitados para representar o seu grupo, de modo que todos reconheçam a si próprios na figura do outro.

Somente participam de um grupo de poder se, dentro de suas necessidades, possuem igual oportunidade de participar das dinâmicas dos contratos celebrados. No espaço democrático representativo e de deliberação, estes grupos devem ser instrumentalizados e capacitados para apresentar seus anseios na busca pelo atendimento de suas pretensões. Para Habermas:

Toda constituição histórica desenvolve uma dupla relação com o tempo: enquanto documento histórico, ela relembra o ato de fundação que interpreta (ela marca um início no tempo e, simultaneamente, enuncia seu caráter normativo, ou seja, relembra que a tarefa de interpretação e de configuração do sistema dos direitos se coloca para cada geração, como uma nova tarefa); enquanto projeto de uma sociedade justa, a constituição articula o horizonte de expectativas de um futuro antecipado no presente. E sob a ótica desse processo constituinte, duradouro e contínuo, o processo democrático da legislação legítima adquire um estatuto privilegiado (HABERMAS, 1997, p. 119).

De acordo com Habermas e Müller depreende-se que a não participação no processo de representação, a omissão dos debates e a não reação diante da violação de seus direitos civis, políticos e humanos, torna o indivíduo invisível nos meios de deliberação. A ausência de adequada representatividade na defesa de seus interesses sociais nas esferas de tomadas de

decisões políticas estatais desemboca na violenta negligência dos elementos constitucionais pertinentes à garantia da igualdade.

O sentimento de pertencimento político é o responsável pelo correto desenvolvimento do espaço público de participação popular, que, se ausente, poderá significar a composição de Conselhos de Estado por grupos de líderes do segmento social elitizado enquanto o povo será mero ouvinte das atividades políticas, vivendo uma grave ameaça à democracia. Norberto Bobbio elucida:

Na medida em que pressupões e exige uma sociedade pluralista na qual vários grupos de poder concorrem pacificamente pela tomada das decisões coletivas, a democracia é um regime em que a maior parte das decisões é tomada por meio de acordos entre vários grupos. A democracia dá vida a uma sociedade eminentemente contratual (BOBBIO, 2011, p.99).

A vítima de despejo forçado possui capacidade reduzida de fazer acordo com os demais grupos da sociedade, por isso seus direitos políticos são devastadoramente comprometidos, haja vista a privação do acesso aos meios essenciais para a sua sobrevivência, como saúde, educação, trabalho e moradia. Como no caso da Comunidade Indígena Yakye Axa VS. Paraguay:

El desplazamiento de los miembros de la Comunidad de estas tierras ha ocasionado que tengan especiales y graves dificultades para obtener alimento, principalmente porque la zona que comprende su asentamiento temporal no cuenta con las condiciones adecuadas para el cultivo ni para la práctica de sus actividades tradicionales de subsistencia, tales como caza, pesca y recolección. Asimismo, en este asentamiento los miembros de la Comunidad Yakye Axa ven imposibilitado el acceso a una vivienda adecuada dotada de los servicios básicos mínimos, así como a agua limpia y servicios sanitarios. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, Párrafo 164)

Apesar das vítimas dos despejos forçados estarem sob a responsabilidade dos Estados de suas nacionalidades, o assunto é de pertinência internacional por se tratar de um tema de direitos humanos também versando sobre refugiados em potencial. Por isso, a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização dos Estados Americanos (OEA) buscam cobrar por meio de pactos, tratados e convenções internacionais que os Estados-Signatários façam atenção à aplicação de normas de direitos humanos, princípios do Direito dos Refugiados, normas do Direito Internacional Humanitário para encontrar uma solução digna e segura à situação de despejo.

VIOLAÇÕES DECORRENTES DOS DESPEJOS FORÇADOS

Segundo as Nações Unidas (1999) são princípios gerais de proteção e assistência às vítimas de despejos forçados: Igualdade de direitos e obrigações; Destinação Universal; Direito à busca por asilo; Soberania significa responsabilidade (BROOKINGS, 2008).

Dos direitos humanos das pessoas despejadas decorrem o direito à vida, à dignidade e integridade, a proteção contra a detenção arbitrária, a escolha de residência, proteção contra o retorno forçado, proteção contra recrutamento militar forçado e as garantias à qualidade de vida, saúde e cuidados médicos, participação na tomada de decisões, trabalho digno, à propriedade privada, direito à educação e proteção aos direitos civis e políticos.

Significa dizer que a legislação sobre direitos humanos e fundamentais ampara qualquer pessoa deslocada, independente de ter cruzado a fronteira do Estado, refugiados, despejados e repatriados têm dos Estados a garantia de não devolução, integração e tratamento civil em tempos de conflitos.

A pessoa necessita ter a garantia de um lugar para morar sem o risco de despejo, em uma comunidade que lhes permita o acesso à saúde, educação, lazer, água potável, eletricidade, transporte, com a segurança de que seu patrimônio não lhes serão tomados (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM, 1948).

Por vezes o despejo forçado toma da população afetada o seu meio de sobrevivência, logo o Estado tem o dever de assistir a sua vítima garantindo-lhes acesso a um trabalho digno e livre de exploração e a obrigação de evitar a disseminação do trabalho escravo. A Corte Interamericana de Direitos Humanos reconhece que o fenômeno dos despejos forçados obriga os Estados a desenvolver Políticas Públicas direcionadas à estas pessoas em condição de vulnerabilidade:

141. Este Tribunal ha establecido que en razón de la complejidad del fenómeno del *desplazamiento interno* y de la amplia gama de derechos humanos que afecta o se ponen en riesgo, y en atención a las circunstancias de especial vulnerabilidad e indefensión en que generalmente se encuentran los desplazados, su situación puede ser entendida como una condición *de facto* de desprotección[153]. Esta situación, conforme a la Convención Americana, obliga a los Estados a adoptar medidas de carácter positivo para revertir los efectos de su referida condición de debilidad, vulnerabilidad e indefensión, incluso *vis-à-vis* las actuaciones y prácticas de terceros particulares[154]. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, Párrafo 141)

Logo, desapropriação para fins de interesse público devem adotar, dente outros procedimentos: a não realização de despejo quando for noite, ou em caso de mau tempo; consulta

prévia da população que será atingida; sua notificação prévia sobre a data e a hora em que o despejo será realizado; informações claras sobre o motivo da desapropriação; a destinação que será dada àquela terra com antecipação razoável; devem estar presentes as autoridades com a identificação de todas as pessoas que estejam executando a ação de despejo e acesso a todo e qualquer recurso legal e garantia ao devido processo legal. Se não são atendidos estes procedimentos, o mero despejo é configurado como despejo forçado.

O Brasil possui conselhos deliberativos em níveis federal, estadual e municipal para organizar a política fundiária de modo a prevenir e trazer soluções para as questões de urbanização, sem se omitir dos projetos de urbanização que venham a provocar os despejos forçados, entretanto, na prática a situação é mais complexa. De acordo com Rolnik (2013) os órgãos consultivos surgiram apenas nos anos 2000, por isso, as políticas de assistência são tão urgentes e necessárias que todos os esforços tendem a ser direcionados na busca de soluções para os problemas já existentes, restando pouco espaço para o planejamento e a prevenção de problemas com moradia que o Estatuto das Cidades e os Conselhos se propuseram.

A prevenção e atenção ao despejo forçado encontra escopo na Constituição Federal, na Lei 10.257/2001 conhecida como Estatuto da cidade e as Leis 11.124/2005, que dispõem sobre o Sistema Nacional de Habitação, e 11.481/2007, dispõe sobre a regularização fundiária de interesse social dos Imóveis da União. Estas normas convergem no sentido de que ao cidadão devem ser garantidos os direitos à moradia e que a propriedade deve atender a sua função social, cabendo ao Estado a obrigação de indenizar e assistir a população em casos de desapropriação.

Os programas “Minha Casa, Minha Vida” e Aluguel Social foram criados pelo governo como meios para garantir a população o acesso à moradia adequada. O primeiro subsidia e viabiliza o financiamento de moradias de baixo custo pela Caixa Econômica Federal a moradores de baixa renda e o segundo assiste com a ajuda de custo de cerca de quatrocentos reais as famílias de baixa renda que ainda não tenham casa própria.

OS DESPEJOS FORÇADOS COMO IMPACTOS DOS MEGAEVENTOS NO BRASIL: UMA QUESTÃO DE DIREITOS HUMANOS

Este capítulo tem por objetivo apresentar os Impactos dos Megaeventos no Brasil, além dos Despejos Forçados. Optou-se por fazê-lo em três partes: contexto geral dos Megaeventos, explicando porque o Brasil enquanto Estado ansiou por ser palco destes espetáculos e o mito do legado; apresentam-se os impactos da Copa do Mundo 2014 e Olimpíadas 2016 a partir

dos relatos de violações aos direitos humanos divulgados pelas Articulações Nacionais dos Comitês Populares da Copa e uma breve discussão sobre as leis excepcionalmente criadas para amparar estes Megaeventos.

MEGAEVENTOS E SUAS PECULIARIDADES: O ESTADO

Em meados dos anos 80, a reestruturação produtiva redirecionou os investimentos dos Estados que, com o fluxo massivo de pessoas, diminuía a capacidade dos governos de sustentarem o Estado de bem-estar social, abrindo espaço para a nascente política neoliberal de governança. Assim, os investimentos públicos passaram a ser cada vez mais direcionados e foram reduzidas as políticas assistencialistas, transferindo aos setores privados algumas funções do Estado⁴.

Os símbolos de desenvolvimento urbano como parques industriais e estações de trem se revelavam cada vez mais obsoletos, e os centros urbanos foram tomados por imigrantes. O desemprego e a crise se instauravam silenciosamente, fazendo-se necessária a busca por uma solução esta situação que não agradava nem à elite, nem aos governantes.

Para aquecer o mercado da construção civil, transparecer a imagem de “Estado Moderno”, os países desenvolvidos passaram a investir em repaginações de suas principais cidades, tomando as áreas onde habitavam as populações economicamente desfavorecidas para convertê-los em centros culturais, com praças, museus e novas avenidas, requalificando estes bairros na intenção de atrair investimentos (FERREIRA, 2014).

Contudo, não bastava repaginar, era importante que as mudanças tivessem projeção mundial. Logo, a associação destas obras a grandes eventos esportivos, além de atrair a atenção de potenciais investidores, transformavam estes gastos em investimentos. Por isso, a Copa do Mundo da Federação Internacional de Futebol Associado (FIFA) e os Jogos Olímpicos Internacionais do Comitê Olímpico Internacional (COI), por serem os eventos de maior projeção internacional, passaram a ser desejados em muitas cidades do mundo, uma vez que as cidades que sediassem estes eventos teriam autorização para dispor de uma grande soma de recursos públicos, alavancando os setores privados em negócios milionários.

Até o fim dos anos 1990, as cidades brasileiras tiveram poucos investimentos em saneamento, habitação ou transporte urbano (MARICATO, 2014). A partir do início do século XXI, as obras de infraestrutura no país foram voltadas para a circulação de automóveis e

⁴ Anotações pessoais feitas durante o Seminário Internacional sobre Desenvolvimento, a partir da conferência da então Ministra Chefe da Casa Civil da Presidência da República Dilma Rousseff. Exposições sob forma de degravações disponível em <www.cdes.gov.br>

aquecimento do mercado imobiliário. A crise de 2008 foi combatida com políticas de estímulo ao consumo, de modo que a redução do IPI sobre os automóveis e o abandono de investimentos em transporte coletivo urbano, promoveu o congestionamento das cidades de médio e grande porte.

Diante deste cenário, a realização de megaeventos esportivos no Brasil se revelou como uma verdadeira “tábua de salvação” para a reestruturação de um país que queria se adequar ao modelo de cidade-empresa difundido pela FIFA e pelo COI como a cidade que todo país desenvolvido deve ter. Os megaeventos se propuseram a vender a imagem do Brasil ao resto do mundo em um quadro de show midiático com alcance para mais de 1 bilhão de pessoas em 204 países, como uma verdadeira vitrine de investimentos em potencial. Em tempo de crise econômica mundial, as exigências dos comitês organizadores acabam por ser enfrentadas sem muitos questionamentos.

A candidatura do Rio de Janeiro como cidade sede das Olimpíadas 2016 incluiu a comprovação de capacidade financeira para investir, a apresentação de projetos viáveis de melhoria da infraestrutura existente, plano de impacto ambiental e índices de apoio popular e envolvimento do setor público no pleito.

O discurso do legado foi acolhido pelo Governo Brasileiro que viu nos megaeventos esportivos uma “janela singular histórica de oportunidades para fortalecer e acelerar o desenvolvimento” (FERNANDES, 2014).

De acordo com o secretário executivo do Ministério dos Esportes e coordenador Executivo do Governo Brasileiro para a Copa do Mundo de 2014 e Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, Luís Fernandes, a intensificação dos investimentos em infraestrutura no contexto da organização dos megaeventos é um modo de destravar os investimentos públicos e privados. OS jogos se revelam como estratégia para a irradiação destes investimentos.

O que explica o porquê do Brasil ter oferecido à FIFA um quadro de 17 cidades-sedes para acolher a Copa do Mundo, enquanto a Federação sugerira entre 08 e 10 cidades, acordaram em 12. Contudo, a escolha destas cidades sede foram decisões políticas tomadas pelo governo brasileiro em conjunto com o presidente da Confederação Brasileira de Futebol (CBF) (CHADE, 2014).

Do ponto de vista do Estado Brasileiro, a operacionalização destes eventos permitiu a construção de um legado, em que os gastos com infraestruturas não contam nos cálculos dos limites de endividamentos das cidades e estados. A mobilidade urbana recebeu com estes eventos investimentos que não recebera nas décadas anteriores, o país se viu invadido por obras de construção e ampliação de metrô, veículos leves sobre trilhos e outros, além da reforma de aeroportos e portos brasileiros (BIANCO, 2014).

Além da aceleração do legado em transporte e mobilidade urbana, o secretário executivo do Ministério dos Esportes defendeu que a Copa e as Olimpíadas fomentaram o investimento e a ampliação dos serviços prestados pelo setor de telecomunicações, revitalização de áreas com baixos indicadores de desenvolvimento e inovações na gestão da segurança pública, com a integração das polícias e forças armadas através de um Centro Integrado de Comando e Controle montado nas cidades de realização dos eventos.

O discurso do legado é fortalecido com a defesa de que os recursos utilizados para o financiamento do evento não são desvios dos investimentos em saúde, educação e segurança, mas tem por fonte uma linha especial de financiamento do BNDES, originada no Orçamento Geral da União.

Os megaeventos, segundo o Governo Federal, são ferramentas para acelerar as políticas para estruturas de desenvolvimento regional, alavancando o esforço para superar a dívida social.

A escolha do Brasil para sede da Copa do Mundo foi feita em 2007, seguida em 2009 pela escolha para a realização dos Jogos Olímpicos de 2016. Foram acompanhadas da responsabilidade de construir uma estrutura de mobilidade urbana e de valorização do esporte que estivera abandonada por mais de 20 anos.

Para suportar os megaeventos, foi necessária a criação de megaprojetos. Os Programas de Aceleração ao Crescimento (PAC) de 2007 a 2011 do governo federal e programas de financiamento habitacional como o Minha Casa, Minha Vida, ao lado dos megaprojetos, levaram a uma crescente especulação imobiliária que culminou no aumento de aluguéis e na expulsão da população de baixa renda de algumas regiões de suas principais cidades.

O Brasil assumiu o compromisso em 09 de Julho de 2012, no 21º período de sessões do Conselho de Direitos Humanos, perante a Assembleia Geral das Nações Unidas, de que o processo de reestruturação urbana para a Copa do Mundo e as Olimpíadas se ajustaria às regulamentações que evitam os despejos forçados; e que os moradores das zonas afetadas receberiam informações completas – incluindo prazos – sobre as propostas que os afete.

Se comprometera também a negociar com as comunidades a fim de localizar alternativas aos despejos, e caso fosse indispensável a realocação de pessoas, estes receberiam uma nova moradia adequada próximo à comunidade anteriormente ocupada ou justa indenização. Além disso, se responsabilizou por que os eventos portariam benefícios duradouros para os mais pobres (ONU, 2012).

Mas estes compromissos não se traduziram em ações, por isso, a população vítima das violações aos Direitos Humanos em decorrência das obras do PAC para a Copa e Olimpíadas

se organizou criando um comitê popular em cada uma das cidades sedes brasileiras para a Copa 2014. Os Comitês Populares da Copa e Olimpíadas deram início à discussão das consequências destes megaprojetos em suas vidas. Na busca por um diálogo com o Estado, se propuseram a analisar soluções alternativas ao despejo forçado e combater as violações ao direito ao trabalho, segurança pública, acesso a informação e à serviços e bens públicos.

Sem obter resposta satisfatória do Estado, e vendo esgotados os meios internos para combater as violações aos direitos humanos denunciadas, os comitês locais se organizaram em uma Articulação Nacional dos Comitês Populares da Copa. Nasceu a ANACOP, que junto a Anistia Internacional, entregou em 2012 os primeiros relatórios destas violações à Organização das Nações Unidas (ONU).

MEGAEVENTOS E MEGAVIOLAÇÕES: DIREITOS HUMANOS

Em todas as cidades e países que sediaram megaeventos esportivos, operações imobiliárias baseadas na ideia de um legado foram responsáveis pela acentuação de profundas transformações urbanas (ROLNIK, 2014). Nem todas positivas, por isso se tornaram cada vez mais frequentes os protestos contra os megaeventos nos países desenvolvidos, de modo que, estrategicamente, o palco destes espetáculos mudou para os países em desenvolvimento (FERREIRA, 2014).

Dentre outros efeitos, houve a valorização imobiliária em áreas habitualmente ocupadas por populações de baixa renda, porque estas áreas se converteram no principal alvo dos projetos associados aos megaeventos. Em 2012, as estimativas mais conservadoras indicavam despejos de cerca de 170 mil pessoas nas cidades-sede brasileiras para que fossem viabilizadas as obras.

Apesar de ter havido protestos em diferentes cidades em todo o mundo em edições anteriores dos megaeventos contra a sua realização, o Brasil foi o primeiro país o qual a sociedade civil se organizou para estudar de fato o impacto destes megaeventos, dando especial atenção aos direitos humanos visivelmente violados, tendo produzido até o momento 3 dossiês denunciando estas violações: edição 2012, 2013 e 2014, sendo as duas últimas específicas do Rio de Janeiro, cidade –sede da final da Copa do Mundo 2014 e dos Jogos Olímpicos 2016.

Em todos estes documentos o direito à moradia é o primeiro assunto enfrentado. Segundo a ANACOP (2012) as ações governamentais majoritariamente comandadas pelo poder público municipal, com apoio de instâncias federais e estaduais cujo objetivo é a remoção de pessoas que habitam em determinada região. Para persuadi-los, os agentes alegam que o local

oferece riscos ambientais, ou que ali fora declarado área de interesse público e dará espaço a obras de melhoria urbana para a comunidade, sem que antecipadamente a comunidade tenha sido consultada.

Fato é que se trata geralmente de região habitada por população de baixa renda, cujos imóveis, em geral construídos pelos próprios moradores, carecem de documentos de propriedade e, exatamente por isso, requerem uma indenização menor. Como explica Rolnok:

No contexto da realização dos grandes projetos urbanos, essas são exatamente as áreas marcadas para morrer. Afinal, por não serem “oficiais” não precisam receber os pesados valores de indenizações para cair fora dali; por serem “precárias” ganham a justificativa de que sua eliminação representará um ganho não somente para a cidade mas também para os moradores [...] (JENNINGS et al, 2014, não paginado).

De acordo com a ANACOP (2014), 12.275 pessoas foram removidas de 24 comunidades no Rio de Janeiro por obras diretamente ligadas aos megaeventos.

É o caso do Morro da Providência, localizado em área portuária do Rio de Janeiro. A comunidade com mais de 110 anos foi surpreendida pelo início das obras do Projeto Morar Carioca no qual a Prefeitura Municipal iniciou a abertura de vias e anunciou a implantação de um teleférico, plano inclinado e abertura de espaços para a visita de turistas. Entretanto, a comunidade não fora envolvida no projeto. O anúncio da remoção de 380 famílias supostamente em risco e de outras 291 para a implantação do teleférico e plano inclinado se revelou um problema para a comunidade que não conhece o projeto.

A comunidade contestou o argumento do risco através de laudo geotécnico que indicara um número inferior de imóveis em situação de vulnerabilidade, em que a maioria dos problemas seriam facilmente resolvidos com obras de contenção.

Casas foram numeradas para demolição e marcadas com spray com as siglas da Secretaria Municipal de Habitação sem qualquer contato prévio ou posterior com os moradores.

Na cidade de Belo Horizonte – MG, a ampliação do Anel Rodoviário implicará na remoção de 2.600 famílias (NITAAH, 2014), para as quais foram oferecidas casas no programa Minha Casa, Minha Vida como opção de reassentamento, na mesma cidade, mas não no mesmo bairro.

Situação semelhante ocorreu em Recife, quando 200 famílias tiveram suas casas marcadas pela prefeitura e fora produzido um cadastro sem qualquer esclarecimento além daquele veiculado pela mídia, sobre a ampliação do Terminal Rodoviário da cidade (ANACOP, 2012).

O tema foi tratado na 22ª Sessão da ONU, em 04 de março de 2013, quando a então relatora especial da ONU para a moradia adequada, Raquel Rolnik, apresentou seu novo relatório

temático da segurança da posse como componente do direito à moradia. Na mesma sessão a representante da Articulação Nacional dos Comitês Populares da Copa (ANACOP) pediu ao conselho que dissesse ao governo brasileiro que cesse de imediato os despejos forçados e discuta com as comunidades afetadas um plano nacional de reparação dos danos causados, com o cuidado de criar um protocolo que garanta os direitos humanos (ANACOP, 2013).

Às famílias removidas pelo Estado são dadas como opções o aluguel social, no valor de R\$400,00, uma indenização pelas melhorias no imóvel, visto que o terreno não é regulamentado, e o reassentamento em uma das casas ou apartamentos do projeto Minha Casa, Minha Vida.

A supervalorização de imóveis na região impede as famílias de serem reassentadas na mesma comunidade, pois o auxílio do governo é insuficiente para a locação de qualquer habitação nas proximidades de seu antigo endereço.

A indenização é insuficiente a compra de uma moradia equivalente àquela originalmente ocupada pela família despejada. Os imóveis do projeto Minha Casa, Minha Vida geralmente estão longe dos bairros ocupados originalmente por estas pessoas, privando-as do convívio com suas raízes e prejudicando o acesso aos seus meios habituais de sobrevivência.

Outros problemas relatados foram a falta de vagas nas escolas ou creches da região de reassentamento, e a grande distância existente entre a nova moradia e os locais de trabalho destes chefes e chefas de família, culminando em desemprego e evasão escolar (ANACOP, 2012).

A comunidade Vila Autódromo das margens da Lagoa de Jacarepaguá é alvo da tentativa de desapropriação da prefeitura do Rio de Janeiro, porque ali seria área de preservação permanente e risco ambiental. A comunidade, que teve origem em uma vila de pescadores tradicional da orla e goza de concessão de uso real por 99 anos, é ignorada na oferta de serviços públicos de saneamento e coleta de lixo, cercadas por prédios de alto padrão que não sofrem dos mesmos transtornos.

De forma participativa e com o apoio das Universidades Federal do Rio de Janeiro – UFRJ e da Universidade Federal Fluminense - UFF, a população local elaborou o “Plano Popular da Vila Autódromo”, que consistia em um relato de todas as tentativas de remoção da comunidade feitas pela prefeitura, integrado a um projeto de viabilidade da sua permanência, possibilitando melhorias nas condições de saneamento promovendo o seu desenvolvimento socioeconômico.

A prefeitura chegou a justificar a remoção como exigência do COI, a população se mobilizou mais uma vez e com o apoio da Defensoria Pública elaborou uma carta ao Comitê explicando que o projeto para o Parque Olímpico pode prever a permanência da comunidade.

Mas, irredutivelmente, a prefeitura busca novos argumentos incluindo a garantia da segurança da Vila Olímpica do Pan. A comunidade segue resistindo.

Esta clara violação aos ditames internacionais do direito à moradia adequada foi acompanhada por violações ao direito à informação e participação popular, direito à territorialidade.

Esta postura de violação à direitos acentuou ainda mais os descontentamentos latentes do povo para com o modelo estatal de gestão de serviços públicos adotado até o momento, conforme explica, fomentando os protestos por todo o país, conforme explica, Rolnik:

No fim das contas, os impactos sociais da preparação para a Copa do Mundo e os Jogos Olímpicos do Rio engrossaram o caldo do profundo descontentamento da população com a vida em nossas cidades. Vimos isso nas manifestações de junho de 2013, que seguem se desdobrando. [...] Essas manifestações são a explosão de um modelo de cidade que nega o direito à cidade para a maior parte da população. [...] As pessoas passaram a consumir mais, mas a esfera pública, a dimensão pública das cidades e seus serviços tradicionalmente péssimos, não mudaram (ROLNIK, 2014, não paginado).

O Brasil, como signatário de diversos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, criou normas e legislações em consonância com tais para que fossem garantidos e consolidados os direitos fundamentais do cidadão também por meio de políticas públicas, contudo, a urgência em cumprir os prazos impostos pelas instituições organizadoras dos megaeventos esportivos, fez com que o Estado impusesse o atropelo ao devido procedimento para a desapropriação de áreas para fins de interesse público, culminando nos despejos forçados em um processo de gentrificação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Benefícios com a finda Copa do Mundo, houve. – A questão é: em que dimensão e sob quais condições, mesmo em uma avaliação marcada pela crítica habermasiana, os afetados pelos atos de gestão do *amiúde criticado Padrão Fifa*, tiveram para além de sua rotina festiva alterada, aprofundados os distanciamentos de um acesso ao sentimento de Justiça Social.

Quando se assume um território sem povo, é para se denunciar, em coro com o teórico F. Müller que o povo não pode permanecer na armadilha semântica do **locus discursivo** que a tradição liberal lho enclausurou como instancia suficiente de legitimação ao exercício do poder. Confundindo este com o carisma de quem o exerça temporalmente: ou seja – cada homem um voto. Cada voto uma manifestação de democracia. – Isto não é o bastante! – Eii-la!! – A crítica do povo enquanto ícone da democracia. Participação política é mais do que

a soma dos votos, e muito mais do que a soma dos votantes, e não pode ser menos que a representação do conjunto dos votados.

A democracia, a participação popular e a dignidade da pessoa humana, em diferentes dimensões, estes eventos já de há muito tem violado.

Os despejos forçados coagiram milhares de famílias a comprarem imóvel pelo programa de subsídios do governo Minha Casa, Minha Vida. São imóveis geralmente longe da moradia habitual deste **povo**, a maioria ainda espera a justa indenização pelo imóvel perdido, mas se viram comprometer 1/3 de seu orçamento familiar por 30 anos, apesar dos riscos de novos despejos em caso de não conseguirem adimplir tamanha dívida.

As vítimas de despejos forçados têm violados seus direitos à moradia, acompanhados da violação do direito a segurança, pois são os policiais que os deveriam proteger que os convidam a sair de seus lares, sem a adequada explicação, em alguns caso, mediante violência e ameaças.

A perspectiva de realização destes megaeventos aumentou de tal modo a especulação imobiliária nas cidades-sedes, que a classe média, em razão do aumento dos preços do aluguel, também fora coagida a mudar para os núcleos periféricos.

O legado positivo dos megaeventos até o momento são políticos. Pois a população reagiu à aberta violação ao direito à livre manifestação e cobrou do país o compromisso outrora assumido perante as instâncias internacionais no sentido de garantir remoções pautadas na legalidade e na busca de medidas alternativas ao que se configurou em despejo. Trata-se este do verdadeiro legado deixado pelos megaeventos: a transformação do povo-ícone em povo-ativo.

REFERÊNCIAS

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **Perguntas y Respuestas sobre los Desplazados Internos**. 2001-2014. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/a-quien-ayuda/desplazados-internos/preguntas-y-respuestas-sobre-desplazados-internos/> Acesso em: 04/05/2014

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. (Os pensadores) - São Paulo: Abril Cultural, 1979.

ARTICULAÇÃO NACIONAL DOS COMITÊS POPULARES DA COPA. **Remoções Forçadas no Conselho de Direitos da ONU**. Site da ANACOP. Publicado em 04 de março de 2013. Disponível em: <http://www.portalpopulardacopa.org.br/index.php?option=com_k2&view=item&id=354:remo%C3%A7%C3%B5es-for%C3%A7adas-no-conselho-de-direitos-humanos-da-onu> Acesso em 04/06/2014.

_____. **Megaeventos e violações de direitos humanos Brasil.** Publicado em janeiro de 2012. Disponível em: <<http://www.apublica.org/wp-content/uploads/2012/01/DossieViolacoes-Copa.pdf>> Acesso em 14/05/2014.

_____. **Megaeventos e violações de direitos humanos no Rio de Janeiro:** dossiê do Comitê Popular da Copa e Olimpíadas do Rio de Janeiro. Publicado maio de 2013. Disponível em: <http://comitepopulario.files.wordpress.com/2013/05/dossie_comitepopularcoparj_2013.pdf> Acesso em 14/05/2014.

_____. **Megaeventos e violações de direitos humanos no Rio de Janeiro:** dossiê do Comitê Popular da Copa e Olimpíadas do Rio de Janeiro. Publicado em junho de 2014. Disponível em: <http://comitepopulario.files.wordpress.com/2013/05/dossie_comitepopularcoparj_2013.pdf> Acesso em 14/05/2014.

BIANCO, Vittorio Leandro Oliveira. **O legado dos Megaeventos esportivos em questão: as mudanças ou as continuidades na cidade do Rio de Janeiro pós-sede.** 2010. 125f. Dissertação (Políticas Públicas, Estratégia e Desenvolvimento)- Instituto de Economia. UFRJ, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em? <http://www.ie.ufrj.br/images/pos-graduacao/pped/defesas/28-Vittorio_Leandro_Oliveira_Lo_Bianco_Preliminar.pdf> . Acesso em: 30/06/2014

BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade e outros escritos morais.** - 2ED. - São Paulo: Editora UNESP, 2011

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.** In VADE MECUM SARAIVA 2014. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Lei 10.257/2001. **Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm> Acesso em: 04/06/2014

_____. **Plataforma Brasileira para a Precensão de Despejos. Ministério das Cidades.** Disponível em: <http://www.concidades.pr.gov.br/arquivos/File/Proposta_de_plataforma_pos_seminario_versao11.pdf> Acesso em: 08/06/2014.

BROOKINGS INSTITUTION—UNIVERSITY OF BERN. **Protecting Internally Displaced Persons: A Manual for Law Policymakers.** October 2008. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/50f95599.html>> Acesso em 06/06/2014

CALDEIRA, Ilton. **Conheça os efeitos da Copa do Mundo e das Olimpíadas na economia dos países.** IG. Economia. 12/01/2012. Disponível em: <[- 101 -](http://econo-</p></div><div data-bbox=)

mia.ig.com.br/conheca-os-efeitos-da-copa-e-da-olimpiada-na-economia-dos-paises/n1597563440108.html>. Acesso em 04/07/2012

CANUTO, Antônio; LAZZARIN, Flávio; LUZ, Cássia Regina da Silva. **Conflitos no Campo. - Brasil 2013. CPT Nacional - Brasil, 2013**. 198p. Disponível em: <<http://www.cptnacional.org.br/index.php/component/jdownloads/finish/43-conflitos-no-campo-brasil-publicacao/344-conflitos-no-campo-brasil-2013?Itemid=23>> Acesso em: 03/04/2014

CHADE, Jamil. **Brasil queria sediar a Copa em 17 estádios, revela Blatter. Estádio, Genebra**, 24 mai 2014. Blog do Jamil. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/jamil-chade/2014/05/24/brasil-queria-sediar-a-copa-em-17-estadios-revela-blatter/>> Acesso em: 30/06/2014

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. MC 382/10 - **Comunidades Tradicionais da bacia do Rio Xingu, Pará - Brasil**. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/medidas/2011.port.htm>> Acesso em: 05/06/2014

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. SISTEMAS DE CASOS E PETIÇÕES: Folheto Informativo. 40p. 2010. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/folleto/CIDHFolleto_port.pdf> Acesso em 04/07/2014

CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE REFUGIADOS CENTROAMERICANOS, CIREFCA 89/9. **Principios y criterios para la proteccion y asistencia a los refugiados, repatriados y desplazados Centroamericanos en America Latina. Guatemala**, 1989. 26p. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/cirefca_89-9_esp.pdf>. Acesso em: 04/05/2014

DESEMBARGADORES NEGAM DESAPROPRIAÇÃO DE IMÓVEL NO VINHAIS VELHO. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, 06 mar 2012. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/tj/visualiza/publicacao/24677>> Acesso em 21/06/2014

FERREIRA, João Sette Whitaker. Um teatro milionário. In In JENNINGS, Andrew...[et al]. **Brasil em Jogo** [recurso eletrônico]: o que fica da Copa e das Olimpíadas? – 1ed. –São Paulo: Boitempo: Carta maior, 2014.

FERNANDES, Luís Lopes. Para além dos jogos: grandes eventos esportivos e a agenda do desenvolvimento nacional. In: In JENNINGS, Andrew...[et al]. **Brasil em Jogo** [recurso eletrônico]: o que fica da Copa e das Olimpíadas? – 1ed. –São Paulo: Boitempo: Carta maior, 2014.

GUTERRES, Antonio. **A proteção das populações de atenção do ACNUR em ambientes urbano.** Caderno de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania, v. 5, p. 11-16, 2010

HABERMAS, Jürgen. **Acción Comunicativa y razón sin transcendência.** Barcelona: Paidós, 2002.

_____. **Direito e democracia entre facticidade e validade.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MARICATO, Ermínia. A copa do mundo no Brasil: tsunamis de capitais a profunda desigualdade urbana. In JENNINGS, Andrew...[et al]. **Brasil em Jogo** [recurso eletrônico]: o que fica da Copa e das Olimpíadas? – 1ed. – São Paulo: Boitempo: Carta maior, 2014.

NITAHARA, Akemi. **Obras da Copa devem levar à remoção de 2,6 mil famílias em MG.** AGÊNCIA BRASIL NOTÍCIAS. 15/05/2014. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/cidadania/2014/05/em-belo-horizonte-obras-da-copa-devem-levar-a-remocao-de-26-mil-familias>> Acesso em 06/07/2014

OLIVEN, Ruben George. **O reconhecimento das terras indígenas e dos remanescentes de comunidades de quilombos diz respeito a toda sociedade brasileira.** In: LEITE, Ilka Boaventura (Org). **Laudos periciais antropológicos em debate.** Florianópolis: NUER / ABA, 2005.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Desplazados Internos.** AG/RES. 2667 (XLI-O /11). Washignton. 4p. Aprobada em la cuarta sesión plenaria, celebrada em el 07 de jun 2011. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2667_XLI-O-11_esp.pdf> Acesso em 04/06/2014

_____. **Declaración de San José sobre los refugiados y personas desplazadas. Adoptada por el “Coloquio Internacional: 10 Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados”, celebrado en San José, Costa Rica, del 5 al 7 de diciembre de 1994.** Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/Declaracion_de_San_Jose_1994.pdf> Acessada em: 02/03/2014

RAWLS. John. Justiça e equidade. In: MAFFETONE, Sebastiano; VECA, Salvatore. **A Ideia de Justiça de Platão a Rawls.** – São Paulo: Martins Fontes, 2005.

REBELLO. KOCHINSKI. UOL ESPORTES. **Olimpíada de 2016 já custa R\$ 36,7 bilhões e supera os gastos com a Copa do Mundo em 43%.** UOL ESPORTES. 16/04/2014. DISPONÍVEL EM: <http://esporte.uol.com.br/rio-2016/ultimas-noticias/2014/04/16/orcamento-olimpiada-de-2016.htm> Acesso EM 04/07/2014

ROLNIK, Raquel. **10 anos de Estatuto da Cidade: Das Lutas pela Reforma Urbana às Cidades da Copa do Mundo**. Disponível em: <<http://raquelrolnik.files.wordpress.com/2013/07/10-anos-do-estatuto-da-cidade.pdf>> Acesso em 04/06/2014.

_____. Megaeventos: Direito à moradia em cidades à venda. In JENNINGS, Andrew...[et al]. **Brasil em Jogo** [recurso eletrônico]: o que fica da Copa e das Olimpíadas? – 1ed. –São Paulo: Boitempo: Carta maior, 2014.

SANTIN, Janaína Rigo. MARANGON, Elizete Gonçalves. **O Estatuto da Cidade e os instrumentos de política urbana para proteção do patrimônio histórico: outorga onerosa e transferência do direito de construir**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/his/v27n2/a06v27n2> Acesso Em: 04/06/2014

SEM PROPOSTAS PARA A LINHA 6 DO METRÔ, SP ASSUME DESAPROPRIAÇÕES. G1. Em 08 ago 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2013/08/sem-propostas-para-linha-6-do-metro-sp-assume-desapropriacoes.html> Acesso em: 24/06/2014

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Os direitos fundamentais como condições para a cooperação na deliberação democrática. In: Martônio Mont'Alverne Barreto Lima; Paulo Antônio Menezes de Albuquerque. (Org.). **Democracia, direito e política: estudos em homenagem a Friedrich Müller**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p 151-156

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. A/HRC/21/11. **Report of the Working Group on the Universal Periodic Review - Brazil**. 21º Período de sesiones. 9 jul 2012. . Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-11_en.pdf> Acesso em: 13/05/2014 (119.57 e 119.58)

_____. **Conferencia de Soluciones Sostenibles para la Población Desplazadas: Experiencias Internacionales y Nacionales**. 56p. Bogotá. 28-29 Maio 2013. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2014/9474>> Acesso em 13/05/2014

_____. **Principios sobre la Restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y de las personas desplazadas**. 33p. Cartagena de las Indias, Colombia. 57º Período de Sesiones. Abril de 2007. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2008/6325>> Acesso em: 08/05/2014

_____. **Protección de las PDI por conflictos: Evaluación para la acción**. 91p. Ginebra. 2008. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2010/7767>> Acesso em: 13/05/2014

_____. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951)**. 21p. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf?view=1>. Acesso em 18/04/2014

_____. E/CN.4/1998/Add. 2. **Principios rectores de los desplazamientos Internos**. 540 Periodo de Sesiones. Página 5-14. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0022>> . Acesso em 13/05/2014

_____. E/CN.4/2004/48/Add.1. **La vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado. 60º Período de sesiones. Misión al Peru**, 11 fev. de 2004. Disponível em: <http://acnurdh.org/wp-content/uploads/2011/08/relator-vivienda-adeuada-2004.pdf>> Acesso em: 13/05/2014

_____. **Handbook for Applying the Guiding Principles on Internal Displacement**, 1 November 1999. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/3d52a6432.html>>. Acesso em 06/06/2014

O DIREITO À TERRA COMO DIREITO HUMANO: A PEC N.º 215/2000 COMO REVÉS À DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL

RODOLFO PERINI GOMES ¹

RESUMO

Passados mais de vinte e cinco anos da promulgação da *Lex Mater* de 1988, a qual prevê em seu art. 67, do ADCT, o prazo de cinco anos para a demarcação das terras indígenas do território nacional – termo meramente programático –, o processo de demarcação segue caminhando a passos lentos. A par disso, não se deve olvidar que o atraso no processo demarcatório dá ensejo a inumeráveis conflitos fundiários, envolvendo índios e não-índios, porquanto as sociedades indígenas vêm sendo submetidas às ganas da expansão capitalista – em nome do “desenvolvimento” –, oferecendo, de pronto, resistência na ininterrupta luta para a preservação do território tribal e de seus recursos naturais. Nesse contexto, o ordenamento jurídico pátrio erigiu um complexo arcabouço legal de guarida aos seus direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Não obstante, na contramão, o direito à terra, usualmente, é tratado com minúcia, não sendo reconhecido como um direito humano. Insta realçar que as terras indígenas constituem direito basilar dos índios e representam unidade socioambiental indissolúvel, essencial e necessária à sua reprodução física e cultural. Nesse prisma, as ameaças de desterritorialização, concebidas, mormente, através de proposições legislativas, como a PEC n.º 215/2000 – que, em seu texto original, possibilitava ao Congresso Nacional, dentre outras prerrogativas, a possibilidade de rever as demarcações já concluídas –, põem em xeque os direitos territoriais vitais de muitas comunidades que, numa perspectiva histórica, revivem os fantasmas do passado, face o lícito e anunciado genocídio e etnocídio indígena.

Palavras-chave: Direitos humanos. Demarcação das terras indígenas no Brasil. PEC n.º 215/2000.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, marco jurídico da tutela indígena no país, rompendo com a concepção até então adotada – com um ideal integracionista de homogeneização cultural –, reconheceu aos índios o direito à diferença, sentenciando o caráter multicultural e pluriétnico da sociedade brasileira.

Nada obstante, um ensaio de suas bodas de prata revela a modéstia de seus resultados no tocante à garantia de fato dos direitos das minorias e dos grupos socialmente vulneráveis, máxime, atinente ao indigenato – o *direito congênito* e primário dos indígenas sobre suas terras .

¹ Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). GT III – Bioética, Direitos Humanos, Democracia, Pluralidade e Sociedade. E-mail: rodolfo_perini@hotmail.com.

Faz-se necessário ter em mente que a morosidade na conclusão do processo demarcatório das terras indígenas, aliado ao ímpeto do capitalismo neoliberal, vulnerabiliza as comunidades nativas frente à violência de grupos contrários ao reconhecimento de suas terras.

A propósito, a ofensiva não é privativa dos confrontos físicos entre índios e não-índios, haja vista as inúmeras proposições legislativas submetidas às Casas, tendentes a abolir, fragilizar ou cercear direitos indígenas. Cumpre aqui reportar-se, em particular, à Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n.º 215/2000, que transfere ao Congresso Nacional a última palavra sobre demarcação de terras indígenas e que, embora seja disposição já suprimida, de cunho retroativo, abria a possibilidade de rever os limites das já efetivadas.

À vista disso, levantam-se os principais julgados das Cortes regionais de Direitos Humanos quanto ao tema em apreço, com o fito de constatar os efeitos construtivos da sentença internacional no âmbito interno. Em sequência, é repassado o ordenamento jurídico pretérito brasileiro no trato da questão do direito indígena à terra, desde o Brasil Colonial ao Estado Democrático de Direito. Por derradeiro, tecem-se argumentos em prol da rejeição da PEC que, no momento presente, está sob análise da Comissão Especial da Câmara dos Deputados. Ademais, no contexto atual onde se nota a negação sistemática do direito à terra, sobretudo na causa indígena, ante o hiato no direito internacional, busca-se enfatizar a importância de se promover o reconhecimento, dentro de um cenário cosmopolita, da terra como um direito humano.

DIREITO HUMANO À TERRA

Sob uma óptica histórica, o direito à terra ainda não encontrou seu *locus* no rol dos direitos humanos, porquanto, quer em plano interno, quer em plano externo, mantém-se indeterminado juridicamente.

Na normativa internacional, à guisa de exemplo, entre os principais tratados internacionais de direitos humanos², “[...] o direito à terra é apenas superficialmente mencionado uma única vez, no contexto dos direitos das mulheres em zonas rurais”³ (GILBERT, 2013, p. 121).

² Compõem a lista: a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres; a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes; a Convenção sobre os Direitos da Criança; a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias; a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

³ Dispõe o art. 14, (2), (g) da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW), no tocante à mulher de regiões rurais, que estas devem “ter acesso aos créditos e empréstimos agrícolas [...] e receber igual tratamento nos projetos de reforma agrária e de reassentamento” (UNITED NATIONS, 1979. The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women.

Nada obstante todos os avanços na tutela dos direitos humanos, o sistema normativo global se manteve silente no tocante à proteção de um direito autônomo à terra. Destarte, como resposta ao vácuo jurídico, a demanda por esse direito tem assumido várias acepções. À sombra de uma interpretação holística, as

[...] reivindicações relativas ao direito à terra têm emergido no contexto do direito à propriedade; como um importante direito específico de povos indígenas, como um aspecto da igualdade de gênero; e como um slogan na campanha contra a desigualdade no acesso à alimentação e à moradia” (GILBERT, loc. cit.).

Nesse sentido, cabe sublinhar que, malgrado ausente previsão expressa acerca desse direito específico, cai a lanço notar que há diversos instrumentos em âmbito nacional e internacional que reconhecem muitas das questões de direitos humanos referentes à terra. Roborando o aqui esposado,

A Declaração Universal de Direitos Humanos⁴(DUDH) estabeleceu que “toda a pessoa, individual ou coletiva, tem direito à propriedade. Ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua propriedade”. [...] Tanto o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (PIDCP), quanto o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) preveem que “todos os povos podem dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais e (...), em caso algum, poderá um povo ser privado de seus próprios meios de subsistência” [...] (GELBSPAN; PRIOSTE, 2013, p. 18).

Dentre esse mosaico de concepções, cabe, pois, a retoma do direito humano à terra calcado no direito singular dos povos indígenas, não apenas pelo seu significado *de per se*, mas pela vultosa conotação que representa a esses povos.

Nesse compasso, atenta-se para o crescimento paulatino das formas de *inclusão* dos povos indígenas no cenário mundial, sobretudo, no campo dos *direitos humanos*, reflexo do árduo processo de universalização destes direitos, movimento este que ganhou força a partir do segundo pós-guerra. Sob esse ângulo, leciona com maestria Flávia Piovesan (2012, p. 60) que

O processo de universalização e internacionalização dos Direitos Humanos situa-se como um movimento extremamente recente na história do Direito, apresentando delineamentos mais concretos apenas após a Segunda Guerra Mundial.

General Assembly, resolution 34/180, 18 December. Disponível em: < <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cedaw.pdf> >. Acesso em: 12 jun. 2015).

4 “A Declaração Universal foi aprovada pela Resolução n.º 217 A (III) da Assembléia Geral, em 10 de dezembro de 1948, por 48 votos a zero e oito abstenções. Os oito Estados que se abstiveram foram: Bielorrússia, Checoslováquia, Polônia, Arábia Saudita, Ucrânia, URSS, África do Sul e Iugoslávia” (PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 203).

Isto posto, como reação às atrocidades cometidas ao longo do período de contenda, em 1945, funda-se a Organização das Nações Unidas (ONU), cujo objetivo precípua assentou-se em firmar as bases de uma paz global, com a internacionalização da proteção dos direitos humanos. De logo, vale dizer que

[...] Muitos dos direitos que hoje constam do “Direito Internacional dos Direitos Humanos” emergiram apenas em 1945, quando, com as implicações do holocausto e de outras violações de direitos humanos cometidas pelo Nazismo, as nações do mundo decidiram que a promoção de direitos humanos e liberdades fundamentais deveria ser um dos principais propósitos da Organização das Nações Unidas. (PIOVESAN, apud BILDER, 2012, p. 62).

Em 1948 é promulgada pela ONU, através de sua Assembléia Geral, a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), diploma marco na consolidação dos direitos humanos. Todavia, em que pese inaugurar um código de ética universal entre nações, seu texto era ausente de força normativa-vinculante.

Doravante, houve certa inquietude em formular tratados juridicamente obrigatórios aos Estados-membros, de tal sorte que a Assembléia Geral adotou uma série de tratados multilaterais através de sua história, também desenvolvidos por agências especializadas das Nações Unidas, como a Organização Internacional do Trabalho (OIT), expandindo o corpo do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Nesse ponto, por uma breve análise conceitual, em assonância com o disposto no art. 2º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados⁵ (CVDT), percebe-se na praxe jurídica o emprego de diferentes nomenclaturas para reportar-se aos tratados internacionais. No mesmo sentido, para Piovesan (apud, HENKIN, 2012, p. 100), o vocábulo

[...] “tratado” é geralmente usado para se referir aos acordos obrigatórios celebrados entre sujeitos de Direito Internacional, que são regulados pelo Direito Internacional. Além do termo “tratado”, diversas outras denominações são usadas para se referir aos acordos internacionais. As mais comuns são Convenção, Pacto, Protocolo, Carta, Convênio, como também Tratado ou Acordo Internacional. Alguns termos são usados para denotar solenidade (por exemplo, Pacto ou Carta) ou a natureza suplementar do acordo (Protocolo).

⁵ “[...] Para os fins da presente Convenção: a) “tratado” significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica [...]”.

Dessa forma, assaz relevante, cumpre reportar-se à Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais⁶, o único instrumento jurídico internacional de caráter vinculante –“*hard law*”⁷– a tratar exclusivamente do direito à terra dos povos indígenas. Em linhas gerais, o supracitado diploma

[...] reconhece os direitos de povos indígenas e comunidades tradicionais a seus territórios. Este direito foi reconhecido com mais clareza na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, a qual reconheceu o “direito às terras, territórios e recursos que [povos indígenas] possuem e ocupam tradicionalmente ou que tenham de outra forma utilizado ou adquirido”, além de estabelecer que eles detenham “o direito de possuir, utilizar, desenvolver e controlar as terras, territórios e recursos que possuem em razão da propriedade tradicional ou de outra forma tradicional de ocupação ou de utilização” (GELBSPAN; PRIOSTE, 2013, p. 20).

Em solo nacional, fenômeno representativo foi a Cúpula dos Povos, se dado em meados de 2012, consistiu em um evento paralelo à Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (CNUDS) – também conhecida como Rio+20 –. Organizada por entidades da sociedade civil e movimentos sociais de vários países, um de seus objetivos esteava-se em fortalecer movimentos sociais do Brasil e do mundo.

O movimento indígena marcou presença por meio da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) – associação nacional de entidades que representam os povos indígenas do país – na realização do Acampamento Terra Livre (ATL) daquele ano, em união com o movimento indígena da América Latina.

O documento final da Rio+20, entretanto, ficou aquém da relevância dos temas discutidos. Ainda que acordado por um número elevado de países, tratou-se de um documento genérico, sem metas e prazos, sendo objeto de duras críticas pelo documento final da Cúpula dos Povos⁸.

⁶ “Essa Convenção teve seu texto adotado, em 27 de junho de 1989, em Genebra. Entrou em vigor internacional em 5 de setembro de 1991. Foi aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro pelo Decreto Legislativo n. 143, de 20 de junho de 2002 [...]. Foi, enfim, promulgada na ordem interna pelo Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004” (BASSO, Joaquim. As terras de comunidades tradicionais ante o novo constitucionalismo latino-americano e o multiculturalismo. In: CONGRESSO NACIONAL CONPEDI. 23., 2014, João Pessoa. **Anais...** João Pessoa: CONPEDI, 2014. p. 13).

⁷ Termo utilizado no direito internacional que designa os instrumentos normativos com força obrigatória, cogente, que vinculam os Estados-partes. Em oposição, tem-se os diplomas de *soft law* que, embora não guardem força cogente, “[...] são verdadeiras referências em determinadas matérias, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração de Viena, a Declaração das Nações Unidas para os Direitos dos Povos Indígenas, a Agenda 21 e a Declaração de Alma-Ata” (PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 87).

⁸ Entre as demandas apensadas ao documento, estabeleceu-se a necessidade de se “[...] criar leis e políticas que garantam a preservação, proteção, demarcação, homologação e registro INCONDICIONAL das terras indígenas [...]” (BRASIL. **Documentos finais da Cúpula dos Povos na Rio + 20 por justiça social e**

Nesta toada, a articulação de povos indígenas, inclusive, na seara jurídica mundial, no reclamo de seus direitos decorrentes de suas relações perante os Estados nacionais entoa um cenário onde “[...] suas demandas vêm sendo progressivamente inseridas na ordem internacional, ganhando espaço no âmbito das Nações Unidas, da OEA, dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, dentre outras instituições internacionais” (SCHETTINI, 2012, p. 65).

Sobreleva, aqui, a douda lição de Campos (2013, p. 579), na qual

A internacionalização dos direitos humanos, observada desde o final da 2ª Guerra Mundial, fez surgirem mecanismos, instituições e instrumentos voltados à proteção e à defesa de tais direitos. Destacam-se o sistema global e os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos [...].

Assim, paralelo ao sistema global, convém sublinhar que existem três sistemas regionais de proteção dos direitos humanos: o europeu, o africano e o interamericano. Alusivo a este último, sua organização matriz é a Organização dos Estados Americanos (OEA), fundada em 1948, três anos após a criação da ONU, cujo seus membros perfazem, atualmente, 35 Estados.

O predito sistema ramifica-se em dois órgãos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos⁹ (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ambos os órgãos autônomos e com atribuições fixadas pela Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁰.

Devotando-se ao segundo órgão, dentre o leque de competências atribuídas à Corte Interamericana de Direitos Humanos incumbe-lhe aplicar a Convenção Americana de Direitos Humanos e outros tratados da mesma matéria. Desta feita, imprescindível colacionar decisões desta Corte no tocante a selecionados casos de comunidades indígenas, a saber: Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicarágua; e Sawhoyamaya versus Paraguai. À luz da justiciabilidade dos direitos indígenas à terra, concebe-se o avanço na ordem jurídica global em prol da afirmação de um direito indígena à terra.

ambiental. Disponível em: < <http://www.secretariageral.gov.br/atuacao/internacional/consultapos2015/declaracao-cupula> >. Acesso em: 18 jun. 2015).

⁹ Desde 1992, a CIDH deu início ao processo de criação de um projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Todavia, até a presente data, o sistema interamericano não pôs em vigor um instrumento internacional que se reporte, exclusivamente, aos direitos desses povos.

¹⁰ Essa Convenção é “[...] também denominada Pacto de San José da Costa Rica. Foi assinada em San José, Costa Rica, em 1969, entrando em vigor em 1978. Apenas Estados-membros da Organização dos Estados Americanos têm o direito de aderir à Convenção Americana, que, até maio de 2011, contava com 25 Estados-partes” (PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 324).

CASO DA COMUNIDADE INDÍGENA MAYAGNA (SUMO) AWAS TINGNI VERSUS NICARÁGUA

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos apresentou à Corte, em 4 de junho de 1998, uma demanda em oposição ao Estado da Nicarágua. O escopo da ação era que a Corte decidisse se o Estado havia violado alguns artigos da Convenção Americana de Direitos Humanos respeitante à Comunidade Mayagna de Awas Tingni.

Em seu pleito, a Comissão expôs que a Nicarágua não demarcou as terras comunais da Comunidade Awas Tingni, nem tomou medidas efetivas que assegurassem os direitos de propriedade da Comunidade em suas terras ancestrais e recursos naturais, bem como por não garantir um recurso efetivo para responder às reclamações da Comunidade sobre seus direitos de propriedade.

Em conformidade com a sentença de 31 de agosto de 2001, cujo excerto *importa trazer a lume*, foi reconhecida a violação do Artigo 21 da Convenção (Direito à Propriedade Privada), tendo a Corte declarado que, *in litteris*:

[...] a relação próxima que os indígenas mantêm com a terra deve de ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de suas culturas, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica. Para as comunidades indígenas a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, mas sim um elemento material e espiritual do qual devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às futuras gerações (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001, par. 149).

CASO DA COMUNIDADE INDÍGENA SAWHOYAMAXA VERSUS PARAGUAI

Em 03 de fevereiro de 2005, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu à Corte uma demanda em face do Estado do Paraguai. A Comissão apresentou o pedido com base no artigo 61 da Convenção Americana, com o propósito de que a Corte decidisse se o Paraguai havia violado dispositivos da Convenção americana, em relação às obrigações estabelecidas nos artigos 1.1 (obrigação de respeitar os direitos) e 2 (dever de adotar disposições de direito interno) da mesma, em detrimento da Comunidade Sawhoyamaxa, do povo Enxet.

A Comissão arguiu que o Estado não vinha assegurando o direito à propriedade ancestral da Comunidade Sawhoyamaxa, e que, desde 1991, o seu pedido de reivindicação territorial estaria em tramitação sem que tenham sido satisfatoriamente resolvido. Consoante declaração da Comissão, isso significou o fracasso da Comunidade e de seus membros no acesso a propriedade e posse de suas terras e implicou mantendo-o em um estado de vulnerabilidade alimentícia, médica e sanitária, que ameaça continuamente a sua sobrevivência e integridade.

Acordante com a sentença de 29 de março de 2006, foi reconhecida a violação do artigo 4 da Convenção (direito à vida), tendo a Corte declarado que

[...] o Estado não garantiu aos membros da Comunidade Sawhoyamaxa o direito à propriedade comunal e às garantias e proteção judicial em um prazo razoável (vide pars . 112 e 144) . Em outras palavras, [...] não adotou as medidas adequadas, através de um procedimento administrativo rápido e eficiente para tirá-los e colocá-los dentro de suas terras ancestrais, onde eles poderiam ter usado e desfrutado dos seus recursos naturais, diretamente relacionada à sua capacidade de sobreviver e manter suas formas de vida (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006, par. 164).

EVOLUÇÃO HISTÓRICO-LEGISLATIVA PÁTRIA DO DIREITO DOS ÍNDIOS ÀS SUAS TERRAS

Em solo nacional, o percurso histórico dos povos indígenas é marcado por diferentes formas de resistência e exclusão jurídica. Perspectiva esta que começa a ser moldada no período das grandes navegações, mais precisamente, em 22 de abril de 1500, quando aqui o navegador português Pedro Álvares Cabral avistou terra firme:

O primeiro contato entre os portugueses, em sua expansão ultramarina, e os povos indígenas brasileiros ocorreu no ano de 1500, com a chegada da esquadra comandada por Pedro Álvares Cabral (LOPES; MATTOS, 2006, p. 222).

Apesar da presença lusitana, destaca-se que apenas a partir de 1531 tem-se a colonização propriamente dita. Diferentemente, nas três primeiras décadas posteriores ao descobrimento, houve forte desinteresse da metrópole em terras brasílicas, porquanto a coroa portuguesa estar intimamente envolvida no comércio lucrativo das especiarias no oriente. Entrementes, porém, o ponto de vista lusitano se alterou. *Ex positis*,

Com a perda do monopólio da rota de comércio com as Índias por volta de 1530, bem como com a presença de outros europeus no litoral brasileiro, a Coroa portuguesa viu-se compelida a ocupar as novas terras, sob pena de perdê-las. Consequentemente, Portugal resolveu, por decisão emanada do rei Dom João III, instalar em 1532 um sistema denominado capitânias hereditárias, pelo qual o litoral brasileiro foi dividido em catorze capitânias doadas a doze donatários (LOPES; MATTOS, 2006, p. 222).

A propósito, compondo os motivos ensejadores do início da colonização do Brasil, é vultoso trazer a lume a reação da igreja católica ao aparecimento das chamadas confissões religiosas protestantes, cenário no qual a Igreja estava perdendo milhares de fiéis para outras religiões. Surgia, pois, a necessidade de compensar essa perda conquistando novos fiéis em

outros territórios, ora, a colonização do território brasileiro representava a possibilidade de se expandir a fé cristã através da catequização/evangelização dos índios.

Em seguida, remetendo-se ao século 19, faz-se mister velar sobre o Alvará Régio de 1º de Abril de 1680, referencial introdutório dos direitos indígenas no país. O documento ordenava

[...] respeitar as terras indígenas reconhecendo, expressamente, serem os indígenas senhores de suas fazendas [...]; posteriormente, foi ratificado pela lei de 06 de julho de 1775, que confirmou ao índio a condição de homem livre, no uso e gozo de seus bens (MIRANDA, apud SIQUEIRA; MACHADO, 2009, p. 23).

Reportando-se à Constituição outorgada brasileira de 1824, esta não dedicava Título, Capítulo ou qualquer Secção à questão indígena, omitindo qualquer referência a esses povos.

Entre os anos de 1822 e 1850, lapso temporal entre a cessação do regime de sesmarias e a edição da Lei de Terra, o Brasil desenvolveu-se sob a carência de uma legislação reguladora do processo de apropriação territorial e, em corolário, a posse se tornou o único modo de aquisição de domínio sobre as terras.

Por seu turno, é de grande valia citar uma das primeiras leis brasileiras pós-independência. Apesar da mesma não fazer menção ao direito originário indígena sobre os territórios que tradicionalmente ocupavam,

[...] a Lei de Terras (Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850), [...] foi a primeira lei regulamentando a propriedade privada em nosso direito. Esta assegurou direito territorial aos índios, e no artigo 12 dispunha que seriam reservadas as terras devolutas para a colonização indígena [...] (SIQUEIRA; MACHADO, 2009, p. 24).

Com a vigência da Constituição de 1891, a primeira da República, conservou-se a não inclusão dos índios como destinatários dos textos constitucionais, sequer mencionando esses povos em seu contexto.

Rompendo com os diplomas anteriores,

A proteção dos direitos sobre as terras ganhou maior respaldo jurídico a partir da Constituição de 1934, cujo artigo 29 reconheceu o *direito indígena*, estabelecendo o respeito à “posse de terras de silvícolas que se acham permanentemente localizados” e proibindo sua alienação. Além disso, estabeleceu-se competência privativa da União para legislar sobre a “incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”. Essas disposições foram mantidas pelas Constituições de 1937 e 1946, que não fizeram quaisquer modificações significativas (MOTA; GALAFASSI, 2009, p. 2).

Dando-se continuidade aos anais da legislação indígena no país, conforme os militares assumiram o poder, através de um Golpe de Estado, o exercício da governança autoritária aplicada no Brasil deu-se por intermédio dos famigerados Atos Institucionais. Assim, a **Constituição de 1967** foi uma das disposições deste governo, a qual abarcou os demais decretos do regime ditatorial instaurado em 1964:

Com o advento da ditadura militar em 1964, uma nova Constituição foi outorgada ao país em 1967. Esse texto constitucional, por sua vez, trouxe importante acréscimo ao instituir [...] o usufruto exclusivo dos índios sobre os recursos naturais e de todas as utilidades existente em suas terras (LOPES; MATTOS, 2006, p. 224).

Disposição normativa “[...] que reforça a garantia do direito à terra, uma vez que [...] é preciso também oferecer aos índios a garantia de que não serão prejudicados por terceiros interessados nas riquezas existentes nas terras que ocupam”. (MOTA; GALAFASSI, 2009, p. 3).

Desta sorte, a Constituição de 1969, sem muitas inovações, repetiu os preceitos do texto constitucional anterior e prescreveu a nulidade e extinção dos feitos jurídicos de qualquer natureza que tivessem por objeto ou domínio a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas, sem qualquer direito de ação ou indenização.

Em 19 de dezembro de 1973, foi promulgada a Lei n.º 6.001, denominada de Estatuto do Índio, em substituição ao Serviço de Proteção aos Índios (SPI). Pertinente notar, pós-advento da Constituição de 1988, que o Estatuto do Índio manteve-se incólume, ou seja, estagnado sob um viés integracionista.

Por derradeiro, a Constituição de 1988, ora vigente, reconhece aos índios uma vasta gama de direitos, reservando em seu bojo um capítulo específico no Texto Constitucional para esses povos, além de um artigo do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

TERRA INDÍGENA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Sob o paradigma da *CRFB/88* abandona-se a ideia, reiterada nas Constituições anteriores, de integração dos índios à sociedade nacional. Em seu bojo,

[...] o artigo 22 estabelece a competência da União para “legislar sobre populações indígenas” e não mais sobre a “incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”, como estabeleciam os textos constitucionais anteriores. Ou seja, abandonou-se a noção de “integração”, que negava às comunidades indígenas o direito de preservarem sua identidade e escolherem o curso de seus processos culturais [...] (MOTA; GALAFASSI, 2009, p. 4).

A atual Constituição inovou em alto grau, prescrevendo, máxime, que os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam são de natureza originária, traduzindo, por conseguinte, na sua existência independentemente de qualquer reconhecimento oficial. Portanto, a *Lex Mater*

[...] em seu art. 231, assegura um dos mais essenciais direitos ao desenvolvimento da cultura desses povos – e talvez um dos mais problemáticos, por lidar diretamente com as riquezas materiais dos não-índios –, que são os ‘originários’ sobre as terras que tradicionalmente ocupam’ (BASSO, 2014, p. 14).

Por direito originário extrai-se que a posse indígena é assente no instituto do indigenato, o que se associa à ideia de posse imemorial e não se confunde com a mera ocupação.

Útil comentar que a ideia do indigenato, apesar de majoritária, não foi pacificamente acatada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Para memorar, no julgamento da Ação Popular referente à Terra Indígena Raposa Serra do Sol, o Voto-Vista do Ministro Menezes Direito propôs o abandono da teoria do indigenato e o acolhimento da teoria do fato indígena, a qual dispõe que “[...] as indagações acerca da imemorialidade da ocupação devem ser suplantadas pela verificação dos requisitos ou pressupostos trazidos pelo texto constitucional [...]” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, 2015, p. 362).

Portanto, na qualificação das terras como indígenas, é capital aferir se a ocupação das terras pelos índios contém os traços de persistência e constância, quando da data da promulgação do permissivo constitucional, ou seja, em observância à data de 05 de outubro de 1988. Nesse diapasão, *vexata quaestio*

[...] já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, com a edição da Súmula 650, que dispõe: “os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, loc. cit.).

Ocorre que, na linha da decisão da Corte Suprema, deve-se considerar que não se tem a ocupação como perdida quando, à época da promulgação da Carta Maior, a reocupação não ocorreu por atos de expropriação territorial praticados por não-índios¹¹.

¹¹ Importante trazer o fragmento que corrobora o que foi narrado: “A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração na Ação Popular nº 3388/RR. Relator: Luís Roberto Barroso. **Pesquisa de**

Dando seguimento ao tema, é de bom alvitre destacar, conjuntamente, o que dispõe o § 6º do art. 231, sendo “[...] o mais enfático a respeito dessa matéria, uma vez que declara nulos e extintos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas [...]” (BASSO, 2014, p. 15).

Por derradeiro, fora do seu corpo normativo, a *Lex Mater* estatuiu no art. 67 do ADCT, o prazo de cinco anos, contados a partir da promulgação da Constituição, para a União concluir a demarcação das terras indígenas.

A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS COMO GARANTIA DO DIREITO À TERRA

“A garantia do acesso à terra constitui, atualmente, um elemento central da política indigenista do Estado brasileiro. O processo de demarcação é o meio administrativo para explicitar os limites do território tradicionalmente ocupado pelos povos indígenas” (IBGE, 2012, p. 16). Melhor dizendo, a demarcação de uma terra indígena visa efetivar o direito indígena à terra.

Urge notar que, segundo o último Censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (2010) publicado em agosto de 2012, a população indígena nacional é de aproximadamente 896,9 mil pessoas, distribuída em 305 etnias e 274 idiomas diferentes. Em contraste, o país dispõe atualmente de 700 terras indígenas¹² (TIs), mas, porém, vale trazer à baila que 270 dessas terras encontram-se ainda em alguma fase do procedimento de demarcação. Dado pertinente à temática, em seu primeiro mandato (2011-2014), o governo atual terminou com o menor índice de demarcações desde a redemocratização¹³. Aliás, seu segundo mandato presidencial possivelmente trilhará o caminho da gestão anterior, uma vez que, já encerrando a primeira metade do ano, o número de demarcações se limita a apenas três.

O processo administrativo demarcatório de terras indígenas é regido pelo Decreto n.º 1.775/1996 (“Lei de Terras Indígenas”), que regulamenta o Estatuto do Índio. Mencionado Decreto veio a organizar o procedimento com atenção aos ditames trazidos pela *Lex Mater* de 1988, em especial, ao seu artigo 231.

Por sua vez, o Estatuto do Índio, que vigora desde 1973, estabelece em seu artigo 19 que a demarcação das terras indígenas se fará por iniciativa e sob a orientação do órgão federal

Jurisprudência, Acórdãos, 23 out. 2013. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423> >. Acesso em: 19 jun. 2015).

¹² Derivado de consulta ao site do Instituto Socioambiental (ISA), em 22 de junho de 2015, uma ONG atuante na defesa de bens e direitos sociais, coletivos e difusos relativos ao meio ambiente, ao patrimônio cultural, aos direitos humanos e dos povos.

¹³ Em consulta ao site do (ISA), nesse período, o governo da presidente Dilma Rousseff homologou somente 11 terras indígenas, ou 2,7 por ano.

de assistência ao índio – leia-se Fundação Nacional do Índio (FUNAI), em consonância com o que dispõe o Decreto n.º 1.775/1996 em seu art. 1º¹⁴.

Esse Decreto apresenta quatro fases do procedimento administrativo de demarcação, a saber: identificação e delimitação, demarcação, homologação e registro.

A princípio, com fulcro no art. 2º, §§ 1º a 5º da “Lei de Terras Indígenas”, a FUNAI

“[...] nomeia um antropólogo de qualificação reconhecida para realizar estudo antropológico de identificação da terra indígena em questão. Em momento posterior, o estudo antropológico fundamenta o trabalho do Grupo Técnico (GT) especializado, que procede ao levantamento fundiário e estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica e ambiental necessários à delimitação” (MOTA; GALAFASSI, 2009, p. 8).

Depois, desde o início do procedimento demarcatório e após noventa dias da publicação do resumo da proposta no Diário Oficial da União (DOU) e também no da respectiva unidade federada, os Estados e Municípios ou quaisquer interessados podem opor-se ao mesmo¹⁵, apresentando provas que certifiquem vícios no relatório da comissão técnica.

Em sequência, a FUNAI enviará, juntamente com a proposta, os pareceres relativos às razões e as provas apresentadas ao Ministro da Justiça. Em até trinta dias do recebimento, o Ministro poderá decidir de três formas: determinando a demarcação; prescrevendo novas diligências a serem realizadas no prazo de noventa dias; ou desaprovando a proposta. Nesse último caso, os autos do procedimento demarcatório voltam ao órgão federal responsável, a FUNAI.

Doravante, uma vez aprovada a proposta e determinada a demarcação, que consiste na materialização dos limites eleitos na etapa de identificação, a etapa subsequente é a homologação. Por meio desta, o Presidente da República, mediante decreto, sanciona formalmente o ato, sendo ele publicado no DOU. As áreas homologadas são registradas em cartório imobiliário da comarca correspondente e na Secretaria de Patrimônio da União do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

“Encerrando o procedimento, a FUNAI deve proceder ao registro em cartório imobiliário da comarca correspondente e na Secretaria do Patrimônio da União do Ministério

¹⁴ “As terras indígenas, de que tratam o art. 17, I, da Lei nº 6001, de 19 de dezembro de 1973, e o art. 231 da Constituição, serão administrativamente demarcadas por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio, de acordo com o disposto neste Decreto” (BRASIL. Decreto, n.º 1.775, de 8 de janeiro de 1996. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1775.htm >. Acesso em: 20 jun. 2015.

¹⁵ Com observância ao prazo fixado de noventa dias. As provas, por sua vez, dar-se-ão, *v.g.*, através de laudos periciais, pareceres, mapas, fotografias ou declarações de testemunhas.

da Fazenda, em até trinta dias após a publicação do decreto de homologação” (MOTA; GALAFASSI, 2009, p. 9).

Em contrapartida, tenha-se em mente o acirramento das tensões que rondam a falta de *demarcação de terras indígenas*. Muitas das disputas de terra envolvendo índios e não-índios têm como antecedente o caráter protelatório que ronda o procedimento demarcatório. Como consequência,

[...] Sem a determinação dos limites de suas terras, as comunidades indígenas frequentemente se veem espoliadas, o que não raro leva a conflitos, inclusive armados, entre índios e não-índios pela posse das terras (MOTA; GALAFASSI, 2009, p. 10).

4 A PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N.º 215/2000

Tramitando há 15 anos no Congresso Nacional, de autoria do ex-deputado Almir Sá-PPB/RR, encontra-se em discussão a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n.º 215/2000 – apelidada de “PEC do Latifúndio” – que alveja alterar o modo de reconhecimento e demarcação de terras indígenas no país, retirando a competência exclusiva de demarcação de terras indígenas do Poder Executivo Federal e a transferindo para o Poder Legislativo.

Como se extraia de seu texto, a PEC visava alterar a redação dos artigos 49 e 231 da Constituição Federal para acrescentar às competências exclusivas do Congresso Nacional a aprovação da demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, bem como a ratificação das demarcações já homologadas¹⁶.

O argumento central do fundamento apresentado para a PEC foi que a demarcação de terras indígenas consubstanciaria verdadeira intervenção federal em território estadual, com a diferença de que, nesse caso e ao contrário da intervenção prevista no inciso IV do art. 49, nenhum mecanismo há para controlá-la, ou seja, a falta de critérios em lei torna a demarcação unilateral. Como a decretação da intervenção federal se sujeita à aprovação pelo Poder Legislativo, para os proponentes da PEC, por analogia, seria congruente submeter ao crivo do Congresso as demarcações de terras indígenas, o que, segundo eles, além de prevenir conflitos federativos, ensejaria maior segurança jurídica às demarcações.

¹⁶ Pela PEC 215, os referidos preceitos constitucionais passariam a ter a seguinte redação (texto original):
“Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] XVIII- aprovar a demarcação de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e ratificar as demarcações já homologadas.”
A seu turno, os §§ 4º e 8º do art. 231 encerrariam o seguinte teor:
“Art. 231[...] §4º. As terras de que trata este artigo, após a respectiva demarcação aprovada ou ratificada pelo Congresso Nacional, são inalienáveis e indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis.” [...] § 8º. Os critérios e procedimentos de demarcação das Áreas indígenas deverão ser regulamentados em lei”.

Em momento posterior, a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, por meio de parecer da lavra do Deputado Federal Osmar Serraglio, aprovou, em parte, a admissibilidade da PEC n.º 215, aduzindo que a proposta não feriria cláusulas péticas, a não ser no ponto em que determina a necessidade de ratificação pelo Congresso Nacional das demarcações já homologadas, o que violaria o art. 60, § 4º, IV, da Constituição. Por consequência, tal previsão foi suprimida da PEC pelo próprio Poder Legislativo, no exercício do controle político preventivo de constitucionalidade.

Outros onze projetos se encontram apensados à Proposta que, arquivada no fim de 2014 por falta de apreciação – falta de quórum –, foi desarquivada pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, em fevereiro de 2015, dias após a eleição do deputado federal Eduardo Cunha (PMDB/RJ) para a presidência da Câmara dos Deputados (biênio 2015/2016) – contando, inclusive, com forte apoio da bancada ruralista¹⁷ –. Feito isso, procedeu-se à abertura de nova Comissão Especial destinada a apreciar e proferir parecer à Proposta.

ARGUMENTOS AVessos À PROPOSTA

Na dicção do art. 231 do Texto Constitucional, o Legislador Constituinte atribuiu à União a competência para a demarcação das áreas tradicionalmente ocupadas pelos índios. Mais tarde, coube, então, ao Legislador ordinário dispor sobre a matéria, como o fez ao editar o Estatuto do Índio, cujo art. 19¹⁸ incumbiu ao órgão federal de assistência ao índio (FUNAI) a atribuição de realizar administrativamente a demarcação de terras indígenas, sendo regulamentado, posteriormente, por Decreto do Presidente da República.

Veja-se, pois, que o legislador ordinário vinculou a competência constitucional do artigo 231 da Constituição ao Poder Executivo Federal, reforçando o entendimento acerca da natureza administrativa do procedimento e do Poder vocacionado para exercer tal competência.

Entretanto, ressalta-se que, embora o procedimento administrativo em tela seja conduzido exclusivamente pelo Poder Executivo, o decreto presidencial – ato constante da fase de homologação – assegura a plena manifestação dos estados e municípios em que se localiza

¹⁷ Ver: PATURY, Felipe. Bancada ruralista lança carta de apoio a Eduardo Cunha. **Época**. Seção: Colunas & Blogs. Disponível em: < <http://epoca.globo.com/colunas-e-blogs/felipe-patury/noticia/2015/01/bancada-ruralista-lanca-carta-de-apoio-cunha.html> >. Acesso em: 21 jun. 2015.

¹⁸ “As terras indígenas, por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo.” (BRASIL. Lei, n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o estatuto do índio. Diário Oficial da União, Brasília, 1973. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm >. Acesso em: 22 jun. 2015).

a área, bem como dos demais interessados¹⁹.

Confere-se, dessa forma, ampla participação aos estados e municípios envolvidos, bem como de outros interessados, haja vista a faculdade a que dispõem de opor-se ao procedimento, afastando, assim, a necessidade de interferência do Poder Legislativo nesta fase.

Descabido, portanto, o principal argumento invocado para secundar a PEC *sub examen*, abstraindo a necessidade de aprovação das referidas demarcações pelo Congresso Nacional, pois, se assim fosse, seria transferir competência de ratificação do resultado de atividade de natureza estritamente administrativa a ato do poder legislativo, cujo conteúdo deveria ser meramente declaratório.

Nesse sentido, é válido transcrever a argumentação de nota técnica da Associação Nacional dos Procuradores da República sobre a proposta de emenda em epígrafe:

Transferir a competência de referendar as demarcações da Presidência da República ao Congresso Nacional representaria sujeitar procedimento meramente administrativo ao crivo político do Poder Legislativo, vislumbrando-se consequências nefastas na pretendida migração de foro. Submeter o processo administrativo à complexa tramitação legislativa [...] significaria contrapor critérios técnicos objetivos à diversa subjetividade de interesses políticos albergados no parlamento. É notória a refutação peremptória dos direitos indígenas originários sobre as terras tradicionais por influentes bancadas, com destaque para a ruralista, fato que ameaçaria a imparcialidade na análise da matéria pelo Congresso²⁰.

Submeter a matéria ao Congresso Nacional resultaria no agravamento do atual lapso para a conclusão das demarcações²¹, que beira duas décadas de defasagem. Na verdade,

[...] o que pretende a PEC 215 é substituir uma decisão técnica do Chefe do Poder Executivo, desprovida de conteúdo político, que apenas reconhece o direito originário dos índios às terras tradicionalmente ocupadas, por decisão política do Congresso Nacional, caracterizada pela discricionariedade, que subordinaria a fruição do direito dos indígenas às vontades, interesses e preferências das maiorias legislativas de ocasião²².

¹⁹ Cf. nota 19.

²⁰ Ver: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA. PEC 215/2000: Associação entrega nota técnica a Luís Barroso. Disponível em: < http://www.anpr.org.br/images/anpr_em_acao/agosto2013/notatecnicapec215.pdf >. Acesso em: 22 jun. 2015.

²¹ Embora de caráter meramente programático, assim consta no artigo 67 do Ato das Disposições Transitórias: “Art. 67. A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 2011, p.73).

²² Também derivado de nota técnica, agora emitida pelo Ministério Público Federal (MPF), por meio da 6ª Câmara de Coordenação de Revisão (populações indígenas e comunidades tradicionais).

Faz-se aqui menção ao cediço lobby ruralista no Congresso Nacional – corporificado pela bancada ruralista –, um dos principais grupos de pressão que atuam no Parlamento brasileiro, sob a sigla de Frente Parlamentar da Agropecuária²³. Roborando a tese, traz-se nota de que os próprios integrantes da Comissão Especial da PEC n.º 215 estariam sendo investigados por participação em esquema escuso de invasão de terras indígenas²⁴. *In casu*, a Justiça Federal do Mato Grosso decidiu submeter ao Supremo Tribunal Federal o processo que investiga possível envolvimento do relator Osmar Serraglio (PMDB-PR), bem como do deputado Nílson Leitão (PSDB-MT), que vem a ser vice-presidente da Comissão Especial.

De outra parte, por derradeiro, o deputado Luiz Carlos Heinze (PP-RS), autor do requerimento que solicitou o desarquivamento da PEC, foi eleito “Racista do Ano” pela ONG britânica Survival International. A escolha de Heinze para o “prêmio” se deu por motivo de suas declarações contra índios, negros e homossexuais registradas em audiência pública em dezembro de 2013, quando afirmou que esses segmentos da sociedade brasileira representariam “tudo o que não presta”²⁵. De modo taxativo, é por tudo isso que se impõe repelir com veemência a presente proposta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A demarcação de terras indígenas existe para efetivar aos índios o direito ao usufruto autônomo de seu território. O direito ao território ancestral é uma garantia fundamental assegurada tanto pela Constituição pátria, quanto, tácita ou explicitamente, em documentos internacionais.

Porém, não obstante a previsão legal, nos últimos anos observou-se um decréscimo acentuado do ritmo das demarcações de terras indígenas no país, revelando-se, em cotejo, um quadro catalisador dos conflitos por terra entre índios e não-índios.

Desse modo, faz-se necessário descortinar a violência sofrida por esses povos, inclusive, nas esferas de poder e decisão quando de produções legislativas nocivas aos direitos indíge-

²³ Sobre esse ponto, momentoso a tese “Questão agrária e a bancada ruralista no Congresso Nacional” da pesquisadora da USP Sandra Helena G. Costa: COSTA, Sandra Helena Gonçalves. A questão agrária no Brasil e a bancada ruralista no congresso nacional. 2012. Dissertação (Mestrado em Geografia Humana) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

²⁴ Ver: SASSINE, Vinícius; ÉBOLI, Evandro. Processo contra relator e vice de comissão sobre terras indígenas chega ao STF. **O Globo**. Disponível em: < <http://oglobo.globo.com/brasil/processo-contra-relator-vice-de-comissao-sobre-terras-indigenas-chega-ao-stf-14832331> >. Acesso em: 24 jun. 2015.

²⁵ Ver: MILANEZ, Felipe. Deputado ruralista ganha prêmio de “Racista do Ano”. **Carta Capital**. Seção: Política. 20 março. 2014. Disponível em: < <http://www.cartacapital.com.br/blogs/blog-do-milanez/deputado-ruralista-ganha-premio-internacional-de-racista-do-ano-9942.html> >. Acesso em: 24 jun. 2015.

nas. Ademais, a demarcação guarda significação que transcende o reconhecimento, ganhando status de reparação de direitos, o que remonta aos primórdios do processo de colonização. Reforça-se, assim, a pretensão de fundamentalidade do direito à terra, vindicando seu reconhecimento como um direito humano.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA. PEC 215/2000: Associação entrega nota técnica a Luís Barroso. Disponível em: <http://www.anpr.org.br/images/anpr_em_acao/agosto2013/notatecnicapec215.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2015.

BASSO, Joaquim. As terras de comunidades tradicionais ante o novo constitucionalismo latino-americano e o multiculturalismo. In: CONGRESSO NACIONAL CONPEDI. 23., 2014, João Pessoa. **Anais...** João Pessoa: CONPEDI, 2014. p. 120-146.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2011.

_____. Documentos finais da Cúpula dos Povos na Rio + 20 por justiça social e ambiental. Disponível em: <<http://www.secretariageral.gov.br/atuacao/internacional/consultapos2015/declaracao-cupula>>. Acesso em: 18 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração na Ação Popular nº 3388/RR. Relator: Luís Roberto Barroso. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 23 out. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423>>. Acesso em: 19 jun. 2015.

_____. PEC nº 215 de 28 de março de 2000. Acrescenta o inciso XVIII ao art. 49; modifica o § 4º e acrescenta o § 8º ambos no art. 231, da Constituição Federal. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD19ABR2000.pdf#page=69>>. Acesso em: 11 jun. 2015.

_____. Decreto, n.º 1.775, de 8 de janeiro de 1996. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1775.htm>. Acesso em: 20 jun. 2015.

_____. Lei, n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o estatuto do índio. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm>. Acesso em: 22 jun. 2015.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. A importância dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos e a implementação das decisões de responsabilização internacional do Estado: breve análise do caso brasileiro. In: VITORELLI, Edilson. (Org.). Temas aprofundados do Ministério Público Federal. 2ed. Salvador: **JusPodivm**, 2013, p. 579-592

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos**: direitos dos povos indígenas. Brasília: Ministério da Justiça, 2014, v. 2. 506 p.

COSTA, Sandra Helena Gonçalves. **A questão agrária no Brasil e a bancada ruralista no congresso nacional**. 2012. Dissertação (Mestrado em Geografia Humana) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/2012_SandraHelenaGoncalvesCosta_VCorr.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2015.

GELBSPAN, Thea; PRIOSTE, Fernando. G. V. **Terra na Luta por Justiça Social**: Direitos humanos e as estratégias de Movimentos Sociais. 1. ed. Curitiba: Terra de Direitos, 2013. v. 1. 124 p.

GILBERT, Jérémie. Direito à terra como direito humano: argumentos em prol de um direito específico à terra. **SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 10, n. 18, p. 120-143, jun. 2013.

IBGE. **Características Gerais dos Indígenas**: resultados do universo. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Caracteristicas_Gerais_dos_Indigenas/pdf/Publicacao_completa.pdf>. Acesso em: 09 maio. 2015.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. Situação jurídica das TIs no Brasil hoje. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/c/o/1/2/situacao-juridica-das-tis-hoje>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

_____. Demarcações nos últimos seis governos. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/c/o/1/2/demarcacoes-nos-ultimos-governos>>. Acesso em: 21 jun. 2015.

LOPES, Maria D'Ávila; MATTOS, Karine Rodrigues. O Direito fundamental dos indígenas à terra: do Brasil-Colônia ao Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, v. 43, n. 170, p. 221-234, abr./jun. 2006.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 1168 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 1470 p.

MILANEZ, Felipe. Deputado ruralista ganha prêmio de “Racista do Ano”. **Carta Capital**. Seção: Política. 20 março. 2014. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/blogs/blog-do-milanez/deputado-ruralista-ganha-premio-internacional-de-racista-do-ano-9942.html>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

MOTA, Carolina; GALAFASSI, Bianca. **A demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol**: processo administrativo e conflitos judiciais. In: Julia Trujillo Miras; Majoí Fávero Gongora; Renato Martins; Rogério Duarte do Pateo. (Org.). Makunaíma Grita. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2009, p. 73-125.

PATURY, Felipe. Bancada ruralista lança carta de apoio a Eduardo Cunha. *Época*. Seção: Colunas & Blogs. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/colunas-e-blogs/felipe-patury/noticia/2015/01/bancada-ruralista-lanca-carta-de-apoio-cunha.html>>. Acesso em: 21 jun. 2015.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. 693 p.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2011. 919 p.

SARMENTO, Daniel. Nota Técnica: A PEC 215/00 e as Cláusulas Pétreas. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_indios-e-minorias/portal_factory/copy_of_pdfs/nota-pec-215-final-1-1.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2015.

SASSINE, Vinícius; ÉBOLI, Evandro. Processo contra relator e vice de comissão sobre terras indígenas chega ao STF. **O Globo**. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/processo-contra-relator-vice-de-comissao-sobre-terras-indigenas-chega-ao-stf-14832331>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

SCHETTINI, Andrea. Por um Novo Paradigma de Proteção dos Direitos dos Povos Indígenas: Uma análise Crítica dos Parâmetros Estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. **SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 9, n. 17, p. 63-85, dez. 2012.

SIQUEIRA, Roberta Cristina de Moraes; MACHADO, Vilma de Fátima. Direito dos povos indígenas ou direito para os povos indígenas? **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 6, p. 15-37, jun./dez. 2009.

UNITED NATIONS. 1979. **The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women**. General Assembly, resolution 34/180, 18 December. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cedaw.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

AS DIFICULDADES PARA UMA POLÍTICA MULTICULTURAL NA UNIÃO EUROPÉIA NA CONTEMPORANEIDADE

SANDRO NERY SIMÕES¹

RESUMO

Descreve o processo uniformizador de formação do Estado Moderno. Identifica na Europa algumas políticas contrárias aos ciganos no passado e nos dias atuais. Analisa as dificuldades para uma política de reconhecimento na União Europeia. Argumenta, com fundamento em Charles Taylor e Axel Honneth, a importância da Política do Reconhecimento em Estados democráticos.

Palavras-chave: Multiculturalismo. União Europeia. Ciganos.

INTRODUÇÃO

A formação do denominado Estado Moderno se deu no final do século XV com o surgimento daqueles que seriam os primeiros Estados Nacionais, Portugal e Espanha. A Europa ocidental, portanto, foi o berço do surgimento dessas estruturas políticas.

Para que fosse consolidado o Estado Moderno, foi necessário um esforço centralizador e uniformizador em relação a aspectos políticos, econômicos e sociais. Tendo em vista que os Estados Nacionais formados na Europa Ocidental apresentavam uma grande diversidade de povos com costumes, tradições e línguas diversos, percebe-se a dificuldade de se unificar os vários grupos em um território delimitado, sob um governo central. Em alguns casos, os povos que habitavam o mesmo território que passou a integrar certo Estado, apresentavam características díspares, tornando mais difícil a coesão.

Um aspecto digno de nota nesse esforço unificador é o de que, por várias vezes, um grupo que de alguma forma predominava sobre os demais, passou a estabelecer as regras e os padrões a que todos os outros grupos precisavam se submeter, incluindo um governo soberano, uma religião oficial, uma língua oficial e assim por diante.

¹ Sandro Nery Simões é Mestrando em Direitos e Garantias Fundamentais pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito de Vitória – FDV. É especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET) - 2013. Graduado em Direito pela Universidade de Vila Velha (UVV) - 2010 - e em Música pela Faculdade de Música do Espírito Santo (FAMES) - 2011. Atualmente é advogado e Membro do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais do Mestrado e Doutorado da FDV. Email: sandronery@gmail.com. O trabalho se insere no GT IV – BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS, DEMOCRACIA, PLURALIDADE E SOCIEDADE.

A partir dessas primeiras observações, se fizermos uma comparação entre os Estados Nacionais e o Império Romano do Ocidente antes de sua queda perante os povos denominados de bárbaros, poderemos constatar que há diferenças essenciais entre eles. Enquanto que no último preservava-se certa autonomia em relação aos povos conquistados, embora se considerasse que tais povos estivessem submetidos aos conquistadores, e, dessa maneira, isso significasse uma situação de inferioridade, nos primeiros tal autonomia foi mitigada ao máximo sob a justificativa de uma suposta homogeneidade. Para que tal homogeneidade pudesse aparecer, pelo menos superficialmente à vista das pessoas que deveriam se submeter ao poder político do Estado, necessário se fazia apelar para criação de símbolos nacionais que dissessem representar todas aquelas pessoas. O uso da força estatal, justificado por um elemento primordial do Estado, a soberania, tal qual trazido por Bodin, era importante, mas não suficiente para a pretendida pacificação, como mostra Bonavides (2008, p.33). Era essencial incutir nelas, um sentimento de pertença, um sentimento de nacionalidade, o que faria com que elas voluntariamente se submetessem a vontade estatal. Tal sentimento deveria ser forte para que fosse possível que estes defendessem suas fronteiras face à ameaça estrangeira mesmo que isso resultasse na perda de suas próprias vidas.

Depreendem-se dos fatos mencionados alguns problemas. Em primeiro lugar, se apenas um grupo prevalece sob os demais e impõe a estes todo um conjunto de costumes, tradições, modos de ver e compreender o mundo, língua e outros aspectos socioculturais, é evidente que este grupo estará numa situação privilegiada em relação aos outros, o que, de início, criará uma situação de desigualdade. Os outros grupos que estiverem no mesmo território se sentirão oprimidos, contidos em suas formas de expressões, sendo levados a ver o mundo pela visão de outros.

Mas, além da situação de desigualdade, outro problema surge por tal modo de agir. Torna-se necessário o encobrimento dos costumes culturais dos grupos subordinados, de sua história, de sua visão de mundo, para que o grupo predominante possa perdurar em sua hegemonia, para que o conflito não se prolongue indefinidamente. Em suma, torna-se essencial, e este é um dos pontos característicos do Estado Moderno, o “encobrimento do outro” (JUBILUT, 2013, p. 232). A ideia é a de que quanto mais encobertas estiverem as culturas dos grupos não predominantes, menos a situação de desigualdade ficará exposta e, assim, menos conflitos surgirão. Procuram-se assim, artifícios com esse intuito, como mencionado anteriormente, como a criação de um sentimento nacional único, símbolos nacionais, heróis nacionais, uma língua única.

No entanto, ainda há um terceiro problema, a que os fatos narrados levam: o destino que terão aqueles grupos que se negarem a se adequar ao modelo hegemônico imposto pelo

grupo vencedor. Mesmo com a tentativa de “encobrimento do outro” há grupos étnicos tão dissonantes que não são capazes de camuflarem sua adequação a um modelo. Seus costumes, a sua forma de compreender o mundo, é tão diversa, que a única alternativa para o grupo hegemônico torna-se a expulsão deste grupo considerado estranho. Às vezes, essa expulsão ocorreu logo no início do processo de formação dos Estados Modernos, como a expulsão dos muçulmanos de Granada na Espanha, cujo processo foi concluído no ano 1492, como explica Savelle (1968, p. 407).

Portanto, podemos citar pelo menos três problemas principais, que tem forte ligação entre si, causados pela centralização e busca da uniformidade necessária para o surgimento dos Estados Nacionais: a situação de desigualdade dos grupos subordinados em relação ao grupo ou aos grupos étnicos dominantes; o “encobrimento” de aspectos socioculturais dos grupos não hegemônicos; e a expulsão do Estado daqueles que são muito diferentes do grupo hegemônico. Toda essa situação, contudo, parecia que tinha uma solução: o tempo. Este seria responsável por apagar os efeitos nocivos que o processo unificador trouxe. Ocorre que tal fato não se mostrou veraz. Em anos recentes, na Europa, divergências que estavam latentes voltaram a aflorar.

É em relação ao terceiro problema, em que o Estado vê alguns grupos como não adaptáveis ao modelo de sociedade pretendida, e, portanto, recorre à expulsão de grupos inteiros de pessoas, num processo semelhante a uma limpeza étnica, que vamos dar mais atenção neste artigo. O mais grave é que esse problema continua a ocorrer hoje em dia, em países que se dizem defensores dos direitos humanos, mas, quando acusados de violação destes, encontram formas de justificar seu proceder, como ao afirmar que a permanência de determinado grupo cultural no território de um Estado vai por em perigo a própria segurança da sociedade, como é o caso que aqui será tratado, da expatriação de ciganos da França para outros países, como a Romênia e a Bulgária.

O continente europeu, em que se iniciou o projeto uniformizador dos Estados Nacionais, é um campo fértil para o estudo, pois além de ser o lugar onde se originou o Estado com as características modernas, é também uma mistura de grupos, de costumes, de tradições, de línguas, que mesmo todo aparato estatal não foi suficiente para apagar. Assim, de modo conciso, se abordará no decorrer do artigo as dificuldades para uma política multicultural na Europa Ocidental na contemporaneidade.

A FORMAÇÃO DOS ESTADOS EUROPEUS E O PROCESSO UNIFORMIZADOR

O sistema econômico feudal tinha características próprias distintas do sistema econômico capitalista, que o sucedeu. Por sua vez, o sistema político representativo do feudalismo, era fragmentado, descentralizado, havendo uma relação de hierarquia entre os chamados senhores e os denominados vassalos. Sobre o Feudalismo Europeu pode-se dizer o seguinte:

A característica geral do feudalismo era a de que as pessoas que possuísem propriedades territoriais também exerciam o poder político. Isto contrasta com a moderna ordem social, em que todo o poder político se concentra no governo e às leis desse governo estão sujeitos tanto os que possuem terras como os que não as possuem. (SAVELLE, 1968, p. 149).

Essa característica marcante, que distingue o Feudalismo Europeu, dos Estados Modernos, era notória pela relação que havia entre os nobres. Um senhor feudal devia obediência a outro senhor feudal mais poderoso que ele, que controlava uma maior extensão de terra. Nessa relação de submissão ele era considerado um vassalo desse senhor mais poderoso. Por outro lado, ele era o senhor de outros nobres que a ele deviam obediência como vassalos (SAVELLE, 1968, p. 167). Essa hierarquia que tinha como ponto alto o rei, que era o senhor feudal com maior título, ia descendo até chegar àqueles nobres com títulos mais baixos.

O feudo continuou por muitos anos a ser a estrutura política básica da Europa Ocidental. No entanto, aos poucos, a grande fragmentação trazida pelo feudalismo foi se dissipando através de lutas entre feudos rivais, que tinham como senhores feudais, por vezes, reis rivais. Os vencedores desses combates passaram a acumular maior poder, pois, além de preservarem o domínio sob o feudo que administravam, começaram a exercer também o controle sobre os feudos conquistados. Isso acabou resultando numa “concentração de recursos militares, fiscais e administrativos em benefício dos príncipes e dos mais poderosos, dinâmica da qual o rei é o primeiro beneficiário” (NAY, 2007, p. 135). Mas, além disso, o fortalecimento da centralização do poder é apontado pelos autores como decorrente de outro fator, a saber, “as estratégias de aliança matrimonial e a utilização hábil das regras de sucessão”, que “permitem às casas régias proteger seus bens e fazer entrar novos domínios no regaço da coroa” (NAY, 2007, p. 135). Os dois Estados Nacionais em que o processo descrito se evidenciou com mais clareza foram a França e Inglaterra (SAVELLE, 1968, p. 161).

Em relação ao processo de formação do Estado Moderno, Norbert Elias descreve o que chama de “mecanismo monopolista”, que seria anterior e preparou o caminho para a

construção dos Estados Modernos, pelo seu caráter uniformizador e gerador de hegemonia², argumentando o autor que tal processo continua ocorrendo em outros campos, na atualidade, como o campo econômico:

O mecanismo que gerou a hegemonia foi sempre o mesmo. De maneira semelhante – através da acumulação de propriedades -, em tempos mais recentes um pequeno número de empresas econômicas supera seus rivais e concorre entre si até que, finalmente, uma ou duas delas controlam ou dominam um dado ramo da economia, sob a forma de monopólio (ELIAS, 1993, p.90).

Vale ressaltar, dessa forma, que o processo que antecede o surgimento do Estado Moderno e culmina com este surgimento constitui em si um processo de eliminação de diferenças e busca pela hegemonia. Surge então o primeiro modelo de Estado Moderno, o Estado Absolutista, que sucedeu ao Feudalismo, e cujo poder é fortemente centralizado, unificado. Nesse modelo de Estado, o soberano tem poder de vida e morte sobre seus súditos e suas decisões não estão sujeitas a nenhuma norma externa.

Contudo, para unir grupos étnicos diversos que convivessem no mesmo território precisava-se encontrar um ponto em comum que fizesse com que as pessoas de grupos distintos tivessem o mesmo sentimento de pertença. Este ponto em comum seria a nação. A definição de nação não é uma definição jurídica, objetiva, mas uma definição imprecisa, o que impede sua delimitação. Como exemplo, transcrevemos as palavras de Bonavides, que refletem o que acabamos de falar:

Que é uma Nação? Será porventura a raça? A religião? O idioma? É tudo isto, podendo ser algo mais ou algo menos que tudo isto. Em verdade, exprime a Nação conceito sobretudo de ordem moral, cultural e psicológica, em que se somam aqueles fatores antecedentemente enunciados, podendo cada um deles entrar ou deixar de entrar em seu teor constitutivo. A nação existirá sempre que tivermos síntese espiritual ou psicológica, concentrando os sobreditos fatores, ainda que falte um ou outro dentre os mesmos (2008, p. 82).

² Para entendermos a definição do mecanismo monopolista recorreremos a própria definição de Norbert Elias, que é bem elucidativa: “O mecanismo da formação de monopólios já foi, aliás, sumariamente discutido: se, numa grande unidade social – como esse mecanismo pode ser mais ou menos descrito -, um grande número de unidades sociais menores que, através de sua interdependência, constituem a maior, são de poder social aproximadamente igual e, portanto, capazes de competir livremente – não estando prejudicadas por monopólios preexistentes – pelos meios do poder social, isto é, principalmente pelos meios de subsistência e produção, é alta a probabilidade de que algumas sejam vitoriosas e outras derrotadas e de que, gradualmente, como resultado, um número sempre menor de indivíduos controle um número sempre maior de oportunidades, e unidades em número cada vez maior sejam eliminadas da competição, tornando-se, direta ou indiretamente, dependentes de um número cada vez menor. A configuração humana capturada nesse movimento, por conseguinte, aproximar-se-á, a menos que medidas compensatórias sejam tomadas, de um Estado em que todas as oportunidades são controladas por uma única autoridade: um sistema de oportunidades abertas transforma-se num de oportunidades fechadas.” (ELIAS, 1993 p. 90)

Dessa definição, percebe-se a dificuldade para a delimitação do conceito de nação. Como poderia se determinar essa “síntese espiritual ou psicológica” objetivamente? Em estudo amplo sobre nação e nacionalismo, Eric Hobsbawm aborda a dificuldade do estabelecimento de critérios objetivos para o termo nação³:

Além disso, como veremos, os critérios usados para esse objetivo – língua, etnicidade ou qualquer outro – são em si mesmos ambíguos, mutáveis, opacos e tão inúteis para os fins de orientação do viajante quanto o são as formas das nuvens se comparadas com a sinalização de terra (HOBSBAWN, 2013, p.15).

Dessa forma, mais importante do que se chegar a um critério objetivo que determinasse se alguém era membro ou não de uma nação, era, inicialmente, incutir nos grupos que habitavam determinado território de um Estado e que não fossem considerados “indesejáveis” a ponto de se recorrer à expulsão destes, um sentimento de pertença, um “sentimento nacional”, de unicidade com o Estado, expresso através do nacionalismo, e pelo qual eles seriam capazes de dar suas próprias vidas.

Além disso, nas próprias teorias acerca do Estado, que é o instrumento criado para uniformizar comportamentos, compreende-se ele próprio como uma unidade⁴. Jellinek explica:

“También las teorías políticas de la época moderna contienen em uma medida mayor o menor la tendencia a concebir el Estado como una unidad... aquí sólo habremos de decir que el primer sistema completo de Derecho Natural, a saber, la doctrina absolutista de Hobbes, considera al Estado como una personalidad unitaria que no podía ser limitada por ninguna otra voluntad... La exigencia del Derecho Natural para que se instituya una iglesia del Estado – que es la doctrina que se oculta em la teoría de la religión civil de Rousseau – es la consecuencia última de la tendencia a construir la unidad del Estado” (JELLINEK, 2000, p. 320).

³ Sobre a construção do sentido de “nação” e de seu caráter artificial, de “engenharia social, e, citando Ernest Gellner, Hobsbawm escreve: “Como a maioria dos estudiosos rigorosos, não considero “nação” como uma entidade social originária ou imutável. A “nação” pertence exclusivamente a um período particular e historicamente recente... Além disso, com Gellner, eu enfatizaria o elemento do artefato, da invenção e da engenharia social que entra na formação das nações. “As nações, postas como modos naturais ou divinos de classificar os homens, como destino político – inerente, são um mito; o nacionalismo, que às vezes toma culturas preexistentes e as transforma em nações, algumas vezes as inventa e frequentemente oblitera as culturas preexistentes: *isto* é uma realidade.” Em uma palavra, para os propósitos da análise, o nacionalismo vem antes das nações. As nações não formam os Estados e os nacionalismos, mas sim o oposto.” (HOBSBAWN, 2013, p.15)

⁴ Explicado o pensamento dos teóricos nos primórdios da formação do Estado Moderno e sua tendência a unificação como forma solução dos conflitos, temos o seguinte comentário esclarecedor: “De Maquiavel a Locke, a maioria dos teóricos políticos – quer procedam a uma constatação, quer se proponham um programa – reconheceram no Estado, princípio soberano e unificador da existência social, a instância graças à qual – contanto que o Estado “seja conhecido como deve ser conhecido”, segundo o enunciado de Hegel, e que o poder que ele implica seja corretamente exercido – podem ser reduzidos, ou mesmo eliminados, os conflitos que opõem os indivíduos (ou grupos) entre si, e, portanto, que assegura a paz civil e regulamentação do melhor modo possível os antagonismos entre os reinos”. (CHÂTELET, 2000, p. 60-61).

Ser o Estado considerado como uma unidade ou não, teria impacto não apenas no campo político, mas, também, no campo social, econômico e religioso. Visto que a própria ideia de Estado está associada à visão de unificação de comportamentos, para este conseguir se impor mais facilmente precisava ser considerado como uma unidade. Quanto mais fragmentado estivesse, mesmo que somente do ponto de vista teórico, tendo que dividir poder com outras entidades, mais difícil seria atender aos objetivos a que foi criado.

Os teóricos do iluminismo usaram como fundamento de suas teorias que procuravam explicar o Estado, o Direito Natural. Pode-se constatar, ao observar a história que se seguiu, que a utilização do Direito Natural foi feita, por muitas vezes, com o intuito de legitimar aqueles que deveriam dizer o que era ou não direito, implicando, mais uma vez numa centralização, numa uniformização de padrões. Sobre este assunto, José Luiz Quadros de Magalhães assim se expressa:

Os direitos humanos são históricos e logo políticos. A naturalização dos direitos humanos sempre foi um perigo, pois coloca na boca do poder quem pode dizer o que é natural o que é natureza humana. Se os direitos humanos não são históricos e sim direitos naturais, devemos nos perguntar quem é capaz de dizer ou quem pode dizer o que é o natural humano em termos de direitos? (MAGALHÃES, 2013, p. 236)

Portanto, depois dessas breves considerações que mostram o caráter uniformizador dos Estados Nacionais em sua própria origem, podem ser entendidas as dificuldades para que essas estruturas convivam com a diversidade, com grupos étnicos variados que continuem a manter a sua identidade. E como o desenvolvimento desses Estados se deu na Europa, a dificuldade para a convivência harmônica com grupos muito diferentes neste continente é notória, remontando à própria formação do Estado Moderno⁵. Trataremos agora acerca de acontecimentos recentes que despertaram críticas a respeito da postura do Estado francês para com os ciganos e os desafios relativos a uma política multicultural não só na França, mas, nos países da Europa Ocidental.

⁵ Em seu livro *Uma aventura chamada Europa*, Bauman traz atenção a uma dualidade: embora o continente se esforce no sentido de expulsar o “diferente”, este, de alguma forma, acaba em parte sendo assimilado pelas culturas que lá se encontram. Escreve o autor: “A Europa como ideal (podemos chamá-lo de “europeísmo”) é um desafio à propriedade monopolista. Não se pode negá-la ao “outro”, já que ela incorpora o fenômeno da “alteridade”: na prática do europeísmo, o esforço perpétuo de separar, expelir e expulsar é constantemente frustrado pela atração, admissão e assimilação do “externo”” (BAUMMAN, 2006, p. 12). Apesar de o autor em sua mesma obra, destacar o papel da Europa para a humanidade como um todo, ele reconhece: “Trata-se, é verdade, de uma acusação séria, mas que deve ser dirigida à antiga tendência europeia ao solilóquio quando o recomendado era o diálogo;... ao tratamento arrogante que a Europa reservou a outras formas de vida humana e a seu desprezo em relação aos desejos e às vozes daqueles que as praticavam”. (BAUMMAN, 2006, p.15)

A EXPATRIAÇÃO DOS CIGANOS DO TERRITÓRIO FRANCÊS

Em julho de 2010, o governo francês do então presidente Nicolas Sarkozy foi alvo de críticas ao tomar a medida de repatriar milhares de ciganos para a Romênia e para a Bulgária. A justificativa inicial para tal proceder foi a de que os ciganos estavam violando normas de imigração francesa e seus acampamentos precisavam ser removidos.

Como a Romênia e a Bulgária hoje fazem parte da União Europeia, cujos cidadãos têm o direito de viajar para qualquer país membro da comunidade, sem necessidade de passaporte, e de ficar durante pelo menos três meses, muitos destes ciganos em breve devem estar de volta (MOONEN, 2013, p. 63).

A época, em seu discurso na cidade de Grenoble, Sarkozy tratou da política de segurança para diminuição de violência e acusou fortemente os imigrantes, incluindo os ciganos de estarem provocando uma onda de violência no país. Ele também se opôs a que menores nascidos na França, descendentes de estrangeiros, pudessem adquirir nacionalidade francesa automaticamente, e, se mostrou a favor da perda da nacionalidade de qualquer pessoa estrangeira que de alguma forma atentasse contra a vida de uma autoridade pública, seja uma autoridade policial ou outra. Além de falar de seus planos de retirada dos ciganos da França, ele anunciou que haveria políticas contra a imigração ilegal de ciganos, que se mostrariam eficazes em impedir a volta destes à França. Políticas como essas, desfavoráveis aos ciganos, resultando em sua deportação, não são novidade na França, embora se esperasse que com o tempo o país abrandasse e não intensificasse suas políticas nesse sentido (SILVA, 2010, p.9).

Em 2007, foi criado o Ministério da Imigração, da Integração, da Identidade Nacional e do Desenvolvimento Solidário da França, que foi muito criticado, inclusive pela ONU, por fazer associação entre a imigração e a ameaça à identidade nacional. Em outras palavras, o governo francês deu a entender que os imigrantes estavam prejudicando a identidade nacional francesa e se propôs a resgatá-la com medidas consideradas como xenófobas por vários países da comunidade internacional.

A atitude de desconfiança para com os estrangeiros, incluindo os ciganos, do então presidente da França, não é uma atitude isolada no continente Europeu, tendo suas raízes no projeto homogeneizador de sociedade que surgiu com a criação do Estado Moderno. Tal atitude ocorre em vários outros Estados europeus que, como a França, tem criado políticas para coibir o aumento de imigrantes ilegais (ESTADÃO, 2014).

Nesse ponto faz-se necessário a apresentação de algumas informações básicas a respeito dos ciganos para melhor entendimento da questão que ora se apresenta. Os ciganos estão

dispersos por diversas regiões do mundo, constituindo-se como minoria étnica em vários países. Por não conservarem uma história escrita sobre sua origem, por muito tempo, não se sabia de onde os ciganos provinham. Através da pesquisa da língua que utilizam para a comunicação, constatou-se que eles são povos originários da Índia, e que acabaram migrando, pelas invasões dos mulçumanos em suas terras, para a Europa.

Conforme se vê, a origem dos ciganos sempre foi um verdadeiro mistério, e por isso existem, ainda hoje, as mais diversas lendas e fantasias. Somente no Século 18 o assunto começou a ser discutido com mais seriedade, quando os linguistas concluíram que os ciganos deveriam ser originários da Índia. As provas linguísticas surgiram por acaso em 1753 quando, numa universidade holandêsa, um estudante húngaro descobriu semelhanças entre a língua cigana do seu país e a língua falada por colegas indianos. Constatou-se assim um evidente parentesco entre as línguas ciganas e o sânscrito (MOONEN, 2013, p. 10)

É digno de nota que os ciganos foram muito perseguidos na Europa, principalmente a partir do século XVI. Em alguns lugares como na Romênia os ciganos foram escravizados, escravidão esta abolida apenas em 1864. Em outros foram perseguidos, sofrendo violência física e até extermínio. Milhares de ciganos foram exterminados em campos de concentração nazista durante a Segunda Guerra Mundial. Portanto, assim como alguns outros estrangeiros, eles foram vítimas de forte intolerância (MOONEN, 2013, p.30).

Na França tal qual se deu em outros países europeus, à medida que os anos foram passando, os ciganos foram cada vez mais sendo vistos como não bem vindos ao modelo de sociedade almejada pelo Estado francês. Devido aos seus costumes peculiares, particularmente sua vida nômade, sua cultura característica, percebeu-se logo que os ciganos não poderiam se adaptar ao projeto unificador e homogeneizador francês. Para o aparelho estatal seria importante que a população considerasse esse grupo como uma real ameaça para a segurança do povo. Uma forma de fazer isso foi a de realçar os atos ilegais cometidos por alguns ciganos. Quanto maior a aversão da população francesa a essa minoria, mais fácil seria a legitimação de medidas contra essas pessoas.

Atualmente há um grande número de normas que tratam acerca da questão relativa aos ciganos, construídas no decorrer do tempo. Em 1990, pesquisadores reuniram mais de uma centena de normas, entre leis, decretos, portarias e outros sobre a questão cigana. Muitas parecem ter sido elaboradas com o intuito de criar obstáculos para a permanência de ciganos no país. (MOONEN, 2013, p. 59)

Atitudes como a do referido presidente, contribuem para incitar a xenofobia e fazem com que o grupo ou os grupos alvo das medidas políticas contrárias acabem sendo estigmatiza-

dos pela sociedade como um fator perturbador para ordem social. A partir daí, se o processo prossegue, é um passo para considerar aquelas pessoas de alguma forma como inferiores, privando-as da dignidade que deve ser atribuída a qualquer pessoa humana. Quando a situação persiste, pode-se chegar ao ponto de se animalizar o ser humano, considerá-lo como algo desprezível, como mostra a triste experiência da Segunda Guerra Mundial, com o extermínio de judeus, ciganos, e outros grupos minoritários em campos de concentração, sob as mais severas condições, por serem considerados indesejáveis pelo regime nazista.

O mais interessante é que após o discurso de Sarkozy sua popularidade subiu. Isso significa que seu discurso foi legítimo para boa parte da população. Mas, apesar de reações favoráveis por parte de alguns setores da sociedade, o discurso também gerou críticas, tanto dentro da França, por parte de partidos de oposição, como fora do país. Os países a qual os ciganos foram expatriados e a Comissão Europeia se expressaram de forma desfavorável ao Estado Francês. A Comissão Europeia advertiu a França para que esta respeitasse os tratados estabelecidos pela União Europeia que estabelecem que em seu interior seja livre o tráfego de pessoas. Posteriormente, a própria Organização das Nações Unidas (ONU) alertou o Estado Francês quanto a sua forma de agir e a violação dos direitos humanos dos ciganos (ESTADÃO, 2010).

O NÃO RECONHECIMENTO E AS DIFICULDADES PARA UMA POLÍTICA MULTICULTURAL PARA A EUROPA NA CONTEMPORANEIDADE

Não podemos entender o que tem acontecido na França e em outros países europeus como fatos isolados, que não guardam relação com outros acontecimentos históricos. Foi por esse motivo, que tratamos inicialmente do projeto unificador de formação dos Estados Nacionais que muito influenciou o “encobrimento do outro” e até mesmo a sua expulsão do território delimitado por um determinado Estado. A formação dos Estados em sua origem é homogeneizante e esse processo continua já por séculos. O recente caso francês é emblemático pela associação feita pelo próprio governo da perda da identidade pela permanência de imigrantes, e as consideradas necessárias medidas para coibir e dificultar a permanência e a naturalização de estrangeiros no país. Sobre as recentes políticas adotadas pelo Estado francês nota-se:

Uma tendência nacionalizante, anti-imigratória e excludente se manifesta igualmente em uma legislação que dificulta a entrada de estrangeiros e a aquisição da nacionalidade francesa... Ademais, instituíram-se novos ou reforçados critérios de avaliação da integração/assimilação dos que pretendem viver na França ou adquirir a nacionalidade francesa... Até que ponto essas exigências estão a serviço de uma verdadeira

integração dos estrangeiros e emigrantes ou, ao contrário, pretendem criar uma barreira ou conduzir a uma completa assimilação dessas pessoas? (JUBILUT, 2013, p. 363).

Políticas como as descritas acima, que dificultam a permanência de imigrantes, vão de encontro ao que vem ocorrendo no mundo, onde tem havido um intercâmbio cada vez maior de culturas e grupos étnicos diversos, muitos deles convivendo sob um mesmo território de um Estado Soberano. À época da criação dos Estados Nacionais, essa intercomunicação era muito mais difícil. Os meios de transporte e comunicação eram bem mais precários, dificultando os contatos entre pessoas de diferentes Estados. No entanto, com a globalização, e, na Europa, com a criação da União Europeia, que permitiu o livre tráfego de pessoas pelos países membros, tornou-se muito mais fácil o encontro de grupos étnicos diversos..

Contudo, há um fato curioso que vem acontecendo na União Europeia. Enquanto há quebras progressivas de barreiras políticas e econômicas entre a comunidade europeia e uma maior facilidade de encontro de culturas, os países mais ricos estão repensando sua política relacionada à imigração, criando barreiras que dificultam o livre trânsito de imigrantes europeus em seus países, o que torna as diferenças entre os grupos considerados “indesejáveis” e os grupos hegemônicos, mais visíveis. A justificativa, não totalmente despida de razão, é a de que alguns imigrantes estão afetando a segurança desses países. Assim, enquanto se solidifica a união política e econômica entre os países da União Europeia, criam-se barreiras que acabam dificultando o encontro de diferentes culturas, principalmente nos territórios dos países mais ricos da Europa Ocidental.

O referido processo de unificação que está acontecendo na União Europeia, nos remete a época da criação dos Estados Nacionais. É um processo ainda mais complexo por envolver vários Estados europeus, um grande número de grupos étnicos distintos. No início da formação do Estado Moderno, em geral, um grupo hegemônico se sobrepôs aos outros, como já dissemos. Atualmente, os Estados mais ricos da União Europeia tem um peso maior em decidir e impor aos outros Estados as suas políticas. Entre os mais destacados temos a Alemanha em primeiro plano, embora a França também possua grande importância. Eles tentam manter sua hegemonia no bloco europeu. Até onde procurarão influenciar e controlar o restante dos países integrantes do bloco só o tempo dirá. Mas, o ponto de destaque, é que há certa similitude entre o processo de unificação que ocorre na Europa e o processo que ocorreu no passado de formação dos Estados. O “mecanismo monopolista” descrito por Norbert Elias, que foi citado no início do artigo, parece também ser aplicável aqui, em que, cada vez mais, a soberania dos Estados europeus tem sido mitigada em prol do poder do bloco como um todo (JUBILUT, 2013, p. 151).

Saliente-se que o movimento Europeu de integração é um processo que não elimina o Estado Nacional, nem suas características fundamentais, pelo contrário, revela ser um processo de unificação gradual de Estados independentes que cedem parte da sua soberania aos órgãos intergovernamentais da União Europeia (JUBILUT, 2013, p. 153).

Todo projeto unificador, acaba por tornar mais visíveis as diferenças, ao tentar unificar aspectos culturais distintos. O caminho que foi escolhido pelos Estados Nacionais, como já foi explicado, ou foi eliminar o diferente ou encobri-lo. Mas, nos nossos dias, muito tem se debatido a respeito de soluções visando à inclusão de minorias nos Estados Nacionais. Algumas soluções foram propostas:

Dentre elas a efetivação dos direitos humanos, as políticas afirmativas do multiculturalismo e a ideia do Estado plurinacional, que parte do pressuposto de que é possível superar as “bases uniformizadoras” do Estado Nacional para incluir todos, sem que haja a exclusão do grupo não vencedor, para a constituição de um Estado democrático e popular (JUBILUT, 2013, p. 153)

No presente artigo, como objeto de estudo, nos focalizaremos brevemente em algumas considerações trazidas por Charles Taylor e Axel Honneth sobre o multiculturalismo e as políticas de reconhecimento. Tendo em vista, a forma como foram estruturados os Estados Nacionais, percebe-se como é difícil que eles consigam conviver bem com políticas multiculturais. Particularmente na Europa, o berço desses Estados e que adotou por muito tempo políticas homogeneizantes, as dificuldades são notórias. No entanto, se levarmos em conta o processo de unificação crescente da chamada União Europeia, veremos que as dificuldades em relação a políticas multiculturais crescem ainda mais. Assim como ocorreu no passado, a tendência é que o grupo ou os grupos hegemônicos acabem por impor sua cultura, sua forma de ver e compreender o mundo aos demais, procurando “encobrir” ou expulsar aqueles que são diferentes. Dessa forma, por estar em curso um processo unificador e de certa forma homogeneizante na Europa na contemporaneidade, as políticas multiculturais visando o reconhecimento dos diversos grupos étnicos tornam-se mais difíceis neste continente.

No entanto, o encontro e a convivência entre diversas culturas é algo que ocorre com frequência cada vez maior no mundo, como já foi dito anteriormente. Necessário se torna, então, o reconhecimento destas dentro de certos limites, para que haja uma convivência pacífica, com respeito à dignidade humana e a diversidade. Tal reconhecimento não é algo que tem a ver apenas com a política a ser adotada, mas é um pressuposto esperado nas reais democracias, como mostram Charles Taylor e Axel Honneth em seus escritos. Ao comentar essa questão, Charles Taylor escreveu:

A democracia introduziu a política de reconhecimento igualitário, que tem assumido várias formas ao longo dos anos, e que regressou agora sob a forma de exigências de um estatuto igual para as diversas culturas e para os sexos (TAYLOR, 2005, p. 48).

Em uma democracia não pode haver tratamento diferenciado aos cidadãos por eles serem de uma determinada cultura, ou a concessão de privilégios ou deveres somente por pertencer a ela. Não pode haver cidadãos que são considerados inferiores a outros. Tal fato aconteceu por muitas vezes na Europa com os ciganos e outras minorias étnicas, como já relatamos neste artigo. Infelizmente, até hoje, alguns governantes adotam políticas que acabam incitando essas práticas. Afirma Taylor:

Da mudança da honra para a dignidade surgiu uma política de universalismo, que dá ênfase a dignidade igual para todos os cidadãos. E o conteúdo desta política visa à igualdade dos direitos e privilégios. O que se deve evitar a todo custo é a existência de cidadãos de “primeira classe” e de “segunda classe” (TAYLOR, 2005, p. 57-58).

Além de ser um pressuposto para a democracia, de ser uma política que se espera em uma sociedade democrática, a falta de uma política de reconhecimento pode gerar sérias consequências para as pessoas atingidas. Os sofrimentos pelos quais passaram as pessoas que foram vítimas de um reconhecimento errôneo evidencia tal fato. Isso torna as políticas multiculturais que visam ao reconhecimento ainda de maior valor.

Em seus escritos a respeito da política do reconhecimento, Charles Taylor mostra como a formação da identidade está atrelada ao reconhecimento. E que o reconhecimento quando feito de forma errônea pode causar tantos malefícios como a falta dele, levando os prejudicados a “refletirem uma imagem limitativa, de inferioridade ou de desprezo por eles mesmos” (TAYLOR, 2005, p. 45). Explica Taylor:

Perante estas considerações, o reconhecimento incorreto não implica só uma falta do respeito devido. Pode também marcar as suas vítimas de forma cruel, subjugando-as através de um sentimento incapacitante de ódio contra elas mesmas. Por isso, o respeito devido não é um ato de gentileza para com os outros. É uma necessidade humana vital. (TAYOR, 2005, p. 46).

O caso dos ciganos é emblemático porque através dele podemos compreender os prejuízos que o reconhecimento errôneo causa àqueles que são prejudicados. Pelos valores culturais por eles cultivados serem bem diferentes dos valores europeus, eles sofreram, em sua história, com uma série de estereótipos que contribuíram em muito para deformar a imagem deles

para a sociedade. Isso resultou em um sentimento de inferioridade, de autolimitação que prejudica suas próprias vidas. Dentre esses estereótipos podemos citar o que os acusava de parasitas, que se aproveitavam da caridade das pessoas, que não gostavam de trabalhar, que eram todos ladrões. Além disso, já durante o século XVIII e XIX, foram escritos livros que, de forma descuidada, destruíram a imagem dos ciganos, fazendo com que a população sentisse repulsa por eles (MOONEN, 2013, p. 101). O autor de um destes livros, Heinrich Grellmann (1753-1804) escreveu um livro sobre os ciganos no qual, em um dos capítulos, afirmou que eles eram canibais. Disso resultou na acusação de que várias pessoas desaparecidas tinham sido assassinadas e comidas por ciganos, o que resultou no julgamento e morte de 41 ciganos por meios cruéis. Posteriormente, veio a se comprovar a inocência desses ciganos. Além da específica acusação de canibalismo, em seus escritos ele afirma que os ciganos tinham um caráter cruel, eram sujos, ladrões, covardes e outros adjetivos pejorativos (MOONEN, 2013, p. 103). É imensurável o mal que acusações como estas causam a um grupo étnico.

Charles Taylor enfatiza dois pilares da política do reconhecimento: a política do universalismo e a política da diferença. Quanto à primeira, que foi a que discorremos até agora, procura atribuir igual dignidade a todos os cidadãos, não fazendo distinções de classes entre estes. Por esse primeiro aspecto, não poderia haver políticas discriminatórias contra os ciganos ou quaisquer outras minorias étnicas na Europa, assim como ocorreu na história e, infelizmente, às vezes, continua a ocorrer. Mas, há o segundo aspecto da política do reconhecimento. Sobre ele Charles Taylor assim escreve:

A segunda mudança referente ao desenvolvimento da noção moderna de identidade deu origem a uma política de diferença... quanto à política da diferença exige-se o reconhecimento da identidade única deste ou daquele indivíduo ou grupo, do caráter singular de cada um. Quer isto dizer, por outras palavras, que é precisamente esta singularidade que tem sido ignorada, disfarçada, assimilada a uma identidade dominante ou de maioria. (TAYLOR, 2005, p. 58)

A política da diferença defende que as particularidades de um indivíduo ou de grupo não podem ser desprezadas. Devem ser levadas em conta. Portanto, além de um tratamento digno a todas as pessoas, avança-se no sentido de observar as particularidades, as singularidades que tornam alguém ou um grupo diferente, e reconhecê-las.

É claro que há um limite para o reconhecimento da diferença. Se determinada forma de proceder de um grupo étnico ofende o valor central a que a política do reconhecimento pretende resguardar, a dignidade humana de alguém, tal forma de proceder não pode ser legitimada sob o argumento de reconhecimento da diferença. Nesse sentido, Taylor aponta que

os dois aspectos da política do reconhecimento acabam entrando em conflito em determinadas situações (TAYLOR, 2005, p. 63). Foge ao objetivo que esse artigo se propõe, a análise desse conflito e da linha tênue que demarca até onde devem chegar as políticas de reconhecimento.

A importância da Política do Reconhecimento é destacada também nos escritos de Axel Honneth. O referido autor distingue três formas de desrespeito a partir de seu grau de diferenciação:

Nesse sentido, a diferenciação de três padrões de reconhecimento deixa a mão urna chave teórica para distinguir sistematicamente os outros tantos modos de desrespeito: suas diferenças devem se medir pelos graus diversos em que podem abalar a auto-relação prática de urna pessoa, privando-a do reconhecimento de determinadas pretensões da identidade (HONNETH, 2003, p. 214)

A primeira forma de desrespeito seria aquela que envolve a própria “integridade corporal de uma pessoa”, resultado da agressão física a ela. Esse é um meio extremo de se infligir danos a um indivíduo e que foi utilizado recorrentemente contra os ciganos no decorrer da história. Essa é a forma mais agressiva, mais direta, e prejudica fortemente a identidade pessoal de alguém, podendo, inclusive, levá-la ao colapso (HONNETH, 2003, p. 214-215).

Sobre a segunda forma de desrespeito, Honneth escreve:

... temos de procurar a segunda forma naquelas experiências de rebaixamento que afetem seu auto-respeito moral: isso se refere aos modos de desrespeito pessoal, infligidos a um sujeito pelo fato de ele permanecer estruturalmente excluído da posse de determinados direitos no interior de urna sociedade (2003, p. 216)

Nessa segunda forma de desrespeito, ao indivíduo ou ao grupo são negados, juridicamente, direitos que outros grupos possuem. A pessoa que sofre o prejuízo se sente numa situação de inferioridade porque a ela não são concedidos direitos que ela deveria ter, ou são lhe concedidas obrigações que outros indivíduos não têm, apenas por ser aquela pessoa ou aquele grupo considerado como diferente. No caso dos ciganos, ao se criar normas específicas para eles, com o intuito de restringir seus direitos de forma mais intensa que a de outros grupos étnicos, ocorre um rebaixamento desses indivíduos no que concerne ao seu auto-respeito moral. Mas, ainda há a última forma de desrespeito. Quanto a ela, assim se expressa Honneth:

... constitui-se ainda um último tipo de rebaixamento, referindo-se negativamente ao valor social de indivíduos ou grupos; na verdade, é só com essas formas, de certo modo valorativas, de desrespeito, de depreciação de modos de vida individuais ou coletivos, que se alcança a forma de comportamento que a língua corrente designa hoje sobretudo com termos como “ofensa” ou “degradação”.(2003, p. 217)

Nessa última forma de rebaixamento, temos a atribuição de um valor social negativo a um grupo, com adjetivos pejorativos, que denigrem a imagem deste perante a sociedade. Não há necessidade de se recorrer à violência física ou se denegar pretensões jurídicas legítimas para que essa forma de rebaixamento se concretize. Basta que aquele grupo seja depreciado perante a sociedade, estigmatizado. Tal fato ocorreu e ocorre com os ciganos não só na França, mas, em várias partes do mundo.

Portanto, embora a Europa, pela sua história, e pelo processo de progressiva unificação que atravessa, apresente dificuldades para a efetivação de políticas multiculturais que incluam o reconhecimento do outro, essas devem ser buscadas, por serem pressupostos de uma real democracia, no qual a dignidade da pessoa humana tem vital importância. Ademais, deve-se procurar a conciliação dos dois pilares da política do reconhecimento, a saber, a política do universalismo e a política da diferença, com o intuito de se construir uma sociedade mais solidária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo procurou analisar as dificuldades relativas às políticas multiculturais, de “reconhecimento do outro”, na Europa contemporânea, a partir do estudo do que vem acontecendo com os ciganos na França, e a importância desse reconhecimento para a preservação da dignidade das pessoas afetadas, sob o risco de se comprometer o Estado Democrático.

O primeiro capítulo tratou acerca do processo de formação dos Estados Modernos, cuja origem se deu na Europa. De um sistema feudal que tinha por característica o poder fragmentado, onde as unidades políticas eram os feudos, passou-se, progressivamente, para uma maior centralização que culminou com a formação do Estado Moderno, com características homogeneizantes e de desprezo à diferença, com a ideia de que as culturas consideradas inferiores deveriam ser expulsas do território estatal ou, quando possível, “encobertas”, perdendo assim sua identidade. Foi visto que, como instrumento facilitador e legitimador de tal prática, os Estados Nacionais procuraram imbuir nas pessoas o sentimento de pertença, de que o povo de cada Estado tinha uma origem comum, aspirações comuns, embora isso às vezes não fosse verdadeiro. É essa a ideia transmitida no conceito de nação e no sentimento de nacionalismo. Daí inferiu-se a dificuldade que as estruturas estatais têm para lidar com culturas diferentes, principalmente na Europa, o berço desses centros de poder.

O segundo capítulo discorreu acerca de uma questão contemporânea que reflete de maneira precisa o desrespeito à diferença: a questão do tratamento que está sendo dado aos ciganos na França com políticas discriminatórias e o esforço do governo em expatriar e

dificultar a presença de ciganos no país. Isso acontece num país que se diz um dos mais democráticos do mundo e conta com o apoio de boa parte da população. Neste capítulo também foram trazidas informações históricas que evidenciam que o tratamento discriminatório dado aos ciganos já perdura por séculos na Europa.

Finalmente, o terceiro capítulo considerou as dificuldades para uma política multicultural na Europa na contemporaneidade e a necessidade de reconhecimento das diversidades culturais. Foi explicado que além da estrutura estatal ter sido formada no sentido de unificar as diferenças e rebaixar os considerados muito diferentes, atualmente há um processo em curso de unificação dos vários Estados europeus, que, assim como ocorreu à época da formação dos Estados, prima pela homogeneidade e acaba por desconsiderar as diversas particularidades que os mais variados grupos étnicos apresentam. Esses fatores foram trazidos à atenção como dificultadores da realização de políticas multiculturais de reconhecimento na Europa atualmente. Apesar disso, foi abordada a necessidade de reconhecimento do outro e da diversidade em países democráticos, pois isso se relaciona com a preservação de sua própria dignidade e a formação da identidade, além de ser um pressuposto para o exercício da democracia por parte dos Estados. Como base teórica dessas considerações o referido capítulo trouxe a atenção algumas reflexões de Charles Taylor e Axel Honneth sobre a política do reconhecimento, mostrando que além de o reconhecimento errôneo ou o não reconhecimento afetarem a formação da identidade, constituem formas de desrespeito com graduações em níveis distintos a depender da intensidade.

A partir de tudo que foi descrito, chegou-se a conclusão de que as dificuldades para que sejam efetivadas políticas de reconhecimento do outro, que incluem o direito à diferença, guardados certos limites, tem sua origem na própria formação do Estado Moderno, instituição política uniformizadora e homogeneizante. Mas, além disso, as dificuldades decorrem também do processo unificação pelo qual atravessa a Europa que se revela através da União Europeia e que guarda algumas similitudes com o processo de formação do Estado Moderno.

À medida que o projeto da União Europeia avança, mais as diferenças aparecem, pois determinadas fronteiras se rompem o que facilita o encontro de culturas. Entretanto, o projeto em si é unificador e não favorece políticas de reconhecimento à diversidade, o que, por fim, poderá resultar no aumento da violência contra grupos minoritários considerados indesejáveis e até a sua própria expulsão, mesmo que de maneira velada, do continente. Nesse contexto, mais do que nunca é necessário repensar políticas multiculturais na Europa, tendo em vista suas especificidades.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Europa: uma aventura inacabada**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 7ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2008.

_____. **Ciência Política**. 10ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

CIGANOS. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2015. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Ciganos&oldid=42654909>>. Acesso em: 16 jun. 2015.

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das ideias políticas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ESTADÃO. **Europa expulsa 355 mil estrangeiros em um ano**. São Paulo: 2014. Disponível em: <<http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,europa-expulsa-355-mil-estrangeiros-em-um-ano-imp-,1126745>>. Acesso em: 04 mai. 2015.

_____. **Aumentam críticas contra a expulsão de ciganos da França**. São Paulo: 2010. Disponível em: <<http://internacional.estadao.com.br/noticias/europa,aumentam-criticas-contr-expulsao-de-ciganos-da-franca,600836>>. Acesso em: 04 mai. 2015.

FAZITO, Dimitri. A identidade cigana e o efeito de “nomeação”: deslocamento das representações numa teia de discursos mitológico-científicos e práticas sociais. **Revista de Antropologia**, São Paulo, 2006, vol. 49, n.2, Jul/Dez. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-77012006000200007&script=sci_arttext>. Acesso em: 05 jun. 2015.

ELIAS, Norbert. **O processo civilizador: Formação do Estado e Civilização**. Rio de Janeiro: Zahar, 1993, 2v.

HOBSBAWM, Eric John Ernest. **Nações e nacionalismo desde 1780: Programa, mito e realidade**. 6ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2013.

HISTÓRIA DO POVO CIGANO. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2015. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Hist%C3%B3ria_do_povo_cigano&oldid=41735953>. Acesso em: 26 mai. 2015.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003.

JELLINEK, George. **Teoría general del Estado**. Granada: Editorial Comares, S.L., 2000.

JUBILUT, Lílíana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Coord.). **Direito à diferença**: Aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis. São Paulo: Saraiva, 2013

MOONEN, Frans. Anticiganismo e políticas ciganas na Europa e no Brasil. Recife, 2013. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/ciganos/a_pdf/fmo_2013_antigianismoeuropabrazil.pdf>. Acesso em: 08 jun. de 2015.

MOSCOVICI, Serge. Os ciganos entre perseguição e emancipação. **Sociedade e Estado**, Brasília, 2009, v.24, n. 3, p. 653-678, Set/Dez. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v24n3/03.pdf>>. Acesso em: 04 mai. 2015

NAY, Olivier. **História das ideias políticas**. Petrópolis: Vozes, 2007

REPATRIAÇÃO DE CIGANOS PELO GOVERNO FRANCÊS EM 2010. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2014. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Repatria%C3%A7%C3%A3o_de_ciganos_pelo_governo_franc%C3%AAs_em_2010&oldid=40017540>. Acesso em: 06 jun. 2015.

SAVELLE, Max (Coord.). **História da civilização mundial**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1968.

SILVA, João Carlos Jarochinski. Xenofobia de Estado: o caso francês. **Revista do Curso de Relações Internacionais da Faculdade de Santa Marcelina**. São Paulo, Ano 10, n. 32/ 2º semestre de 2010. Disponível em <<http://www.faculdadesantamarcelina.com.br/jornal/index.php/InterRelacoes/article/view/71>> . Acesso em: 02 mai. 2015.

TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**: Examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Piaget, 2005.

TOUCHARD, Jean. **História das ideias políticas**: da Grécia ao fim da Idade Média. 3ª ed. Portugal: Europa-America PT, 2003, 1v (Coleção Fórum da História – Edição Portuguesa).

PRINCÍPIO DA DIFERENÇA E IGUALDADE DEMOCRÁTICA: UMA SOBREPOSIÇÃO À CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA POLÍTICA DE RAWLS

WANDS SALVADOR PESSIN¹

RESUMO

O presente artigo propõe o destrancamento e a relativização das regras de prioridade conferidas por Rawls aos seus princípios de justiça, notadamente à contundente preferência às iguais liberdades fundamentais, como primeiro princípio esquemático de sua concepção política de justiça. Esse ajuste será fundamentado partindo-se da ideia, tomada como intuitiva básica, de que eventual desigualdade de base social exigiria um reposicionamento do princípio da diferença, a fim de que a concepção de justiça ganhe mais coerência enquanto uma concepção que se pretende política. Para isso, após identificarmos brevemente o pensamento de Rawls, destacaremos que há uma distinção relevante entre a formulação dos princípios de justiça presente na obra *Uma Teoria de Justiça*, de 1971, quando comparada à formulação posteriormente apresentada no *Liberalismo Político*, mais especificamente no artigo *Justiça como Equidade: uma concepção política, não metafísica*, de 1985. Como se verá, essa distinção é relevante se tomada, primeiro, como uma possibilidade de modular hermeneuticamente a aplicação dos princípios, assim como, num segundo aspecto, parece indicar que a fixação de regras de interpretação acerca dos princípios é sintoma de um resquício do construtivismo kantiano, presente notadamente na ideia de ordem lexical e nas regras de priorização, embora sob o argumento de um construtivismo político.

Palavras-chave: Rawls. Princípios. Hermenêutica.

INTRODUÇÃO

Diante do fato do pluralismo ideológico conflitante e da limitação de recursos, como podemos construir e estabilizar no tempo uma sociedade que se considere democrática e que, portanto, resolva adequadamente a tensão permanente entre iguais liberdades e desigualdades de fato, em vista da justiça? Nessa pergunta parece estar a chave de inquietação para o pensamento de John Rawls², filósofo norte-americano nas áreas de Filosofia política e moral.

O pensamento de Rawls ainda ocupa vigorosamente o debate público, especialmente enquanto se travam discussões acerca da melhor concepção de justiça para sociedades que se reconhecem como democráticas. Talvez por ter vivido os dilemas sociais e políticos do

¹ Advogado e mestrando em Filosofia pelo PPGFil-UFES. Email: wands.pessin@wpessin.com.br

² John Rawls (*Baltimore*, 21 de fevereiro de 1921 — *Lexington*, 24 de novembro de 2002) foi um professor de Filosofia Política na Universidade de *Harvard*, autor de “Uma Teoria da Justiça” (*Theory of Justice*, 1971) “Liberalismo Político” (*Political Liberalism*, 1993), e “O Direito dos Povos” (*The Law of Peoples*, 1999).

séc. XX, notadamente do pós-guerra, Rawls, preocupado com a manutenção de sistemas democráticos, publicou em 1971 sua grande obra “Uma Teoria da Justiça”³ (*Theory of Justice*), e que lhe traria reconhecimento mundial, tornando-o um dos filósofos mais influentes do fim do século 20.

Em linha gerais, Rawls se concentrou na elaboração de uma teoria da justiça que fosse capaz de conjugar suficientemente *liberdade e igualdade* enquanto os dois principais valores das sociedades democráticas. O fato é que Rawls se aventurou na tentativa de edificar uma concepção de justiça que superasse a visão dicotômica – ou mesmo conflitante – ligada a esses valores fundamentais, perspectivando-os em um conjunto coerente.

Nesse sentido, Rawls procura uma melhor e mais abrangente resposta possível à pergunta inicial em torno da estruturação de uma sociedade justa. Em *Teoria*, seu objetivo central foi a elaboração de uma concepção de justiça, por ele intitulada “Justiça como Equidade” (*Fairness*)⁴, que pudesse fortalecer a ideia de cooperação social em vista de uma sociedade democrática mais justa. Para ele a Filosofia política moderna está fundada no utilitarismo ou em um intuicionismo de pretensão racional. Afirma, então, que “pretende generalizar e elevar a uma ordem mais alta de abstração a teoria tradicional do contrato social tal como formulada por Locke e Kant” (RAWLS, 2008, p. XLIV). Reconhecendo que essas ideias já estão historicamente assentadas, e que, portanto, suas proposições não significam inovações radicais à tradição contratualista, sua pretensão é justamente dela extrair uma alternativa⁵ à concepção utilitarista.

Nessa perspectiva é que Rawls parte de um conjunto de ideias familiares historicamente garimpadas, nas quais escora substancialmente sua teoria, coletando discursos sedimentados e tidos como validados pela filosofia moderno, como um exercício de reconhecimento do quadro de crenças próximas e valiosas que ainda vigoram.

Além do utilitarismo, Rawls concentra seus esforços críticos ao liberalismo convencional ou metafísico, apontando a inconsistência da ideia de igualdade democrática implicada tanto no utilitarismo, como no liberalismo tradicional. Seu propósito é justamente reequalizar os termos da relação entre iguais liberdades e desigualdade, em razão de um profundo desacordo sobre como os valores básicos da igualdade e da liberdade são realizados sob o pano de fundo de uma política democrática que se coloque como justa. Para tanto, não se esquivava do problema da desigualdade, sob a exigência política de sua redução ou sua necessária justificação.

³ Daqui em diante chamaremos apenas de *Teoria*.

⁴ A tradução é controversa, mas tem prevalecido o vocábulo *equidade*.

⁵ A tese subjacente à crítica de Rawls à concepção utilitarista é a de que ninguém escolheria o princípio da utilidade estando na posição original sob o véu da ignorância, conceitos que serão apresentados mais adiante. Isso porque, o utilitarismo, como ideia do justo ligado à maximização da satisfação, quando radicalizado, admite a ideia de princípio sacrificial de outros, como da liberdade, de direitos de igualdade e até da vida.

CONCEITOS FUNDAMENTAIS DA TEORIA RAWSIANA

Sobre o conjunto de conceitos que compõem a concepção rawlsiana de justiça, não será aqui possível realizar essa apresentação detalhada. Para os fins específicos deste artigo, podemos dizer que Rawls, sob um horizonte de justificação teórica de validação no aqui e agora, em vista de uso altamente prático, indica que três são os pressupostos básicos de sua teoria.

O primeiro deles é a escassez moderada dos recursos. Consideremos que a totalidade dos recursos distribuíveis é menor que a demanda por esses bens. Existe, pois, um desarranjo permanente entre os bens disponíveis e os desejos de consumo e produção hipoteticamente ilimitados.

Da premissa da escassez moderada decorre a necessidade de que a distribuição dos recursos e bens seja mais ou menos justa, dada a exigência igualitária. Contra o princípio moral abrangente do utilitarismo, não há bens suficientes no nível desejado e para todos ao mesmo tempo, nem para todos em todos os tempos.

Outro pressuposto básico para a concepção de justiça de Rawls é o reconhecimento do chamado fato do pluralismo razoável. A ideia é de que há um desacordo radical e intransponível entre as concepções particulares e, na maioria das vezes, abrangentes do bem, defendidas por cidadãos e suas associações.

Nesse sentido, assumisse a ideia de que a sociedade democrática moderna é caracterizada pela inexistência de apenas uma, ou mesmo de algumas poucas doutrinas morais abrangentes hegemônicas. Em outros termos, inexistente um compartilhamento aberto e livre, muito menos *a priori*, no âmbito da deliberação moral pública. Eventuais trocas e mudanças de concepções morais, quase sempre difíceis e muito pontuais, podem ocorrer apenas no âmbito do próprio debate público e por força de tensões decorrentes do processo político.

Nas palavras de Rawls,

o problema sério que há nisso (adoção de doutrinas abrangentes ou particularmente abrangentes) é o seguinte: uma sociedade democrática moderna não se caracteriza apenas por um pluralismo de doutrinas religiosas, filosóficas e morais abrangentes, e sim por um pluralismo de doutrinas incompatíveis entre si e que, no entanto, são razoáveis. Nenhuma dessas doutrinas é professada pelos cidadãos em geral. Tampouco deveríamos supor que em um futuro previsível uma delas, ou outra doutrina razoável que possa surgir, venha a ser professada por todos ou por quase todos os cidadãos. (RAWLS, 2008, p. XVII)

Diante desse panorama de fratura social, portanto, como pode uma sociedade moderna fazer vigorar o princípio da liberdade individual e, ao mesmo tempo, sustentar a igualdade entre todos os indivíduos?

No caso do *Liberalismo Político* rawlsiano, o pressuposto fundamental é que o reconhecimento desse pluralismo de doutrinas abrangentes⁶, mesmo que conflitantes ou incompatíveis entre si, mas consideradas razoáveis⁷ dentro de um contexto de razão pública, construirá e modelará instituições públicas livres e igualitárias para um regime democrático constitucional.

Reconhece-se a ruptura entre a maneira clássica de compreender a justiça pública e a Filosofia política moderna. Da organicidade política fundada na ideia do *Bem* tida de modo unitivo e uniformizante, desde Platão até São Tomás de Aquino, passando por Santo Agostinho e Aristóteles, chegou-se ao modelo centrado no sujeito dotado de autonomia moral, ou seja, como agente capaz de conceber o seu próprio e particular conceito do bem. Em outros termos, a ideia de felicidade baseada no bem comum cede quase que totalmente espaço para a ideia de que os indivíduos apenas se realizam a partir de uma auto-normatização aberta aos desejos tidos como próprios. O efeito dessa revolução copernicana de âmbito moral é o declínio acentuado dos laços sociais de cooperação e solidariedade, já que até então estavam assentados sobre os fundamentos antigos.

Nesse contexto, pois, considerado o quadro sedimentado da modernidade, Rawls sustenta que é necessário tentar “decidir a pendência” (RAWLS, 1992, p. 30) entre a tradição associada a Locke, que dá destaque às “liberdades dos modernos”⁸, e a tradição associada a Rousseau, ligada às chamadas “liberdades dos antigos”⁹.

⁶ “(...) a distinção entre as concepções políticas de justiça e outras concepções morais é uma questão de alcance, isto é, do leque de objetos aos quais uma concepção se aplica, e do conteúdo mais amplo que um leque maior requer. Dizemos que uma concepção é geral quando se aplica a um amplo leque de objetos (no limite, a todos os objetos); é abrangente quando inclui concepções do que é valioso na vida humana, bem como ideais de virtude e caráter pessoais, que definem grande parte de nossa conduta não-política (no limite, nossa vida como um todo). As concepções religiosas e filosóficas tendem a ser globais e plenamente abrangentes; na verdade, que o sejam é considerado às vezes como um ideal a ser realizado. Uma doutrina é plenamente abrangente quando abarca todos os valores e virtudes reconhecidos num sistema de pensamento articulado de maneira rigorosa, ao passo que uma doutrina é apenas parcialmente abrangente quando abarca certos (mas não todos) valores e virtudes não-políticos e sua articulação é menos precisa. Note que, por definição, para uma concepção ser até mesmo parcialmente abrangente, precisa ir além do político e abranger valores e virtudes não-políticos.” (RAWLS, 2011, p. 206)

⁷ Em relação às doutrinas morais abrangentes desarrazoadas, ou seja, incompatíveis com o próprio fato do pluralismo simples, caberia apenas a contenção política, segundo Rawls. Essa é uma questão que Michael Walzer aborda com bastante relevância, dentre outros textos, no artigo *Política e Paixão*, reunido em livro sob o mesmo título (Política e paixão: rumo a um liberalismo mais igualitário. São Paulo, SP: WMF Martins Fontes, 2008).

⁸ “Se no estado de natureza o homem é tão livre como se afirmou, perguntar-me-ão se é senhor absoluto da sua própria pessoa e dos seus bens, igual aos mais insigne, e súdito de ninguém, então porque razão renunciará à sua liberdade? Por que razão cederá o seu império e se submeterá ao domínio e ao controle de outro poder qualquer? A resposta a estas questões é óbvia. No estado de natureza o homem possui, de facto, um tal direito, contudo, o seu exercício é extremamente incerto, uma vez que está constantemente exposto à invasão dos outros. Todos são reis, tanto quanto ele, e cada homem é o seu igual.” (LOCKE, 2007, p. 143)

⁹ Aqui cabe um apontamento que serve de argumento para o que consideramos uma exigência de sobreposição, ainda que interna à própria concepção rawlsiana de justiça política. Afirmar que essas tradições estão em *confronto*, como faz Rawls, não significa que sejam *opostas*. Talvez, para fins políticos, o melhor esteja

Diante disso, que para Rawls é um impasse, ele propõe o estabelecimento de critérios públicos de justificação, na figura de princípios que funcionem regulando a vida em comum de indivíduos que, embora divergindo sobre o sentido último da existência, afetos a doutrinas morais abrangentes, buscam permanecer livres e iguais em direitos, considerada a tradição moderna estabelecida.

Sob o pressuposto básico de que a sociedade democrática moderna se reconhece como um sistema formado por pessoas que se consideram reciprocamente como livres e iguais, e se relacionam por cooperação em benefício mútuo, torna-se necessário o estabelecimento dos critérios de justificação prática dessa cooperação. O problema que se coloca, basicamente, frente ao utilitarismo, é como melhor posicionar o valor da igualdade no pêndulo democrático.

Dessa moldura teórica surge a importância central de se pensar uma concepção de pessoa, tanto política, quanto prática, como faz Rawls. As pessoas cooperantes, em decorrência da auto concepção como livres e iguais, participantes necessários do poder político legítimo, estão sujeitas, segundo Rawls, a condições *razoáveis* para a escolha política, assim como são dotadas de *racionalidade*¹⁰.

Por razoabilidade se entende que na realização pessoal de fins, os cidadãos têm a capacidade de conjugar os próprios fins aos fins dos demais. Nessa ponderação de fins, pode-se concluir que certos fins são melhores que outros, e por isso se muda ou rejeita, tanto os fins próprios, como os dos demais. Já a ideia de racionalidade está ligada a fins enquanto técnica de transformar, modificar ou produzir. É a capacidade moral que, de certo modo, articula e projeta a realização pessoal da própria noção de bem ou mesmo daquilo que é o justo.

Isso significa, portanto, que os cidadãos, enquanto participantes do poder político, são moralmente capazes de formular uma *concepção do bem* durante toda sua vida, inclusive podendo alterá-la de modo relativamente livre, assim como são capazes de desenvolver um

justamente na manutenção mesma dessa tensão, permitindo-se, assim, que esse equilíbrio entre igualdade e liberdade seja relativamente ajustado – no sentido de caso a caso - a contextos e circunstâncias contingentes.

¹⁰ Rawls, em sua guinada política, passou a aplicar mais modelos de avaliação de precedências ou prioridades. Isso fica claro na distinção teórica entre *razoabilidade* e *racionalidade*, no que seguiu o construtivismo kantiano, cf. nota 20: “(...) a distinção entre o Razoável e o Racional, com o Razoável precedendo o Racional (...). Aqui a relevância dessa distinção está em que, de maneira mais ou menos coerente, a *Theory* fala não de condições racionais, mas de condições razoáveis (às vezes, ajustadas ou apropriadas) enquanto restrições aos argumentos sobre os princípios de justiça (...). Essas restrições são *modeladas* na posição originária e, portanto, impostas às partes; suas deliberações são sujeitas, e absolutamente sujeitas, às condições razoáveis cuja modelagem torna equitativa a posição originária. O Razoável, portanto, precede o Racional, e isso nos dá a prioridade do direito. Assim, descrever a teoria da justiça como parte da teoria da escolha racional, como nas pp. 16 e 583 foi um erro que cometi na *Theory* (e um erro que induziu a grandes enganos). O que eu deveria ter dito é que a concepção da justiça como equidade utiliza uma explanação da escolha racional sujeita a condições razoáveis para caracterizar as deliberações das partes enquanto representantes de pessoas livres e iguais; e tudo isso no âmbito de uma concepção política de justiça que é, por certo, uma concepção moral.” (RAWLS, 1992, p. 42).

senso de justiça. Essa é, basicamente, a *ideia de pessoa*¹¹ formulada por Rawls e que se pretende um conceito exclusivamente político e radicalmente prático.

Baseado nesses três pressupostos - escassez moderada de recursos, fato do pluralismo e ideia de pessoa dotada de faculdades morais básicas acerca do *bem* e da *justiça* - Rawls conclui que não é possível encontrar, de início, um princípio ou um conjunto de princípios que sejam capazes de organizar estavelmente aquilo que chama de *estrutura básica da sociedade*.

Para a edificação de uma base comum de arquitetura política, diante de uma posição que, se metafísica ou epistemológica, se degradaria em uma indecidibilidade paralisante ou em um tribunal político totalizante, Rawls apresenta uma estratégia baseada na reformulação da concepção do contrato social. A ideia tradicional de um acordo originário parte da hipótese de um “estado de natureza” como momento pré-socializante, que, por sua vez, afetado pela insegurança e medo, especialmente da morte violenta, faz presumível que as pessoas ajustaram regras de convivência, como um tipo de pacto de não agressão.

Rawls, no entanto, para a justificação das desigualdades, parte da ideia de uma *posição originária*, não real, mas hipotética, reduzindo o mecanismo da generalização do medo, especialmente da morte violenta, como apresentada pelo contratualismo clássico. O fundamental aqui é destacar como Rawls extrai seu argumento da tradição filosófica, ao mesmo tempo em que a amplia e confere novo valor.

Se no caso da filosofia política moderna clássica existe uma dicotomia entre um estado pré-político em função do qual se projeta o quadro social, Rawls, ao invés e de modo genuíno, reformulando essa tradição, já que claramente metafísica, elabora a ideia de um *artifício de representação*, enquanto modelo meramente hipotético. Assim, para fins políticos práticos, essa posição original, funcionando sob a característica de um *véu de ignorância*, faz com que os partícipes políticos se afirmem reciprocamente em uma igual posição relativamente igual.

A ideia de posição originária, como mero artifício, insiste Rawls, traz junto a si a ideia de que qualquer “acordo alcançado pelas partes deve ser encarado como ao mesmo tempo hipotético e não histórico” (RAWLS, 1992, 40). O argumento é estratégico na medida em que os critérios de justificação podem ser tidos como decorrentes de um encontro entre pessoas livres e iguais, mesmo que por hipótese, de um ponto de vista mais ou menos neutro:

¹¹ Seguindo o método de esquiva ou evitação, Rawls formula uma concepção de pessoa a partir de um critério de exclusão pontual: não se trata de uma concepção fundamentada ou dependente de uma fundamentação epistemológica ou metafísica. Trata-se de uma concepção de pessoa que se pretende, teoricamente, como exclusivamente política.

(...) temos de descobrir um ponto de vista distante das características e circunstâncias do pano de fundo abrangente, e não distorcida por ele, a partir do qual um acordo equitativo entre pessoas livres e iguais possa ser estabelecido. Tal ponto de vista, que tem a característica que chamei de ‘véu da ignorância’, é a posição originária. (RAWLS, 1992, p. 40)

Justifica-se essa espécie de tensão, em busca da maior neutralidade possível, basicamente em função do problema - concreto e inafastável – da interferência que a desigualdade de poder e as idiosincrasias geram na escolha dos critérios generalizáveis de justificação.

Basicamente, a necessidade da ideia de posição originária, enquanto artifício de representação caracterizado pelo véu da ignorância, decorre da exigência - também pública - de que seja eliminado, segundo Rawls,

o poder superior de barganha que inevitavelmente emerge do pano de fundo das instituições de qualquer sociedade, como resultado de tendências cumulativas sociais, históricas e naturais. (RAWLS, 1992, p. 40)

Tal ideia de posição, pois, permite aos cidadãos um recíproco implicamento do dever de eleger seus próprios princípios de justificação política. Nisso consiste a ideia rawlsiana de cooperação social:

(...) como são determinados os termos equitativos de cooperação? Serão eles simplesmente definidos por uma agência externa, distinta das pessoas em cooperação? Serão eles, por exemplo, postos pela lei de Deus? Ou são eles termos que devem ser reconhecidos por essas pessoas como equitativos, por referência a seu conhecimento de uma ordem moral precedente e independente? Por exemplo, deve-se considerar tais termos como requerimentos da lei natural ou de um reino de valores conhecidos através da intuição racional? Ou ainda, deverão esses termos ser estabelecidos por um empreendimento comum das próprias pessoas, à luz do que elas consideram ser seu mútuo benefício? (RAWLS, 1992, p. 39)

Contudo, sabemos que acordos públicos são difíceis, ainda mais se estamos diante de um pluralismo conflitante, como pressupõe o próprio Rawls. Enquanto ajustes cotidianos pontuais podem se mostrar mais facilmente estabelecíveis, o que Rawls espera é “estender a ideia de acordo ao próprio pano de fundo” (RAWLS, 1992, p. 40), trazendo ao debate as dificuldades próprias do campo político.

DOCTRINAS MORAIS E PRINCÍPIOS DE JUSTIÇA

A partir da posição originária hipotética, pois, surge a possibilidade da enunciação de critérios ou princípios de justificação pública, que no caso de Rawls, são os seus dois

Princípios de Justiça. Neles se encontra como que sintetizado o conteúdo ou a substancialidade de sua teoria.

Ocorre, todavia, que essa possibilidade de enunciação de princípios de justificação, conferida, de saída, pelo artifício da situação originária, exige um segundo argumento. A questão da eleição dos princípios de justificação não pode ser dissociada do encontro ou sobreposição das próprias crenças ou doutrinas morais dos cidadãos, entre si e com a própria teoria de justificação que se pretende aceitável como fonte de estabilização social.

Nesse aspecto, inicialmente em *Teoria*, Rawls tratou esse problema a partir da ideia de “convicções ponderadas” (RAWLS, 2008, p. 23). Segundo, além da representação, depois reforçada sob a figura de um artifício, afirmou que é “preciso verificar se os princípios que seriam escolhidos são compatíveis com nossas convicções ponderadas acerca da justiça ou as ampliam de maneira aceitável” (RAWLS, 2008, p. 23). O argumento em torno de “convicções ponderadas” é apresentado por Rawls como forma de solucionar o problema da justificação a ser escolhida e adotada frente a dilemas sociais e ao desejo pessoal de muitos, recorrentemente atrelados ao poder político e econômico. Se em situações como de intolerância religiosa ou discriminação racial a solução parece mais fácil, quando o assunto é a divisão de riqueza e renda ou autoridade e legitimidade política, a sedimentação de uma posição relativamente consensual quase sempre é muito difícil.

Sobre a relação entre posição original e justificação, diz Rawls em *Teoria*:

Na procura da descrição mais adequada dessa situação trabalhamos em duas frentes. Começamos por descrevê-la de modo que represente condições amplamente aceitas e de preferência fracas. Verificamos, então, se essas condições têm força suficiente para produzir um conjunto significativo de princípios. Em caso negativo, procuramos outras premissas igualmente razoáveis. Em caso afirmativo, porém, e se esses princípios forem compatíveis com nossas convicções ponderadas de justiça, então até este ponto tudo vai bem. Mas é possível que haja discrepâncias. Nesse caso, temos uma escolha. Podemos modificar a caracterização da situação inicial e reformular nossos juízos atuais, pois até os juízos que consideramos pontos fixos provisórios estão sujeitos à reformulação. Com esses avanços e recuos, às vezes alterando as condições das circunstâncias contratuais, outras vezes modificando nossos juízos para que se adaptem aos princípios, suponho que acabemos por encontrar uma descrição da situação inicial que tanto expresse condições razoáveis como gere princípios que combinem com nossos juízos ponderados devidamente apurados e ajustados. Denomino esse estado de coisas equilíbrio reflexivo. (RAWLS, 2008, pp. 24/5).

Essa primeira versão do “equilíbrio reflexivo” foi objeto de fortes críticas no sentido de que pressuporia certo consenso moral prévio para a própria instauração do procedimento deliberativo de escolha dos princípios, o que lhe retiraria o caráter de generalização teórica que

reivindica. No fim, isso poderia justificar até mesmo a escolha dos princípios de justificação antes de qualquer processo, revelando o seu falseamento em termos de igualdade formal.

Também aqui, assim como na questão da ideia de posição originária caracterizada pelo véu de ignorância, Rawls sofre a acusação de apresentar um argumento abstrato, pois o teria deixado desprovido de raízes práticas.

Posteriormente, dentro do quadro de textos que compõem o *Liberalismo Político*, Rawls mesmo procurou esclarecer e reforçar como sua teoria poderia ser aplicada independentemente da filiação a quaisquer concepções morais abrangentes tomadas de moda particular.

Para isso Rawls opera uma redução teórica estratégica, primeiro transformando a “Justiça como equidade” em uma concepção particular de justiça. Desse modo, liberando-se parcialmente do quadro de subordinação a uma concepção moral específica, Rawls, num segundo momento, opera o que chamou de “uma concepção política, não metafísica” de justiça pública.

Com isso, abriu consideravelmente o âmbito de aplicação de sua concepção de justificação política, embora ele mesmo tenha reconhecido que sua teoria pertence e está colocada no interior de uma certa tradição— a das democracias constitucionais modernas – e que isso implicaria uma moralidade mais ou menos particular.

Para essa nova impostação política da ideia de “equilíbrio reflexivo” Rawls se pergunta

(...) como poderia a filosofia política descobrir uma base de acordo para resolver uma questão tão fundamental como a de estabelecer as formas institucionais mais apropriadas à liberdade e à igualdade? É provável, claro, que o máximo que pode ser feito é reduzir a margem de desacordo público. Ainda assim, mesmo convicções firmes mudam gradualmente: a tolerância religiosa é hoje aceita, e argumentos em favor das perseguições não são apresentadas abertamente; similarmente, a escravidão é rejeitada como algo inerentemente injusto, e por mais que sequelas da escravidão persistam nas práticas sociais, ninguém se dispõe a defendê-la. Nós recolhemos tais convicções consolidadas como a crença na tolerância religiosa e a recusa da escravidão e tentamos organizar as ideias e princípios básicos implícitos nessas convicções numa concepção coerente de justiça. Podemos tomar essas convicções como pontos fixos provisórios que qualquer concepção de justiça razoável para nós pode explicar. Consideramos, então, nossa própria cultura política pública, incluindo nela suas principais instituições e as tradições históricas de sua interpretação, como o fundo compartilhado de ideias e princípios básicos implicitamente reconhecidos. A esperança é de que essas ideias e princípios possam ser formulados com clareza suficiente para que sejam combinados numa concepção de justiça política que tenha afinidade com nossas convicções mais firmes. Expressamos isso dizendo que, para ser aceitável, uma concepção política da justiça deve estar de acordo com nossas convicções refletidas em todos os níveis de generalidade, com base na devida reflexão (ou ainda, devem estar de acordo com nossas convicções no que chamei de ‘equilíbrio reflexivo’). (RAWLS, 1992, p. 31/2)

Reconhecendo, pois, os limites de sua concepção de justiça, Rawls empreende uma virada teórica com a pretensão de torná-la não metafisicamente dependente. Para isso, ao mesmo tempo em que reconhece o pertencimento a certa tradição política – e também moral – realiza um descentramento da tradicional fundamentação da Filosofia política em torno de questões últimas ou derradeiras, extraindo da ideia de uma historiografia auto certificada o argumento acerca da convicção firme que se tem, aqui e agora, de quais intuições básicas possibilitam uma concepção de justiça política para uma democracia constitucional.

A partir da ideia intuitiva mais fundamental de que a sociedade justificável se projeta como um sistema de cooperação social equitativa entre pessoas livres e iguais, Rawls entretece sua teoria da justiça reformulada, de modo demiúrgico, no sentido de que a idealidade da teoria não está na criação de novas ideias ou normas, mas na modelagem do politicamente reconhecido, e que, de certo modo, pode ser redescrito e aplicado a culturas e povos semelhantes. Como consequência, evidentemente, uma tal concepção de justiça somente é possível a partir de algum consenso sedimentado na cultura política.

Esse consenso, todavia, segundo Rawls, é dado pelo que chama de *sobreposição*. Sobre a ideia de um consenso sobreposto, são dois os aspectos centrais:

O primeiro é que procuramos um consenso de doutrinas morais abrangentes razoáveis (em oposição a doutrinas desarrazoadas ou irracionais). O fato crucial não é o pluralismo como tal, mas o pluralismo razoável. O liberalismo político considera essa diversidade, como já disse antes, como resultado de longo prazo das capacidades da razão sob uma estrutura duradoura de instituições livres. (...) No que diz respeito ao segundo aspecto, sobre um consenso sobreposto (...) afirmei que, em uma democracia constitucional, devemos apresentar a concepção pública de justiça, tanto quanto possível, como independente de doutrinas religiosas, filosóficas e morais abrangentes. (RAWLS, 2002, p. 170)

Isso quer dizer que o pêndulo da relação contínua entre substancialidade e procedimentalidade varia contingencialmente, ao mesmo tempo em que reconhecemos que a procedimentalidade é produto da ideia do *bem da política* enquanto uma substancialidade específica.

CONCEPÇÃO POLÍTICA E JUSTIÇA E A PRIORIDADE APLICATIVA DOS PRINCÍPIOS

Diante dessa moldura, ousamos dizer, que assim como Rawls aplica o “princípio da tolerância à própria filosofia” (1992, p. 26), parece que precisamos aplicar o mesmo princípio, de modo semelhante, à sua própria concepção política de justiça. E dizemos isso permanecendo estritamente no interior da concepção de justiça política rawlsiana. Não temos dúvida

de que o caminho já pavimentado por Rawls é absolutamente suficiente para o fornecimento de argumentos no sentido de ampliar o caráter político de sua concepção de justiça.

Por isso, a fim de que sua imensa contribuição possa, de certo modo, ganhar força em sua abrangência política, considerando-se de modo mais coerente as circunstâncias marcadas pelo desprovimento de bens sociais mínimos por alguns cidadãos, e que caracterizam a maior relevância da questão da desigualdade em termos políticos, dizemos que a prioridade excessiva que Rawls confere ao princípio das iguais liberdades básicas, ao mesmo tempo em que secundariza duplamente o princípio da diferença, dentro do segundo princípio de justiça, quando trata das condições compensatórias de justificação política da desigualdade, pode exigir uma modulação mais aberta, de caráter hermenêutico, na aplicação dos princípios de justiça, como propostos por Rawls. Afirmamos isso a partir da própria ideia de uma concepção política de justiça, em distinção à uma concepção metafísica.

A fim de iluminar essa exigência, talvez seja importante recapitular brevemente o caminho empreendido por Rawls. O “liberalismo deontológico”, de matriz kantiana, cuidou de apresentar um tipo particular de teoria da justiça. Esse, em certa medida, foi também o ponto de partida de Rawls. Essa marca do construtivismo moral kantiano, presente reconhecidamente em *Teoria*, foi o objeto principal do que consideramos a redescritção de viés hermenêutico apresentada gradualmente por Rawls e depois reunidas no *Liberalismo Político*.

Consideramos, pois, que a fixação de regras aplicativas rígidas, seja em relação à ordem dos princípios ou à ideia de prioridade, no uso dos dois princípios de justiça, como feito por Rawls, e mantidas no *Liberalismo Político*, são uma espécie de resquício de seu pertencimento à tradição kantiana.

Assim, pensamos que, do mesmo modo como ele reduziu a “Justiça como Equidade” a uma concepção particular de justiça, poderemos, mantendo-nos no interior de sua teoria, reduzir as regras de ordenação e de priorização dos princípios, como formuladas por Rawls, como sendo apenas uma concepção hermenêutica particular.

Para justificar essa redução, nos limites deste artigo, pressupomos a justificação da própria ideia de posição originária nos moldes formulados por Rawls. Dessa posição de escolha livre e igualitária, em termos políticos práticos, então, emergem os seus dois princípios de justiça como produto da eleição dos melhores critérios para o funcionamento prático de uma sociedade democrática baseada na cooperação entre pessoas que se reconhecem reciprocamente como livres e iguais.

A escolha desses princípios de justificação, e não de outros, segundo Rawls, decorreria do recolhimento historiográfico das ideias intuitivas básicas, tanto relativas ao pano de

fundo social, quanto às instituições públicas e à concepção de cidadão, sendo esse processo iluminado por um “equilíbrio reflexivo”.

Já o substrato dessa reflexividade calibrada por fins políticos, simbolizada nas ideias intuitivas básicas do senso de justiça e da concepção do bem, é um tipo de produto cuja motivação se dá pelo que chamou de um consenso sobreposto. Com esse conceito Rawls opera a troca da ideia de uma tolerância silenciosa ou marginalizadora, consideradas as doutrinas morais abrangentes, e elege uma tolerância que podemos chamar de arriscada dialogicamente, e que passa a desempenhar a função de um fio potencialmente unificador da moralidade de fundo, enquanto elemento necessário à sustentação de sua teoria, e que, no fim, ao mesmo tempo, *pode* conferir estabilidade à aplicação de sua teoria política de justificação democrática.

Temos pois, a partir disso, que o problema da eleição dos princípios de justiça, dada a questão do confronto entre diversos princípios razoáveis possíveis, escolhidos por diferentes grupos, povos ou culturas, é resolvido por Rawls com o descentramento da cultura liberal moderna e sua provável base de sustentação moral abrangente, com a conseqüente abertura acentuada do fato do pluralismo contemporâneo.

Para os propósitos deste artigo, partiremos da formulação dos princípios de justiça como feita por Rawls, procurando identificar a força de seus argumentos, assim como eventuais inconsistências, indicando saídas que permitam o desenvolvimento de tão valiosa contribuição para a Filosofia política.

Os princípios de justiça rawlsiano funcionam em articulação como moduladores do esquema em torno de uma estrutura social básica ligada às instituições de representação de uma sociedade democrática entendida como um sistema de cooperação e benefício mútuo entre pessoas livres e iguais.

Tomados os princípios propriamente, enquanto o primeiro se refere à garantia das iguais liberdades políticas dos cidadãos, o segundo princípio tratará da justificação da desigualdade sob duas condições regulativas: a primeira, sob a ideia de igual abertura de oportunidades para todos; a segunda condição cuida do tratamento mais benéfico aos menos favorecidos da sociedade, o chamado princípio da diferença. Os dois princípios de justiça aqui serão apresentados de modo comparado, considerando-se a primeira formulação, em *Teoria*, e sua reformulação apresentada em *Justiça como Equidade, uma concepção política, não metafísica*.

Antes, porém, de apresentarmos os dois princípios de justiça, devemos ter em mente que a concepção de justiça em Rawls, estando dentro de um campo da justificação das desigualdades, parte da ideia de que *bens primários* devem ser igualmente distribuídos, salvo se as desigualdades beneficiarem os mais enfraquecidos ou estejam vinculadas a cargos e

posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades. A aplicação dos princípios de justiça, por sua vez, remete à operacionalidade prática que é conferida à estrutura básica da sociedade, de maneira que se garanta certa união ou coesão social, por meio de representações institucionais.

Sob esses pressupostos Rawls articulou os seus dois princípios de justiça¹², a saber, primeiro em *Teoria*, nestes termos:

Primeiro princípio

Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para todos.

Segundo princípio

As desigualdades sociais e econômicas devem ser dispostas de modo a que tanto:

- (a) se estabeleçam para o máximo benefício possível dos menos favorecidos que seja compatível com as restrições do princípio de poupança justa, como
- (b) estejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades. (RAWLS 2008, p. 376).

Já em sua concepção política de justiça, os dois princípios foram reformulados nestes termos:

1. Cada pessoa tem direito igual a um esquema plenamente adequado de direitos e liberdades básicas iguais, sendo esse esquema compatível com um esquema similar para todos.
2. As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, elas devem estar ligadas a cargos e posições abertos a todos em condições de justa igualdade de oportunidade; segundo, elas devem beneficiar majormente os membros menos favorecidos da sociedade¹³. (RAWLS 1992, p. 30)

¹² Acoplados a esses princípios, Rawls ainda formulou o que chamou de *regras de prioridade*. Para a primeira versão (1971) essas regras ficaram assim definidas: “*Primeira regra de prioridade (a prioridade da liberdade)*. Os princípios de justificação devem ser dispostos em ordem lexical e, portanto, só se podem restringir as liberdades básicas em nome da própria liberdade. Existem dois casos: (a) uma liberdade menos extensa deve fortalecer o sistema total de liberdades partilhado por todos; (b) uma liberdade desigual deve ser aceitável para aqueles que têm menor liberdade. *Segunda regra de prioridade (a prioridade da justiça sobre a eficiência e o bem-estar)*. O segundo princípio de justiça precede lexicalmente o princípio de eficiência e o princípio da maximização da soma de vantagens; e a igualdade equitativa de oportunidades precede o princípio de diferença. Há dois casos: (a) a desigualdade de oportunidades deve aumentar as oportunidades daqueles que têm menos oportunidades; (b) uma taxa elevada de poupança deve, pesando-se tudo, mitigar o ônus daqueles que carregam esse fardo (2008, p. 376)”. Na segunda versão (1985), as regras de prioridade restaram assim estabelecidas: “Cada um desses princípios aplica-se a uma parte diferente da estrutura básica; ambos dizem respeito não somente aos direitos, liberdades e oportunidades básicos, mas também às demandas de igualdade; a segunda parte do segundo princípio subscreve o valor (*worth*) dessas garantias institucionais. Em conjunto, e se se dá prioridade ao primeiro, eles regulam as instituições básicas que realizam esses valores. Esses detalhes, contudo, embora importantes, não nos interessam aqui”. (1992, p. 30) (grifos nossos)

¹³ Aqui termina o segundo princípio, iniciando-se a apresentação das regras de prioridade estabelecidas por Rawls. Porém, o editor ou mesmo o tradutor, incluiu no mesmo parágrafo o segundo princípio e as

Comparadas as formulações, duas mudanças são identificáveis. A primeira no interior do princípio das iguais liberdades, alterando-se a expressão “o sistema total mais extenso”, utilizado em *Teoria*, por “um esquema plenamente adequado”. Já a segunda mudança, contida no segundo princípio, está na inversão da ordem lexical das condições regulativas de justificação das desigualdades. Ocorre que, enquanto a alteração do primeiro princípio é claramente reconhecida por Rawls, em relação ao segundo princípio ele não reconhece qualquer mudança, ressaltando que, em relação a *Teoria*,

[...] exceto no que se refere a uma importante alteração nos termos em que se expressa o primeiro princípio de justiça, a formulação dos dois princípios de justiça permanece inalterada, assim como a primazia do primeiro sobre o segundo. (RAWLS, 2011, p. 344)

Essa mesma inversão foi percebida como significativa por Julio Pinheiro Faro e Fabiano Lepre Marques no artigo *O princípio da dignidade da pessoa humana: um conceito a partir da teoria da justiça como equidade de John Rawls*¹⁴:

No decorrer de suas revisões sobre sua teoria da justiça como equidade, Rawls reformulou os princípios. No primeiro houve a “substituição da expressão o mais extenso e abrangente sistema por um esquema completo e adequado”; quanto ao segundo princípio, além da inversão entre as condições, em relação à teoria original, as demais revisões feitas são “meramente estilísticas”.

A mudança injustificada da ordem lexical das condicionantes de aplicação do segundo princípio de justiça nos servirá como ponto de partida para aquilo que chamamos de redução das regras de ordenação e de priorização dos princípios, como formuladas por Rawls, como sendo apenas uma concepção particular.

Essa distinção entre as formulações dos princípios de justiça, ademais, se mostra relevante se tomada como sintoma de um resquício do construtivismo kantiano, presente notadamente na ideia de ordem lexical e nas regras de priorização como propostas Rawls, ainda que sob o argumento de um construtivismo político.

Para tanto, partiremos do pressuposto reconhecido pelo próprio Rawls de que a ordem lexical na disposição dos dois princípios de justiça define a ordem de preferência aplicativa ou, em outros termos, uma ordem de valor interpretativo.

regras de prioridade, unificando-as, o que não corresponde ao texto original em “Justice as Fairness: PoliticalnotMetaphysical”, “Philosophy&PublicAffairs”, Vol. 14, n.º. 3 (Summer, 1985), pp. 223-251, <http://www.jstor.org/stable/2265349>, 06/08/2011.

¹⁴ In www.derechocambiosocial.com/revista036, extraído em 29.01.2015.

Ainda que a inversão de ordem lexical que indicaremos seja não entre os princípios em si, mas entre as condicionantes internas ao segundo princípio, Rawls não apresenta qualquer exceção para a própria ideia de valor rigoroso na ordem lexical, levando à conclusão que se trata de um pressuposto geral para sua concepção de justiça. Essa falta de justificação, salvo a afirmação genérica de que de não houve mudança, se mostra insuficiente diante da alteração do próprio quadro de exposição dos princípios de justiça vistos sob o aspecto de um todo relacionado. Tal mudança de ordem, ainda que possa ser considerada relativamente ambígua, se observados os critérios de aplicação que seguem as respectivas formulações, não pode ser tida como meramente estilística, pois, como já dito, o próprio Rawls considera relevante a sua disposição lexical¹⁵.

A questão, todavia, parece ser ainda mais aguda quando se toma a teoria rawlsiana, já reformulada em termos de liberalismo político, para se justificar sua organicidade em torno da ideia de um todo coerente e apenas dependente de uma construção política, não metafísica. Talvez, essa é nossa avaliação, as mudanças de base empreendidas por Rawls em relação ao fato do pluralismo razoável e da prioridade do justo sobre a ideia do bem também deveriam tê-lo motivado a considerar melhor a questão hermenêutica na formulação e aplicação dos princípios de justiça. Dizemos isso a partir da ideia de conferir aos princípios, e à própria teoria, um caráter ainda mais político.

De acordo com os princípios de justiça, como formulados e interpretados por Rawls no *Liberalismo Político*, permaneceu inalterada a posição secundária que se deve conferir ao princípio de justificação das desigualdades, devendo ser este mantido categoricamente subordinado ao princípio das iguais liberdades básicas.

Porém, no bojo do princípio da justificação das desigualdades houve uma alteração da ordem serial das condicionantes. No *Liberalismo Político* o princípio da diferença é subordinado ao princípio da igualdade de oportunidades. Não obstante a apontada mudança de precedência lexical, a ideia matriz de *Teoria*, segundo o próprio Rawls, permaneceu substancialmente mantida em sua nova concepção, só que agora entonada politicamente:

Todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais do auto-respeito – devem ser distribuídos de forma igual, a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores seja vantajosa para todos (RAWLS 2008, p. 75).

¹⁵ Isso porque na segunda regra de prioridade, afeta à justiça, Rawls afirma em sua Teoria que “a igualdade equitativa de oportunidades precede o princípio de diferença”, embora na formulação do segundo princípio disponha de modo organicamente oposto, afirmando primeiro a posição do princípio da diferença em relação à formal igualdade equitativa de oportunidades. Portanto, mesmo que seja uma inversão modulativa, a própria equitatividade de algum modo restou alterada.

No entanto, dentro de um contexto mais amplo, considerada a questão da estabilidade do modelo político de justificação proposto, o problema da igualdade atrelada a vantagens pode se mostrar insuficiente quando apenas ligado prioritariamente à ideia excessivamente formal de iguais liberdades fundamentais. Ainda que projetada como vantagem para todos e sob o método de esquiwa à ideia de uma justificação puramente formal, é preciso apontar como se dão os termos da relação entre os bens sociais escassos disponíveis e a aceitação das regras de distribuição desses mesmos bens pela comunidade política.

A estratégia rawlsiana de tratar o problema sob a ideia de vantagens ligadas a valores libertários mais formais do que substanciais, sem mostrar como se realiza tal distinção, parece não resolver o problema de modo suficiente, salvo se essas regras de prioridade foram tomadas como uma concepção hermenêutica particular.

Quando falamos em vantagens, necessariamente estamos vinculados à ideia de bens fundamentais, ainda que uma lista hipotética de ambos possa variar historicamente. Nesse sentido, a questão da satisfação das necessidades básicas dos cidadãos ganha relevância fundamental.

Por consequência, a ordem de formulação e as regras de aplicação dos princípios de justificação política tornam-se questões relevantes, considerada a justificação da lista de bens sociais primários, assim como a prioridade interna nesse rol, tendo em vista a justificação das desigualdades. O fato é que algumas desigualdades de base se mostram incompatíveis com a ideia abstrata de iguais liberdades.

Ainda sobre esse quadro que se pode considerar contraditório, observadas as regras hermenêuticas rigidamente impostadas, temos que, se o *valor* do esquema básico é dado pela segunda condição (ou princípio da diferença), instalado no secundário princípio de desigualdade, como exigir da estrutura básica da sociedade a própria dinamização dessa condição em vista da aplicação (valorizada) dos princípios? Parece evidente que uma teoria política assim exposta pode ser acusada de performaticamente contraditória.

Acontece, portanto, que a própria posição do princípio da diferença *deve poder* ser imposta *equitativamente* no esquema, num viés de necessidade de avaliação política do que seja prioritário. Se antes essa prioridade era relativa apenas ao princípio das iguais liberdades fundamentais, agora, para que se tenha um modelo mais estável, será preciso cuidar de modo mais circunstancial da questão da justificação das desigualdades.

É politicamente insuficiente a priorização fechada da ideia de iguais liberdades, enquanto primeiro princípio de justiça, se a base dessa preferência conceitual está desacoplada de justificação substancial de certas desigualdades. Ainda que o primeiro princípio esteja

acompanhado da regulação avaliativa conferida pelo segundo princípio de justiça, afeto às desigualdades, é imprescindível que fique claro que apenas com uma efetiva proteção pública de uma igualdade mínima, considerada em termos de posse de bens básicos ligados à satisfação de necessidades fundamentais e por todos os membros da sociedade, é que se pode sustentar a própria ideia de prioridade da liberdade, e ainda mais a ideia de uma sociedade democrática como a união de pessoas livres e iguais em benefício mútuo.

Sem o implemento dessa condição, a prioridade das liberdades fundamentais perde força pública, dada a contradição verificável de plano, uma vez que o próprio exercício dessas liberdades se encontra bloqueado para alguns. Rawls mesmo afirma que

como seria de esperar, alguns aspectos importantes dos dois princípios são deixados de lado na formulação sucinta apresentada. Em particular, o primeiro princípio, que trata dos direitos e liberdade fundamentais, pode sem muitos problemas ser precedido de um princípio lexicamente anterior que prescreva a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos, ao menos na medida em que satisfazê-las seja necessário para que eles entendam e tenham condições de exercer esses direitos e liberdades de forma efetiva. Não há dúvida de que algum princípio desse tipo tem de estar pressuposto na aplicação do primeiro princípio. Mas aqui não vou me estender sobre essas e outras questões. (RAWLS, 2011, p. 8)

Diante de uma afirmação tão forte acerca de um princípio necessário, todavia, não explicitado, podemos tranquilamente colocar que Rawls nos deixou uma lacuna, sobre a qual esperamos ter lançado algumas luzes¹⁶.

Para que o esquema seja mais valorizado, portanto, partimos da ideia de que a avaliação das diferenças possa ser igualmente prioritária para uma concepção de justiça num modelo de democracia de fato. Isso porque, se o que subscreve o valor das garantias institucionais é o princípio da diferença, como afirma Rawls, o mesmo princípio deve poder ser elevado à condição de critério de avaliação do próprio sistema, sob pena de as regras de prioridade serem impostadas metafisicamente.

O que destacamos é que, na avaliação da prioridade entre os princípios de justiça, não se trata simplesmente de criar uma polarização, inclusive entre as condições regulativas in-

¹⁶ O mesmo problema foi identificado no artigo “A ideia de um ‘mínimo existencial’ de J. Rawls do Prof. Thadeu Weber da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul: “A formulação, e principalmente as reformulações, dos princípios de justiça de John Rawls, tendo em vista uma sociedade cooperativa e ‘bem-ordenada’, dão conta de sua preocupação com a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos para o exercício dos direitos e liberdades fundamentais básicos. O autor refere explicitamente um aspecto ignorado na formulação do primeiro princípio de justiça, o que trata dos direitos e liberdades fundamentais. Ele afirma, no início do *liberalismo Político*, poder esse princípio “ser precedido de um princípio lexicamente anterior, que prescreva a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos, ao menos à medida que a satisfação dessas necessidades seja necessária para que os cidadãos entendam e tenham condições de exercer de forma fecunda esses direitos e liberdades”. Existem, portanto, condições prévias para o exercício dos direitos fundamentais”.

ternas ao princípio da desigualdade, fixando o princípio da diferença como prioritário ao da eficiência. Caso fosse assim, entendemos que o problema permaneceria, ainda que sob face diversa. O que se propõe é o destrancamento da priorização, elevando o problema mesmo da prioridade à categoria de uma possível concepção política, não metafísica.

REFERÊNCIAS

LOCKE, John. Segundo Tratado do Governo: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil. Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1ª edição: Coimbra, 2007.

RAWLS, John. Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica (*Justice as fairness: political not metaphysical. Philosophy and Public Affairs*, vol. 14, 3, 1985). Lua Nova: Revista de Cultura e Política nº 25 - São Paulo: Abril de 1992.

_____. **Uma teoria da justiça**. Trad. Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **O Liberalismo Político**: Edição ampliada. Traduzido por Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

CIDADANIA, INTERCULTURALIDADE E DIREITOS HUMANOS

DIRCE NAZARÉ DE A. FERREIRA¹

RESUMO

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica qualitativa trazendo os conceitos de Direitos Humanos a partir da visão jusnaturalista que os considera universalizantes e portanto inflexíveis. Demonstra também que o jusracionalismo foi outra posição que, na racionalidade, positivou os conceitos e detergiu ideias como cultura e singularidade. Ressalta que, o conceito de Direitos Humanos é via polivalente, sendo desejável que sua construção se dê com suporte da alteridade e diálogo. Destaca a hermenêutica diatópica como linhagem intelectual para entender o fator intercultural.

Palavras chaves: Cidadania. Interculturalidade. Direitos humanos.

INTRODUÇÃO

Entendendo que os Direitos Humanos surgem da imbricação de várias fontes, dentre elas as filosóficas, teológicas e religiosas, é importante destacar seu papel como um vetor da mais alta relevância para a Ciência do Direito.

Bem verdade que, muito se tem pesquisado sobre os Direitos Humanos e seu matiz jurídico e certas vezes, interdisciplinar envolvendo outras ciências. Ocorre que, ao pesquisar sobre a referida temática, há uma certa lacuna quando se tenta mergulhar nos direitos humanos enquanto fator intercultural.

Neste ensaio, procuramos ressaltar os direitos humanos enquanto matéria inerente à pessoa, tendo portanto uma heteronomia universal, mas também desejamos enfatizar que, junto aos direitos mais elementares do cidadão, há certamente, uma esfera cultural que lhe é própria, formando sua identidade e singularidade. Este fator é a cultura, esfera que mergulha a pessoa em um conjunto de tradições e *modus vivendi* que lhe é própria e que a pormenoriza, concedendo a ela peculiaridades que a identificam. Logo, essa singularidade está em antagonismo à ideia de universalidade, padronização e onipresença.

Isto por que, cultura é um conjunto de signos, tradições e valores diferenciados de uma sociedade para outra, que por isso mesmo, clama por respeito, reconhecimento e alteridade. Decerto que, a construção do conceito de direitos humanos, perpassa pela reverência com as culturas de outros *locus*, e para além dessa relação obsequiosa, há que ser construída uma

¹ Doutoranda em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória. Professora da Universidade Federal do Espírito Santo.

tessitura que leve em consideração um diálogo entre essas identidades. Trata-se portanto, da perspectiva dos Direitos Humanos, construídos pela teia da interculturalidade, para enfim evidenciar o conceito de cidadania, enquanto substantivo ímpar.

Diante disso, este ensaio tem os seguintes objetivos:

1. destacar a construção dos direitos humanos na visão jusnaturalista;
2. ressaltar os direitos humanos como construto intercultural
3. discorrer sobre os direitos humanos como produto da hermenêutica dialogical e diatópica.

Trata-se portanto, de uma breve pesquisa bibliográfica qualitativa, que procura dialogar entre alguns importantes autores para enfim, formar um conceito dialogado entre eles. Dividimos o ensaio em três momentos: no primeiro, trazemos rápidas impressões sobre o jusnaturalismo, para em seguida trabalhar a interculturalidade e enfim, concluímos com os direitos humanos como hermenêutica dialogical e diatópica.

A TEORIA JUSNATURALISTA E A VISÃO DO DIREITOS HUMANOS COMO DADOS INATOS

Desde o pensamento aristotélico se tem a percepção de que, há leis universais regendo heteronomamente a vida das pessoas, de maneira que, determinados princípios superiores às leis, são verdades irrenunciáveis e intemporais, portanto universalmente aplicados, se transformando quase que, em dogma jurídico.

É bom ressaltar, por exemplo, a construção a quadrilógica de São Tomás de Aquino, para o qual a Lei Eterna é a razão de tudo, pois dirige os movimentos do universo; a Lei Natural possibilita ao homem distinguir o bem e o mal, sendo portanto, invariável; A Lei Divina é aquela revelada por Deus nas sagradas escrituras; e por fim, a Lei Humana é ato de vontade do governo temporal. Todavia, esta deveria, na visão do autor, observar a Lei Eterna e a Divina.

É importante destacar que, a ideia do Direito Natural ou Jusnaturalismo povoou correntes jusfilosóficas do século XVI, influenciando autores tais como Hugo Grotius, Spinoza, Puffendorf, Rousseau, Locke e Kant. Isto por que, o direito natural desenvolveu com propriedade a ideia universalizante do Direito que transcende as leis particulares de um determinado Estado soberano. Aqui, há uma forte ideia de direito difuso, sendo portanto, um elemento imutável e por conseguinte, inflexível, disseminado nas sociedades com uma generalização imprecisa, que a tudo abarca.

Eis que, esse conceito também se aproxima da moral, não sem antes ressaltar que a justiça é elemento primevo, concernente com a noção de que o acesso aos Direitos Naturais

se concede por intermédio da razão, intuição e revelação. Daí a noção de que, seus primados são dados, no sentido de ofertar. Com isso, se expurga a ideia de positivação formal ou convencionamento, como escrito no Direito Objetivo.

Ocorre que, sendo um sistema de valores constantes e universais, essa ideia difusa de direitos, acabou por eleger-se como uma pauta racional, padronizada, que de certa forma, furtava-se a observar o ser do direito no aspecto ontológico, suas especificidades e características culturais identitárias.

No outro extremo, o jusracionalismo enquanto fruto da razão, fez indelével separação entre Direito e Moral, assumindo então, um papel técnico-instrumental de gestão da sociedade. A partir das codificações racionais, observamos a imperatividade na gestão social expressa em verbos injuntivos tais como: permitir, proibir, comandar.

Decerto que, essa transformação em logicidade concede à filosofia do direito uma regulação, estabelecendo sistematizações com previsibilidade, no sentido de alcançar a razão e portanto, primar pela civilidade da sociedade. Principalmente para evitar convulsões em seu seio.

Não se pode olvidar também, que a instrumentalização do direito é tensionamento que vislumbra dominação, e que muitas vezes pelo projeto racional mais ortodoxo, afastou inclusive, da pauta racional, a justiça. A exemplo do princípio *dura lex sede lex*, houve, decerto uma desvinculação com o conceito de justo e em seu vácuo foi preenchido o cientificismo e estatismo como formas de moldagem convertendo o direito em instrumento de pacificação social racional. Krohling (2001, p.2), sobre esse aspecto, destaca que,

De fato, muitas vezes o Ocidente usou a tese da tutela e da proteção dos Direitos Humanos e do Direito Internacional, como um monólogo potencialmente opressivo, ignorando os outros povos e as grandes diferenças culturais existente no atual Mapa Mundi. Este é o primeiro extremo que impõe o “univeralismo” da visão ocidental, como premissa, no debate sobre a proteção e tutela dos direitos humanos.

Ocorre que, consideramos essa dicotomia entre jusnaturalismo e jusracionalismo como uma pauta menos inteligente, pois, ela preconiza uma clivagem entre dois importantes institutos, que já de imediato, ressaltamos, não são excludentes. Daí que, lutamos por um novo paradigma que considere os Direitos Humanos como categoria superlativa, consagrando que, eles são valores fundamentais à vida, dignidade e bem estar. Mas também consideramos que, essa pauta é de tamanha amplitude que precisa ser concomitantemente reconhecida e protegida pela ordem jurídica de cada esfera estatal. Logo, para seu acolhimento e arrimo, cremos que, haverão de ser os Direitos Humanos, também, positivados nas Cartas Constitucionais, observados os elementos culturais.

Entendendo a cultura como um sistema coletivo de sentidos, signos, valores e práticas sociais, destacamos que, esses processos sócio-políticos, são criados historicamente por grupos para estruturar suas identidades coletivas, como referência vital do seu dia a dia, nas relações entre si e com outros grupos.

E por considerar cada direito estatal autônomo para regular suas certezas, aqui haverá de ser concedido um olhar cultural de alteridade, de forma que, se crie uma pauta universal, mas que seja observado também, a tessitura cultural em que cada um destes Estados está imerso. Trata-se, portanto, de vislumbrar os Direitos Humanos como frutos interculturais.

INTERCULTURALIDADE E DIREITOS HUMANOS

Diferente da esfera determinista preconizada pelo movimento racional, a sociedade - e por conseguinte a ciência jurídica, são desafiadas por fenômenos diferenciados que demandam respostas heterogêneas àquelas escritas nos códigos. A palavra complexidade liga-se ao elemento de transformação indefinida, gerando novos contornos à ciência jurídica.

Moigne (1999, p.50) nesse aspecto, ensina que aconteceram “alguns deslocamentos explícitos dos referências epistemológicos” que davam suportes à ciência racional. Inicia-se assim, novo giro paradigmático na ciência desafiando-a a pensar novas perspectivas. Candau (2008, p.48) destaca que a reconceitualização perpassa por algumas premissas, dentre elas:

[...] a superação do debate entre universalismo e relativismo cultural [...] a sensibilidade para descobrir cada em cada universo sociocultural, a ideia de dignidade humana traduzida em direitos humanos, e por fim [...] a ideia de que nenhuma cultura é monolítica.

Essa reconfiguração gera desafios à ciência jurídica, de maneira que, a metáfora anterior codificada e piramidal representado por uma figura entrecortada por camadas hierárquicas escalonadas parece ter sido substituída pela figura circular, representando o interculturalismo, e por conseguinte a expansão dos diálogos. Essa ideia remete ao movimento em rede, abrangendo tempo e espaços simultâneos, embora multilocalizados, e que apresenta problemas plurais, cujas colorações recebem matizes diferenciados a partir do meio social onde emergem.

Candau (2008, p.49) ressalta à polissemia dos termos intercultural e multicultural, estes trazem em seu bojo adjetivações tais como “[...] liberal, celebratório, crítico, emancipador, e revolucionário”. Portanto, continua a autora, o multiculturalismo é aberto e interativo, acentuando a interculturalidade como a construção de sociedades democráticas e inclusivas, “[...] que articulem políticas de igualdade e diversidade” (CANDAUI, 2008, p.51).

A velocidade com que as redes de informações se deslocam no universo gera problemas multifacetados que exigem pensamento neural e inteligência múltipla para facear desafios. Vive-se a era da complexidade, um tempo de incertezas que na verdade, abriga a ciência jurídica como produto de ações cognitivas e requer intelecções complexas para lidar com desafiantes conceitos abstratos, e que às vezes tem eclosão em várias partes simultâneas do globo terrestre, exigindo respostas diferenciadas. Desta forma, não é adequado à ciência jurídica responder a essas demandas atuais complexas, com as respostas simplistas postas em códigos outrora escritos.

Portanto, ocorreu um deslocamento paradigmático nas ciências jurídicas, escrevendo a perplexidade na academia. Moigne (1999, p.54) ressalta que “essa passagem [...] do analítico ao geno-funcional [...]” é a revolução paradigmática que irá legitimar os enunciados dos Direitos Humanos tornando-os mais porosos, mais culturais. Candau (2008, p.51), em acordo com o autor ressalta que “[...] a consciência dos mecanismos de poder que permeiam as relações culturais é outra perspectiva desse deslocamento paradigmático”.

Merece especial menção, a ideia de Candau (2008), para quem as relações culturais são construídas na história, atravessadas por conexões de poder marcadas certas vezes pela hierarquização e discriminação. Daí o papel dos direitos humanos como construtores de relações mais horizontalizadas de cidadania, e principalmente como medianeiro no palco das tensões e conflitos da sociedade, sendo que “[...] a perspectiva intercultural é complexa e admite diferentes configurações em cada realidade, sem com isso, reduzir um pólo ao outro” (CANDAU, 2008, p.51).

Assim, é possível afirmar que, há um novo paradigma nos direitos humanos sendo exercitado pelo multiculturalismo crítico, principalmente sobre os conceitos de Peter McLaren (1997), para quem a interculturalidade representa uma agenda crítica de resistência e afirmação que transforma a sociedade. Assim, representações como raça, gênero, classe são vislumbradas pelo autor como produto de lutas sociais e construções históricas conflitivas.

Desta forma, o modelo neural da rede de interações da era complexa, abraça os direitos humanos, fazendo dele um conceito polissêmico, pronto a amalgamar-se a outras áreas. Santos (2002, p. 2) sobre essa transformação ressalta que “estamos perante um fenômeno multifacetado com dimensões [...] interligadas de modo complexo. Por esta razão, as explicações monocausais e as interpretações monolíticas parecem pouco adequadas a este fenômeno”. A luta pelos direitos humanos ensina Candau (2008, p.52) “[...] supõe o exercício ao diálogo intercultural, que por sua vez exige o exercício da hermenêutica diatópica”.

Partindo dessa afirmativa, a realidade se mostra como uma perspectiva aberta em relação dual com o meio ambiente social, estabelecendo influências multilocalizadas, absor-

vendo impactos e devolvendo-os sob forma de transformações em movimentos constantes, daí a necessidade do campo jurídico envolver-se com a riqueza da diversidade epistemológica das outras áreas.

Não é lícito, portanto, à ciência jurídica, negligenciar os impactos da sociedade intercultural, daí que é imperativo se abrir a outras práticas, e outras culturas em verdadeiras redes. Morin (2000 p, 4) destaca que “[...] uma das idéias mais importantes que parece ter surgido nos últimos 50 anos foi a da circularidade”.

Neste aspecto, a teoria complexa também rompe com os teoremas lineares de causalidade, instituindo a visão de retroatividade no círculo entre culturas, uma vez que enquanto ciclo de eventos não verticalizados, os direitos humanos, são porosos ao meio ambiente e se auto implicam, embora aparentemente se mostrem autônomos. Morin (2000, p.4) ensina que “esta autonomia, provocada pela regulação (circularidade retroativa), é ela própria produzida por uma circularidade mais intensa, chamada circularidade autoprodutiva”. Candau (1997) destaca que é necessário reinventar, tornar a ciência mais interculturalmente dialógica e como tal destaca que,

[...] o primeiro passo está relacionado à necessidade de desconstrução, penetrar no universo de preconceitos difusos, fluidos; [...] o segundo passo é fazer a articulação entre igualdade e diferença no nível das políticas educativas, [...] o terceiro núcleo vincula-se ao resgate das identidades culturais e [...] por fim, promover a experiência da interação com os outros (CANDAUI, 2008, p.53).

Assim, a visão intercultural contida na teoria da complexidade reflete, principalmente, o atributo de promover o reconhecimento do outro e o diálogo com os diferentes grupos socioculturais. Portanto, a teoria da complexidade se opõe à visão atomista de entendimento parcelado defendida com tanta veemência pelo paradigma racional que, de certo isola, ao invés de congregar. Morin (2000, p.3) assevera que,

[...] não podemos, portanto, compreender o ser humano apenas através dos elementos que o constituem. Se observarmos uma sociedade, verificaremos que nela há interações entre os indivíduos. Mas essas interações formam um conjunto e a sociedade, como tal, é possuidora de uma língua e de uma cultura que transmite aos indivíduos; essas emergências sociais permitem o desenvolvimento destes.

Diante da visão do autor, se pode perceber que, a ideia dos direitos humanos racionalizados, está em contraposição ao enfrentamento de práticas sociais complexas, que não raro, demandam posturas críticas conhecedores de outras culturas. Isto por que o olhar parcelado, fracionado, tanto quanto a cultura isolada, abstraem do homem a capacidade de estabelecer conexões com o conjunto tornando seu entendimento focado na parte.

A focagem na parcela conquanto possibilite conhecimentos mais aprofundados, preconiza alienação à medida que o desconhecimento do todo pode impedir os sujeitos de elaborar conexões generalistas de entendimento acerca dos fenômenos. Uma educação para a negociação cultural, diz Candau (2008, p.54) “[...] está orientada para a construção de uma sociedade plural, humana, que articule políticas de identidade”.

Perceba o leitor que, a ideia dos direitos humanos enquanto separação cultural em fragmentos também fraciona o saber em espaços herméticos e que no mais das vezes ali se encerram. Diz-se que o conhecimento insular se fragmenta gerando fronteiras calcificadas, operando-se outro fenômeno mais agudizante – a tendência a auto replicação – isto pode ocorrer por que as ilhas de saber no geral dialogam somente com seus iguais. Então na cultura isolada perde-se a riqueza da diferenciação e o tônus criativo tende a se esmaecer, permanecendo somente a replicação ou reprodução de fazeres.

DIREITOS HUMANOS COMO PRODUTOS DE ALTERIDADE E DIALOGICIDADE DIATÓPICAS

Entendendo que, relacionar-se com o Outro é compreender sua vida, expressa de forma culturalmente, ressaltamos também que, essa vida, é um fenômeno do mundo-vivido (*lebenswelt*) e acontece no plano histórico. Portanto, só compreendemos quando aceitamos a historicidade e alteridade como ela se encontra na outra cultura ou nos outros sujeitos, sempre considerando sua dignidade. Esta, segundo Walter Schweidler (2001, p. 11)

[...] é relacional e não uma propriedade. [Sendo] a dignidade uma condição, um estado, e não um merecimento, ela [a dignidade humana] é apenas percebida como dever e não como um privilégio. A dignidade humana pertence, portanto, ao projeto inacabado de nos tornarmos verdadeiramente Humanos, de forma que a sua tarefa (*Aufgabe*) seja ao mesmo tempo, uma demanda (*Forderung*) e uma realização (*Erfuellung*).

Portanto, relacionar-se com o Outro é compreender sua vida, manifestada nos signos, valores e crenças construídos na tessitura cultural. Esta perspectiva de alteridade, implica reconhecer e respeitar a dignidade da pessoa humana em todos os aspectos e com todos os outros povos e foi descrita por Raimond Panikkar por um termo que ele denomina de “Metodologia cosmoteândrica”.

O autor propõe como isso, uma ideia de repensar as representações com o mundo, levando em consideração tanto o fator cósmico (*kósmos*=*cosmicidade*), quanto o teológico-divino (*Theós*= transcendência), sendo que esses dois coeficientes anteriormente citados, consideram também o ser humano (*andrós*= antropocentrismo). Ressaltamos, portanto que,

na visão de Panikkar esse tríduo está interligado, tendo em sua base o Direitos das pessoas, como um suporte para amalgamar o diálogo intercultural.

Além disso, Raimon Panikkar (*apud* BALDI, 2004, pag.208-209) julga importante, também, o uso da metodologia de pesquisa que ele chamará de “hermenêutica diatópica”. (dia= através+ topos= lugar), que ele define como: “[...] Uma reflexão temática sobre o fato de que os “*loci*”(topoi) de culturas historicamente não relacionadas tornam problemática a compreensão de uma tradição com as ferramentas de outra e as tentativas hermenêuticas de preencher essas lacunas”.

Isto por que, para ele somente haverá diálogo intercultural, se o primeiro interlocutor colocar com clareza, o “*topos*” da sua cultura para compreender os construtos da outra cultura. Portanto, nesta interlocução, haveria troca dialética de cosmovisões culturais e experiências históricas diferentes.

Um exemplo de hermenêutica diatópica é aquela que, pode ter lugar entre o *topos* dos direitos humanos na cultura ocidental, o *topos* do dharma na cultura hindu e o *topos* da *umma* na cultura islâmica. Segundo Panikkar, dharma “é o que sustenta, dá coesão e, portanto, força, a uma dada coisa, à realidade e, em última instância, à perspectiva cosmoteândrica”.

Neste aspecto, julgamos que, o vetor que dá conexão entre esses elementos tão diferenciados no paradigma moderno, é a justiça, uma vez que, ela concede coesão às relações humanas, une-se à ética para formar o caráter das pessoas e é a morada do ser. E ainda, o Direito é visto por nós, como o princípio do compromisso nas relações humanas. Portanto, direitos humanos na perspectiva diatópica, são interconectados com a cultura, com os valores e a dinamicidade de cada *locus* onde é exercido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do que foi visto, podemos ressaltar que, os Direitos Humanos são interlocuções que se aproximam da interculturalidade. Logo, a hermenêutica diatópica com eles muito bem dialoga, pois ela pode ser compreendida como forma de elucidar o mundo a partir de um leque diferente de culturas. Daí que, ela vislumbra os direitos humanos apenas como mais uma janela – dentre tantas outras – para se enxergar uma cultura. Para o autor, é inevitavelmente um processo dialógico, ou seja, um diálogo entre *topoi*, já que *Topos* é o conjunto de valores e práticas comuns de determinada cultura.

Dessa forma, não buscamos transliterar os direitos humanos para outras linguagens culturais, nem devemos procurar simples analogias; tentamos, ao invés disso, buscar o equi-

valente homeomórfico, para com ele exercer o diálogo. Se, por exemplo, os direitos humanos forem considerados como base para exercer e respeitar a dignidade humana, devemos investigar como a outra cultura consegue atender a uma necessidade equivalente – o que só pode ser feito uma vez que tenham sido construídas bases comuns (uma linguagem mutuamente compreensível) entre as duas culturas.

Assim, se a interculturalidade significa interface, troca, intercâmbio, reciprocidade, criação de espaços de participação coletiva entre culturas diferentes, essa ideia se amalgama aos Direitos Humanos, pois eles são a síntese cultural do mundo. Porém, não de uma maneira verticalizada, imposta, mas construída, levando em consideração a ideia do outro, tratado com alteridade.

Para concluir, Panikkar (1984) diz que o diálogo dialógico começa com o pressuposto de que o outro também é uma fonte original da compreensão humana, e que, em algum nível, de pessoas que entram em diálogo e tem uma capacidade de comunicar as suas únicas experiências e entendimentos uns aos outros. Nos termos do autor, a alteridade radical tem como problema primevo a interculturalidade, esta por sua vez, liga-se à Filosofia da interculturalidade tem como tema central: a problemática, o vetor polemológico, mas com respeito à cultura.

Daí que, a interculturalidade implica que o pensar filosófico seja concebido em sua essência, tendo como seu princípio originante enraizado na tradição. A Filosofia tem sempre um caráter cultural muito novo e singular para manifestar-se, pois, ao comunicar o nosso pensamento já o fizemos no meio de uma cultura singular, ou seja, pelo uso de um idioma.

REFERÊNCIAS

_____. **Direitos humanos, educação e interculturalidade:** as tensões entre igualdade e diferença. Revista de Educação. V. 13, n. 37. Jan/abril, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbedu/v13n37/05.pdf>. Acesso em 16/10/2014.

_____. Interculturalidade e educação escolar. In: **Reinventar a escola**. Petrópolis: Vozes, 2000.

_____. **Educação Intercultural e cotidiano escolar**. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2006.

EBERHARD, Christoph. **Droits de l'homme et dialogue interculturel. Vers un désarmement culturel pour un droit de paix**. RÉSUMÉ DE LA THESE. Paris: 2000. Disponível em: <http://www.dhdi.free.fr/recherches>. Acesso em: 10/10/2014.

EBERHARD, Christoph, 2001. **Construire le dialogue interculturel : le cas des droits de l'homme**. Disponível em : <<http://www.dhdi.free.fr/recherches>. Acesso em: 01/10/2014.

EBERHARD, Christoph. **Direitos humanos e diálogo intercultural: uma perspectiva antropológica**. In: BALDI, César Augusto (org.). Direitos humanos na sociedade cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PANIKKAR, RAIMON. **La notion des droits de l'homme est-elle un concept occidental?** Interculture, Vol.XVII, n°1, Cahier 82, 1984, p 3-27

_____. **The Intra-Religious Dialogue**. Editora: New York: Paulist Press, 1978.

_____. **Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental?** IN: BALDI, C. A. (org.). Direitos humanos na sociedade cosmopolita. Rio: Renovar, 2004.

_____. **Is the notion of human rights a western concept?** Interculture: 1982. Vol. XVII, n° 1, Cahier n° 82, p 28-47.

_____. **The Dialogical Dialogue**. Disponível em: <http://www.dhdi.free.fr/>. Acesso em: 20 set. 2008.

KROHLING, Aloísio; MARCHIORI, Stefanir. Os Direitos humanos na perspectiva da antropologia cultural. Aracaju: **Evocati Revista** n. 37, jan. 2009. Disponível em: < <http://www.evocati.com.br>. Acesso em: 16/10/2014.

KROHLING, Aloisio. **Multiculturalismo, interculturalidade e direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.andhep.org.br/anais>. Acesso em 17/10/2014.

MC LAREN, Peter. **Multiculturalismo crítico**. São Paulo: Cortez, 1997.

MOIGNE, Jean Louis Le Inteligência da complexidade. In: PENA-VEJA, Alfredo (org). **O pensar complexo: Edgar Morin e a crise da modernidade**. Rio de Janeiro: Garamond, 1999.

MORIN, Edgar. Da necessidade de um pensamento complexo. In: MARTINS, Francisco Menezes; e SILVA, Juremir Machado da. **Para navegar no século XXI**. Porto Alegre:Sulina/Edipucrs, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Os processos da globalização*. Disponível em www.eurozine.com/articles/2002-08-22-santos-pt.html. Acesso em: 16/10/ 2014.

SCHWEIDLER W. **Das Unantastbare**. Beitrage zur Philosophie der Menschenrechte. Munster, 2001.

O INFANTICÍDIO INDÍGENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

LYA DE OLIVEIRA MOURA ¹

RESUMO

No final do século XX, veio à tona uma prática indígena milenar realizada em determinadas tribos que vai de encontro com diversos preceitos fundamentais, o infanticídio indígena. Assim, por ser um tema de suma relevância jurídica e social, será o objeto do estudo em tela. O problema da pesquisa é abordar uma discussão doutrinária sobre a colisão que a aludida prática gera em relação ao direito à cultura e ao direito à vida. Dessa forma, a principal celeuma em questão é analisar, por meio de uma ponderação de valores, qual desses direitos deve prevalecer em detrimento do outro, não podendo deixar de levar em consideração o fundamento constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, princípio basilar do ordenamento jurídico pátrio. Deveras pertinente salientar, que são objetivos desse trabalho: conceituar o crime de infanticídio à luz do Código Penal brasileiro, bem como apresentar uma abordagem histórica sobre a origem deste tipo penal; apresentar as tribos indígenas que matam crianças consideradas indesejadas, pelos mais variados motivos, justificando que o ato foi cometido pelo bem da tribo; discutir os limites dos valores culturais dos indígenas protegidos constitucionalmente; e refletir sobre entendimentos de renomados estudiosos, especialmente no que se refere aos direitos humanos. Por fim, será evidenciada a omissão intencional do Estado diante de inúmeros casos de infanticídio indígena, a ponto de o Governo Federal afirmar que não é possível interferir na tribo indígena; abandonando, assim, mais uma vez, as crianças já consideradas indesejadas por sua tribo.

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa Humana; Infanticídio Indígena; Direitos Humanos Fundamentais.

INTRODUÇÃO

Apesar de ser uma prática aborígene milenar, o infanticídio indígena, até pouco tempo atrás, era assunto praticamente desconhecido; isso porque, este ato geralmente ocorre nas tribos mais isoladas. Ocorre que, com os avanços tecnológicos, esse assunto veio à tona e tem ganhado espaço nas mídias.

Mister salientar, que é uma prática indígena que vai de encontro com diversos preceitos fundamentais. Assim, por gerar colisão entre os direitos à cultura e à vida, se torna um tema de suma relevância jurídica e social, e, por isso, será o objeto do presente estudo.

Dessa forma, ao analisar essa celeuma, será necessário se posicionar sobre qual desses direitos deve prevalecer em detrimento do outro, utilizando como princípio basilar a dignidade da pessoa humana.

¹ Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Faculdade Integrada da Grande Fortaleza (FGF), advogada atuante nas áreas civil e previdenciário, e-mail profissional lyamoura@hotmail.com. GT IV – Bioética, Direitos Humanos, Democracia, Pluralidade e Sociedade.

Para que tal objetivo fosse alcançado, foi utilizada a metodologia teórico-dogmática, com base no estudo de doutrinas, da legislação pátria e de artigos científicos, para equacionar o problema apresentado na tentativa de criar uma solução para o conflito.

Diante disso, antes de adentrar ao tema, iremos conceituar o crime de infanticídio previsto no artigo 123, do *codex* penal, destacando os requisitos para configuração desse tipo penal, e também apresentaremos uma abordagem histórica sobre a origem da penalização infanticídio.

Em seguida, passaremos a expor o que consiste a prática do infanticídio indígena, indicando algumas tribos adeptas dessa tradição cultural, assim como iremos exemplificar os mais variados motivos que justificam este ato em algumas tribos aborígenes.

Depois, será exposta uma reflexão sobre os entendimentos de renomados estudiosos acerca dos limites dos valores culturais indígenas e dos direitos humanos.

Por fim, demonstraremos a omissão intencional do Poder Público em relação à prática do infanticídio indígena, a ponto de o Governo Federal agir como se desconhecesse essa manifestação cultural; abandonando, assim, mais uma vez, as crianças já consideradas indesejadas por sua tribo.

O CRIME DE INFANTICÍDIO NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA

Antes de adentrar ao tema em questão, é necessário entender o crime de infanticídio, previsto no artigo 123, do Código Penal brasileiro, que dispõe: “Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena – detenção, de dois a seis anos.”.

Trata-se de um crime próprio, tendo em vista que apenas a mãe do recém-nascido, motivada por influência do estado puerperal, pode figurar como autora do delito.

Além disso, é possível afirmar que o objeto jurídico abarcado é o direito à vida do neonato ou do nascente, de modo que aquele é o que acabou de nascer e este é o que foi morto durante o parto.² Ademais, é um crime punível apenas na forma dolosa, não sendo admitida a modalidade culposa no ordenamento.

Importante frisar que, apesar de se tratar de tipo penal autônomo, o infanticídio é considerado homicídio privilegiado, sendo as peculiaridades para a configuração do delito responsáveis pela diminuição da pena.

² JESUS, Damásio E. Direito Penal: parte especial, volume 2: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio. São Paulo: Saraiva 2004. p.106.

Deveras interessante expor que, na Roma Antiga (até meados do século V a.c)³, o pai era protegido pelo “*jus vitae et necis*”, que nada mais é que o direito brutal de tirar a vida do filho sem cometer qualquer infração à lei. Assim, é possível perceber uma sociedade patriarcal, em que o pai possuía até o direito de vida e de morte sobre os filhos, não sendo o infanticídio considerado tipo penal nem reprovado pelos costumes.

Esta situação perdurou até os tempos de Constantino, momento em que a visão sobre o infanticídio começou a mudar e essa prática passou a ser considerada como crime gravíssimo; por conseguinte, houve a limitação do *patria potestas*, não sendo permitido que o pai dispusesse da vida do filho. Nessa época, o império ganhou respaldo da Igreja Católica, que considerava o infanticídio um pecado mortal, até o início do século XIX, em toda a Europa.

A partir dessa era, com a influência dos ideais iluministas, a pena do infanticídio foi abrandada, principalmente por ser cometido, muitas vezes, em defesa da honra ou por motivo de miséria.⁴

Um marco importante da evolução histórica do infanticídio é o Código Penal austríaco, de 1803, que passou tratá-lo como crime privilegiado, exigindo como finalidade específica para a concretização do crime a intenção da mãe em proteger a honra.

Nesse diapasão o aludido delito era tratado no Código Penal brasileiro de 1890. Contudo, como analisado anteriormente, o Código Penal vigente não prevê tal condicionante para caracterização do crime, basta que a mãe se encontre por influência do estado puerperal, durante ou logo após o parto. Sendo pertinente frisar, que o legislador delimitou que, para a efetiva consumação do delito, é imprescindível que ocorra no período do puerpéreo.

O INFANTICÍDIO INDÍGENA

O infanticídio indígena é considerado um tabu, inclusive dentro da maioria das tribos adeptas dessa prática cultural; é um assunto evitado a qualquer custo.

Insta salientar, que o infanticídio indígena é uma forma atécnica de se referir a este hábito silvícola de algumas tribos brasileiras, já que, na esmagadora maioria das vezes, as mães são forçadas a praticá-lo em prol da tradição cultural e não movida por influência de seu estado puerperal, como exige o tipo disposto no Código Penal vigente.

Mister ressaltar ainda, que por não ser exigida a observância dessa peculiaridade para a prática do infanticídio indígena, este ocorre com crianças das mais diversas idades, não apenas com o recém nascido.

³ MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido. Campinas, SP: Millennium Editora, 2004, p. 40.

⁴ Idem.

Ademais, outro quesito que se diferencia do delito previsto no artigo 123, do Código Penal pátrio, é que além das genitoras, o costume aborígine em debate pode ser cometido pelo pai, pelos avós, pelo pajé ou por qualquer outra pessoa que indicarem como apta para ceifar a vida das crianças.

Ainda sob esse enfoque, é válido expor que não há um motivo específico que enseja esse hábito silvícola, até porque há inúmeras comunidades indígenas no Brasil e cada uma delas tem civilização autônoma, com características próprias e diferentes entre elas.

Dentre alguns dos motivos utilizados pelas tribos brasileiras estão: a manutenção do equilíbrio de gêneros masculino e feminino na tribo; filhos provenientes de relações extraconjugais ou de mães solteiras; o nascimento de gêmeos; e crianças portadoras de deficiências físicas ou mentais.

Importante elucidar que cada motivo supra exposto possui um fundamento tribal que, apesar de parecerem banais aos olhos de alguns, na ótica dos adeptos das tradições culturais pode ser muito relevante.

A título de ilustração, há tribos que acreditam que o nascimento de crianças gêmeas significa a promiscuidade da mulher durante a gestação, como a Mehinaco,⁵ ou também podem denotar uma possibilidade de amaldiçoar a tribo.⁶

Outro exemplo é o da tribo Tapirapé, da família linguística Tupi Guarani, situada no Mato Grosso, que até meados da década de 50 era submetida à regra rígida de controle de natalidade, em que cada mulher só poderia ter até três crianças, sendo estas de sexos variados, ou seja, não era possível ter apenas homens ou mulheres, dentre as três crianças possíveis seriam, no máximo, dois homens ou duas mulheres; deveras pertinente ressaltar que um dos integrantes da tribo justificou que esse “controle” era feito, pois não queriam visualizar a fome nos olhos das crianças.⁷

Como já mencionado, nem todas as tribos aborígenes do Brasil cometem o infanticídio indígena, assim é registrada a prática entre as seguintes etnias: Yanomami, Kamayurá, Suruwaha, Tapirapé, Mehinaco, Amondaua, Uaiuai, Bororo, Ticuna, Uru-eu-uau-uau, Deni, Jarawara, Jaminawa, Waurá, Kuikuro, Parintintin, Paracaná e Kajabi.⁸

5 Infanticídio nas comunidades indígenas no Brasil. Projeto Hakani. Disponível em: <http://www.hakani.org/pt/oque_e_infanticidio.asp>. Acesso em: 05 abr 2015.

6 CRUZ, Pedro Henrique Guimarães. O infanticídio indígena brasileiro na perspectiva jurídica dos direitos humanos. Brasília, 2010.

7 LEITÃO, Ana Valéria Nascimento Araújo. Direitos culturais dos povos indígenas – aspectos do reconhecimento. In: SANTILLI, Juliana (Org.). Os Direitos Indígenas e a Constituição. Porto Alegre: NDI, 1993.

8 Infanticídio nas comunidades indígenas no Brasil. Projeto Hakani. Disponível em: <http://www.hakani.org/pt/infanticidio_entrepovos.asp>. Acesso em: 10 de abril de 2015.

É extremamente relevante destacar ainda, que a pressão psicológica sofrida pelas mães é perturbadora, ao passo que elas são postas em situação de xeque entre cometer o infanticídio para honrar o costume tribal e proteger a vida de seus filhos. Infelizmente, alguns pais ou familiares não suportam essa coação e cometem o suicídio, como ocorreu no emblemático caso da menina Hakani.

Em poucas palavras, a índia da tribo Suruwahá, Hakani⁹, estava fadada ao infanticídio, pois tinha mais dificuldades motoras e na fala que as outras crianças da tribo, sendo um possível caso de deficiência. A coerção cultural para cometer este hábito milenar ensejou o suicídio de seus pais. Assim, como membro mais idoso da tribo, seu avô foi designado para realização da prática; contudo, a tentativa de matar a menina não logrou êxito e seu avô ingeriu veneno para suprir o remorso, também vindo a falecer. Como se não bastasse, a criança passou três anos vivendo em condições subumanas e isolada na tribo; até que seu irmão a entregou a um casal de missionários para cuidar dela. Posteriormente, foi diagnosticada apenas uma deficiência na tireóide, tornando-se sadia após tratamento médico e apoio psicológico.

Diante desse fato, é possível constatar que o amor materno está presente em qualquer sociedade humana, independente de etnia, grau de instrução, classe social, entre outros, devendo ser valorizado e cultivado.

Com isso, outra conclusão que se pode chegar, é que a mãe, pessoa primordialmente indicada para cometer o infanticídio, também é vítima dessa tradição pelo sofrimento que causa.

OS LIMITES DOS VALORES CULTURAIS DOS ÍNDIOS E OS DIREITOS HUMANOS

A Constituição Federal de 1937 foi a primeira Carta Magna pátria que dispôs sobre os direitos culturais da sociedade brasileira.

Contudo, a Lei Suprema em vigor inovou ao prever expressamente o direito indigenista em seus artigos 215 e 231, na medida em que reconheceu a diversidade cultural, garantindo proteção dos valores populares. Vejamos:

Art. 215.

O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.¹⁰

⁹ Idem.

¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 abr 2015.

Art. 231.

São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.¹¹

É notório que a cultura foi a principal garantia protegida pelo legislador. Nesse sentido têm se posicionado vários doutrinadores, afirmando ainda que a Carta Política em vigor além de ter disposto expressamente sobre o pluralismo étnico, também tratou o pluralismo cultural presente no Brasil.¹²

Diante disso, é possível afirmar que a Constituição atual não só acrescentou ao patrimônio cultural a cultura aborígine, como também reconheceu e garantiu aos silvícolas sua própria organização social, costumes, línguas, crenças e tradições.

Todavia, apesar dessa evolução do ordenamento jurídico quanto aos índios, é preocupante o modo superficial como o constituinte tratou dessas questões.¹³ O que possibilita a ocorrência de insegurança jurídica no que tange às inevitáveis colisões de direitos humanos fundamentais, como é o caso do tema em comento.

É interessante citar, que os costumes e as tradições das tribos indígenas divergem inúmeras vezes do conjunto normativo pátrio. E lidar com essa diversidade e pluralidade cultural que é o maior desafio para a Bioética.

Apenas a título de ilustração, além do infanticídio indígena, algumas tribos, como os Kaiapós, localizados na região central do Brasil, exercem a poligamia¹⁴, prática amplamente repudiada em nosso ordenamento jurídico.

Ademais, por serem bastante genéricos, esses artigos acima referenciados não evidenciam a responsabilidade da União na solução de conflitos ou colisões reais e complexas, como a celeuma ora debatida. Isso, porque o Estado apenas reconheceu conjunto de usos, costumes e tradições dos índios, sendo omissos quando ao reconhecimento do direito interno destes; o que se pode concluir é que, juridicamente, o Brasil ainda não reconhece o direito interno dos aborígines.¹⁵

Outro fator que merece destaque é a forma como a sociedade ocidental enxerga os costumes e tradições silvícolas, visto que é hialina a análise daquela por uma ótica que evi-

¹¹ Idem.

¹² LEITÃO, Ana Valéria Nascimento Araújo. Direitos culturais dos povos indígenas – aspectos do reconhecimento. In: SANTILLI, Juliana (Org.). Os Direitos Indígenas e a Constituição. Porto Alegre: NDI, 1993. p. 228.

¹³ LEITÃO, Ana Valéria Nascimento Araújo. Direitos culturais dos povos indígenas – aspectos do reconhecimento. In: SANTILLI, Juliana (Org.). Os Direitos Indígenas e a Constituição. Porto Alegre: NDI, 1993. p. 236.

¹⁴ Idem.

¹⁵ Idem.

dencia a inferioridade da cultura indígena, tratando-a como primitiva e como se carecesse de desenvolvimento. Esta visão não demonstra a igualdade prevista constitucionalmente.

Assim, antes de qualquer tentativa para solucionar ou, ao menos, amenizar a discussão, as pessoas devem se conscientizar que o princípio da igualdade existe para ser cumprido e não para ser mais um objetivo utópico. Para isso, antes de concretizar a igualdade material, de modo a tratar desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, é preciso entender e aceitar que a cultura indígena não é inferior, apenas é diferente.

É válido salientar também, os outros princípios e direitos fundamentais imprescindíveis para elucidar a colisão em tela, como: o direito à vida, o princípio da dignidade humana e os direitos humanos.

O direito à vida é garantido constitucionalmente como sendo um direito inviolável, irrenunciável, intransmissível e indisponível, não assegurando a nenhum ser humano o direito de dispor de sua ou da vida de outrem. Ele é tido como o mais básico dos direitos e o mais sagrado dos Direitos Humanos.¹⁶

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é fundamento constitucional, previsto expressamente no artigo 1º, da Lei Suprema pátria. Interessante dispor que esse princípio basilador do ordenamento jurídico brasileiro, preceituado por Immanuel Kant,¹⁷ consiste na possibilidade da pessoa conduzir sua vida e realizar sua personalidade conforme sua própria consciência, desde que não sejam afetados direitos de terceiros. A Dignidade da Pessoa Humana é afigurada para a proteção do homem, como noção moral e filosófica, independente de crença, etnia, raça ou sexo, sendo primordial conferir a respeitabilidade dos homens.

Por fim, os Direitos Humanos, de maneira bem ampla, são aqueles direitos que, sob uma análise moral e política contemporânea, todo o homem tem ou deve ter perante a sociedade. Ou seja, ele é inerente a todos os seres humanos e deve valer a todos, sem distinção de idade, sexo, cor, raça, etnia.¹⁸

Insta frisar, que os direitos humanos não são adstritos aos limites de cada Estado¹⁹, já que com a valorização do ser humano se tornaram de interesse internacional, tanto é que a responsabilidade de eventuais violações de quaisquer desses direitos recai para a União.²⁰

¹⁶ TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.33

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 15ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p.69.

¹⁹ OLIVEIRA, Erival da Silva. Direitos Humanos – Coleção Elementos do Direito, v.12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.26.

²⁰ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 15ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p.300

É válido destacar que a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos prevê expressamente, em seu artigo 12, que o pluralismo não pode ser invocado para infringir a dignidade e os Direitos Humanos.²¹

Apesar do significado *stricto sensu* do termo “Declaração” possuir efeito jurídico recomendatório (*soft law*), em detrimento dos tratados que têm efeito jurídico vinculante²², o dispositivo supra deve ser tomado como uma regra; tendo em vista que, embora a diversidade seja uma ferramentas imprescindíveis a uma Bioética transformadora de relações sociais, os Direitos Humanos devem prevalecer quando há violação destes e da dignidade do homem.

Ante ao exposto e à celeuma em questão, verifica-se que é equivocado defender um hábito cultural simplesmente pelo fato dele existir ou ter sido aceito, é imperioso que haja uma observância da não transgressão dos Direitos Humanos.

A OMISSÃO INTENCIONAL DO ESTADO DIANTE DO INFANTICÍDIO INDÍGENA

No decorrer da pesquisa é notório que o Estado detém o conhecimento da ocorrência dessa prática milenar, todavia queda-se inerte diante desse hábito mundialmente e historicamente repugnado.

A FUNAI, a FUNASA e, conseqüentemente, o Governo Federal negam a ocorrência do infanticídio em algumas aldeias indígenas. Na realidade, fazem “vista grossa” dessas manifestações culturais ainda que atentatórias aos Direitos Humanos por quererem, segundo o jornalista australiano Paul Raffaele, “proteger a pureza cultural do índio”.²³

Pelo menos, desde dezembro de 2005, há provas contundentes sobre a realização deste costume tribal, quando ocorreu a primeira Audiência Pública sobre o infanticídio indígena no Congresso Nacional.²⁴

Sem esgotar o assunto, em setembro de 2007, foi realizada a segunda Audiência Pública sobre o infanticídio indígena, na Câmara dos Deputados. Nesta reunião um índio, da tribo Kamaiurá, localizada na região do Xingu, depôs demonstrando indignação com a inércia do

²¹ SUZUKI, Márcia dos Santos. Quebrando o silêncio: um debate sobre o infanticídio nas comunidades indígenas do Brasil. Disponível em: <http://www.redemaosdadas.org/wp-content/uploads/2013/11/Quebrando_o_Silencio_cartilha.pdf>. Acesso em: 05 abr 2015.

²² PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 15^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p.306.

²³ MENDANHA, Soraya. Jornalista australiano critica “tolerância” brasileira ao infanticídio em aldeias indígenas. Senado Notícias. Atualizado em 20 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2012/11/29/jornalista-australiano-critica-tolerancia-brasileira-ao-infanticidio-em-aldeias-indigenas>>. Acesso em: 05 abr 2015.

²⁴ Audiência Pública “O caso das crianças Suruwahá”. Dezembro de 2005. Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação – Núcleo de Redação Final em Comissões. Requerente:, Câmara dos Deputados. Brasília. Brasil.

Poder Público na intervenção do infanticídio. Aisanan Paltu relatou seu caso particular de ter um de seus filhos gêmeos morto, logo depois do parto; esse cidadão acrescentou ainda, que sua mulher estava recebendo acompanhamento pré natal de profissionais da saúde da FUNASA e, suspeitando de uma gravidez gemelar, solicitaram auxílio desses funcionários que acompanharam a gestante pedindo para que eles dialogassem e tentassem convencer a aldeia a aceitar as duas crianças.²⁵

A partir desse momento é impossível a negativa do governo na ocorrência da tradição ora discutida, visto que o depoimento foi dado por um membro de uma tribo adepta do infanticídio em uma audiência pública.

Como prova da complexidade da questão, em julho de 2009, aconteceu uma terceira Audiência Pública, cujo infanticídio era um dos temas em pauta.²⁶

Por fim, importante constar mais uma Audiência Pública, ocorrida em novembro de 2012, na Comissão de Direitos Humanos (CDH), devendo apontar como clímax da reunião o depoimento do jornalista australiano Paul Raffaele, que critica veemente a tolerância do governo brasileiro ante a práticas como o infanticídio. Raffaele assegura que a FUNAI não questiona os silvícolas sobre seus desejos e vontades, principalmente os jovens. Esta fundação, com o fito de preservar a cultura e as tradições aborígenes a qualquer custo, apenas impõe o que os jovens devem fazer. Assim, essas tribos ficam tão fechadas que o jornalista denomina de “museu antropológico vivo”.²⁷

Além dessas audiências públicas, foi enviada uma carta aberta do movimento contra o infanticídio ao então presidente Lula e há projetos de lei que visam inibir práticas indígenas tradicionais e nocivas, como o Projeto de Lei nº 1.057, de 2007, conhecido como a Lei Muwuaji, em homenagem uma mãe que se rebelou contra o costume em debate para preservar a vida de seu filho.

Como se não bastasse, apesar de, até 2014, não haver um tratado internacional específico para a proteção do direito indigenário no âmbito das Nações Unidas, há inúmeros documentos internacionais que protegem o indígena, tais como: a Declaração Universal dos Direitos

²⁵ Audiência Pública “Debate sobre o infanticídio em áreas indígenas”. Setembro de 2007. Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação – Núcleo de Redação Final em Comissões. Requerente: Deputado Henrique Afonso, Comissão de Direitos Humanos e Minorias. Brasília. Brasil.

²⁶ Audiência Pública “Discussão sobre questões relativas a abrigo e a atendimento de diversos problemas indígenas”. Julho de 2009. Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação – Núcleo de Redação Final em Comissões. Requerente:, Câmara dos Deputados. Brasília. Brasil.

²⁷ MENDANHA, Soraya. Jornalista australiano critica “tolerância” brasileira ao infanticídio em aldeias indígenas. Senado Notícias. Atualizado em 20 de fevereiro de 2015. Disponível em: < <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2012/11/29/jornalista-australiano-critica-tolerancia-brasileira-ao-infanticidio-em-aldeias-indigenas> >. Acesso em: 05 abr 2015.

Humanos; a Convenção 169 da Organização Mundial do Trabalho (OIT), que garante, inclusive, a aplicação das próprias medidas punitivas dentro da tribo; o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que proíbe qualquer tipo de restrição ou suspensão dos Direitos Humanos Fundamentais; a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas; entre outros.²⁸

Pelo exposto, não resta dúvidas que é de conhecimento do Poder Público a prática do infanticídio em diversas tribos indígenas. Dessa forma, a União deve adotar posturas ativas em relação a esse hábito milenar para garantir os Direitos Humanos das crianças silvícolas, grupo extremamente vulnerável. Salientando que, as medidas a serem adotadas pelo governo não devem impor valores tipicamente ocidentais, é necessário que haja respeito e cuidado com a cultura indígena.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscamos neste estudo um número variado de explicações plausíveis a respeito do infanticídio indígena para que se pudesse chegar a possíveis soluções que possibilitem a erradicação desse costume e, ao mesmo tempo, respeitem as tradições culturais.

Entretanto, antes de expor possíveis soluções, vale destacar que, numa análise jurídica sistemática sobre a questão, os valores culturais devem ser suprimidos pelos direitos humanos, mais especificamente, pelo direito à vida digna.

Em contrapartida, entende-se que qualquer tentativa de criminalização da prática do infanticídio indígena deve ser repudiada, pois no contexto cultural dos silvícolas esse costume não é aceito, devendo haver o respeito pela cultura aborígene.

O que não quer dizer que este hábito milenar deva ser reconhecido uma norma moral desejável; tanto que, apesar de ser aceitável pelos índios, há muitos casos em que o infanticídio não é desejável nem pelos membros da tribo, como demonstrado ao longo desta pesquisa.

Nesse diapasão, constata-se que apesar de não haver condenação da prática em si, o infanticídio, sob o aspecto moral, deve ser tratado incorreto.

Dessa forma, acredita-se que a maneira mais plausível e necessária para a erradicação do infanticídio indígena é uma intervenção cultural realizada com o máximo de cuidado para não condenar a cultura da tribo. Insta frisar que tal intervenção deve ser focada nas causas

²⁸ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 15^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

que geram a ocorrência desse hábito e não numa solução abrupta e imediata, que pudesse traumatizar e gerar resistência dos índios.

Já foi verificado que medidas como essa foram bem sucedidas anteriormente, tanto no âmbito bioético quanto no antropológico. Nos anos 50, freiras católicas, do movimento “Irmãzinhas de Jesus”, interferiram nas tribos Tapirapés dialogando sobre questões relevantes sobre a vida e conseguiram, após algum tempo, o fim da prática do infanticídio e a demarcação de suas terras.²⁹

Deveras pertinente realçar que, pelo viés da Bioética, o sucesso de tal situação não decorre da exterminação do infanticídio, mas do êxito na realização do diálogo, tendo em vista que o estranhamento entre as pessoas de fora e as pertencentes às tribos não decorre da mera divergência dos idiomas, mas da diferença de culturas, que dificulta consideravelmente a real comunicação entre os povos.

Diante disso, é inegável a premente necessidade de uma postura ativa por parte do governo federal, no sentido de agir em cima das causas que justificam a prática do infanticídio em cada aldeia indígena.

Num primeiro momento, de forma imediatista, com o fito de amenizar o índice de infanticídio indígena, o Poder Público deve agir garantindo assistência integral à saúde dos silvícolas; e, em última hipótese, caso seja impossível a manutenção na tribo, recolher as crianças fadadas ao infanticídio e recolocá-las em famílias substitutas, como ocorreu no caso da índia Hakani.

REFERÊNCIAS

ADINOLFI, Valéria Trigueiro Santos. Enfrentando o infanticídio: bioética, direitos humanos e qualidade de vida das crianças indígenas. Disponível em: <http://ww.redemaosdadas.org/wp-content/uploads/2014/02/enfrentando_infanticidio-valeria_trigueiro.pdf>. Acesso em: 05 abr 2015.

ADINOLFI, Valéria Trigueiro Santos. Bioética, direitos humanos e o infanticídio e morte intencional de crianças em grupos indígenas brasileiros. Disponível em: <<http://www.bioeticaefecrista.med.br/textos/bioetica,%20direitos%20humanos%20e%20o%20infanticidio%20e%20morte%20intencional.pdf>>. Acesso em: 05 abr 2015.

Audiência Pública “Debate sobre o infanticídio em áreas indígenas”. Setembro de 2007. Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação – Núcleo de Redação Final em Comissões. Requerente: Deputado Henrique Afonso, Comissão de Direitos Humanos e minorias. Brasília. Brasil.

²⁹ LEITÃO, Ana Valéria Nascimento Araújo. Direitos culturais dos povos indígenas – aspectos do reconhecimento. In: SANTILLI, Juliana (Org.). Os Direitos Indígenas e a Constituição. Porto Alegre: NDI, 1993. p.238.

Audiência Pública “Discussão sobre questões relativas a abrigo e a atendimento de diversos problemas indígenas”. Julho de 2009. Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação – Núcleo de Redação Final em Comissões. Câmara dos Deputados. Brasília. Brasil.

Audiência Pública “O caso das crianças Suruwahá”. Dezembro de 2005. Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação – Núcleo de Redação Final em Comissões. Requerente:, Câmara dos Deputados. Brasília. Brasil.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 abr 2015.

_____. **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 26 abr 2015.

CRUZ, Pedro Henrique Guimarães. O infanticídio indígena brasileiro na perspectiva jurídica dos direitos humanos. Brasília, 2010.

Infanticídio nas comunidades indígenas no Brasil. Projeto Hakani. Disponível em: <http://www.hakani.org/pt/infanticidio_entrepovos.asp>. Acesso em: 05 abr 2015.

Infanticídio nas comunidades indígenas no Brasil. Projeto Hakani. Disponível em: <http://www.hakani.org/pt/oque_e_infanticidio.asp>. Acesso em: 05 abr 2015.

JESUS, Damásio E. **Direito Penal: parte especial, volume 2**: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio. São Paulo: Saraiva, 2004.

LEITÃO, Ana Valéria Nascimento Araújo. **Direitos culturais dos povos indígenas**: aspectos do seu reconhecimento. In SANTILLI, Juliana (Org.). Os direitos indígenas e a Constituição. Porto Alegre: NDI, 1993, p. 225-240.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido**. Campinas, SP: Millennium Editora, 2004.

MENDANHA, Soraya. Jornalista australiano critica “tolerância” brasileira ao infanticídio em aldeias indígenas. **Senado Notícias**. Atualizado em 20 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2012/11/29/jornalista-australiano-critica-tolerancia-brasileira-ao-infanticidio-em-aldeias-indigena>>. Acesso em: 05 abr 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

OLIVEIRA, Erival da Silva. **Direitos Humanos** – Coleção Elementos do Direito, v.12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOS, Natália de França. O infanticídio indígena no Brasil: o universalismo dos direitos humanos em face do relativismo cultural. Disponível em: <http://www.derechocambiosocial.com/revista025/infanticidio_y_derechos_humanos.pdf>. Acesso em: 05 abr 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SEGATO, Rita Laura. Que cada povo teça os fios da sua história: o Pluralismo Jurídico em diálogo didático com legisladores. In: Revista de Direito da Universidade de Brasília. Programa de Pós-Graduação em Direito. Vol.1, n.1 (jan/jun 2014). Brasília: Universidade de Brasília, 2014. p.65-92.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 35 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SOUZA, Raymond de. Infanticídio indígena no Brasil: a tragédia silenciada. Editora: Saint Gabriel Communications International, 2009.

SUZUKI, Márcia dos Santos. Quebrando o silêncio: um debate sobre o infanticídio nas comunidades indígenas do Brasil. 2008. Disponível em: <http://www.redemaosdadas.org/wp-content/uploads/2013/11/Quebrando_o_Silencio_cartilha.pdf>. Acesso em: 05 abr 2015.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

WOLKMER, Antônio. **Pluralismo jurídico**: Fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

MUDANÇA DE SEXO E A AUTONOMIA DECISÓRIA DO TRANSEXUAL

RIVA SOBRADO DE FREITAS ¹
KELLY CRISTINA PRESOTTO ²

RESUMO

O controverso tema da mudança de gênero e de sexo no registro civil abrange dignidade, conceito de saúde, vida, disposição do próprio corpo, questionamentos jurídico-constitucionais e interesse de terceiros. A transexualidade confronta tabus, preconceitos, exclusão social, direito à vida e a uma vida digna. Apesar de não mais ser tratada como doença no DSM-5, mas como disforia de gênero, a transexualidade continua sendo vista como uma doença contagiosa e sem cura: um câncer para a sociedade. Assim, as pessoas transexuais continuam sendo vítimas das mais diversas formas de violência. Ao assumir a realidade fática de sua vida, o transexual deve ter muita coragem para enfrentar toda uma gama de preconceitos. O transexual é o indivíduo que tem o sexo biológico diferente do sexo psíquico, sente-se como se fosse pessoa do sexo oposto. O conceito de saúde abrange o bem-estar geral, inclusive moral e social. A saúde do transexual depende de indicação precisa da cirurgia de transgenitalização e a adequação do seu registro civil. Dessa forma, o transexual se sentirá acolhido e pertencente ao grupo social. A metodologia utilizada é a análise de doutrina, jurisprudência e legislação acerca dos direitos dos transexuais, especialmente os relativos à personalidade. O presente artigo versa sobre os direitos da personalidade, sua (in)disponibilidade e suas implicações no ordenamento jurídico brasileiro. Os direitos de personalidade são baseados na autonomia decisória, tão importante para o *empoderamento* e o pertencimento, diretamente relacionados com a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

Palavras-Chave: Transexualidade. Autonomia Decisória. Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.

INTRODUÇÃO

A identificação do indivíduo se faz corriqueiramente através do nome e o sexo. O nome civil da pessoa deve estar em conformidade com o seu sexo, de forma que não lhe advenha uma situação vexatória. Ocorre que o sexo ainda é determinado por meio da visualização dos órgãos genitais do bebê, não se observando, assim, que o sexo do indivíduo é multifatorial. Sob este prisma, pode haver dicotomia entre o sexo biológico e o sexo psíquico, como ocorre com as pessoas transexuais.

¹ Graduada em Direito pela USP (1982), mestre (1996) e doutora (2003) em Direito pela PUCSP. Pós-Doutorado (2007) na Universidade de Coimbra – Portugal. Foi Professora Assistente-Doutora da UNESP (1988-2012). Professora e Pesquisadora do Programa de pesquisa, extensão e graduação em Direito da UNOESC.

² Mestranda e membro do grupo de pesquisa em Direitos Humanos e Fundamentais Cíveis pela Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC (2014/2015), pela UNOESC. Graduada em Direito (2011) e Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito de Francisco Beltrão (2014). GT III. E-mail: kellycrispre@hotmail.com

A evolução da medicina tornou possível a realização da cirurgia de transgenitalização ou de adequação do sexo. Porém, de nada adianta corrigir o aspecto físico do indivíduo se o nome e o gênero permanecerem inalterados no registro civil. Como consequência dessa inalteração, muitas são as situações vexatórias pelas quais passam as pessoas transexuais, principalmente no momento de aferição dos documentos pessoais, gerando inúmeras confusões pelo fato de o documento não estar de acordo com a realidade presenciada pelo responsável pela aferição. O constrangimento gerado leva muitas pessoas trans à marginalização e gera insegurança jurídica.

Logo, o modo como a pessoa se representa e é identificada no meio em que vive corresponde à realidade: relaciona-se com o seu reconhecimento pela sociedade, com a autonomia decisória e com os direitos de personalidade. Por sua vez, os direitos de personalidade têm base na autonomia da vontade, que está diretamente relacionada com a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

TRANSEXUALIDADE E MUDANÇA DE SEXO

TRANSEXUALISMO E TRANSEXUALIDADE

No ano de 1985, o conceito de *transexualismo* mudou no campo científico quando deixou de constar no art. 302 do Código Internacional das Doenças - CID - como uma doença mental, passando ao capítulo Dos Sintomas Decorrentes de Circunstâncias Psicossociais. Na revisão de 1995, o sufixo “ismo”, que significa doença, foi substituído pelo sufixo “dade”, que significa “modo de ser”, passando a ser chamado mais adequadamente de transexualidade.

ARÁN e MURTA (2009) ressaltam que, em 1980, a condição transexual foi agregada ao manual diagnóstico psiquiátrico DSM III (*Manual Diagnóstico e Estatístico das Desordens Mentais*) e em 1994, com a publicação do DSM IV, o termo *transexualismo* foi substituído por “Transtorno de Identidade de Gênero” (TIG).

Na sequência, o DSM-5 lançado em maio de 2013 dividiu o antigo capítulo *Transtornos Sexuais e de Identidade de Gênero* da quarta edição originando três novos capítulos: *Disfunções Sexuais*, *Disforia de Gênero* e *Transtornos Parafilicos*, retirando o termo “transtorno” anteriormente utilizado no DSM-IV para a transexualidade. (ARAÚJO; LOTUFO NETO, 2014, p. 79). Assim encontra-se definido no DSM-5:

A Disforia de Gênero é um diagnóstico que descreve os indivíduos que apresentam uma diferença marcante entre o gênero experimentado/expresso e o gênero atribuído(...). O DSM-5 trouxe maior detalhamento aos critérios diagnósticos, além de utilizar critérios específicos para identificar a Disforia de Gênero na Infância. (ARAÚJO; LOTUFO NETO, 2014, p. 79).

Cumprе ressaltar que até então não haviam critérios para diagnóstico de disforia de gênero na infância, fato que agravava ainda mais a condição da criança transexual, sentindo-se diferente dos demais e não havendo um diagnóstico preciso para seu caso. Na puberdade, com o desenvolvimento dos caracteres sexuais secundários, a negação ao próprio corpo é ainda maior, bem como o número de automutilações e suicídios. Ainda em relação à definição de transexualidade, a partir da Resolução n. 1482/97 do CFM (D.O.U., 19 set 1997) obedece, no mínimo, aos seguintes critérios, os quais persistem na Resolução n. 1955/2010 do CFM (D.O.U., 03 set 2010):

- desconforto com o sexo anatômico natural;
- desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;
- permanência desse distúrbio de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;
- ausência de outros transtornos mentais.

O psiquiatra Alexandre Saadeh do Hospital das Clínicas de São Paulo, afirma que é necessária uma avaliação cuidadosa, a fim de minimizar o risco de erro ou de má indicação cirúrgica. E continua afirmando que tais avaliações criteriosas ajudam a excluir patologias como esquizofrenia, oligofrenia, transtorno dismórfico corporal, além de impedir lesão física em indivíduos homossexuais ou transformistas. (SAADEH, 2009, p.106).

Destarte, observa-se como deve ser minuciosa a indicação da cirurgia de transgenitalização, o que se mostra claramente especificado na Resolução n. 1955/2010 do CFM, que determina dois anos de acompanhamento psicológico antes do procedimento cirúrgico (D.O.U., 03 set 2010).

DEFINIÇÕES E DISTINÇÕES

O transexual apresenta a firme convicção de que a natureza cometeu um erro com ele (MORICI, 1998, p. 169). Não aceita seu sexo biológico. Esse sentimento de inadequação induz muitos transexuais a cometer desde mutilações até o suicídio, pelo inconformismo e pela inadequação da situação em que se encontram, de não se adaptar aos padrões “normais” da sociedade, pagando um alto preço por serem diferentes. O preconceito e as situações vexatórias agravam ainda mais esse quadro.

Não obstante, Dias (2010, p. 142) define transexualidade como a “falta de coincidência entre o sexo anatômico e o psicológico”. Vieira (2000, p. 64) pondera:

Transexual, é o indivíduo que possui a convicção inalterável de pertencer ao sexo oposto ao constante em seu Registro de Nascimento, reprovando veementemente seus órgãos sexuais externos, dos quais deseja se livrar por meio de cirurgia. Segundo uma concepção moderna, o transexual masculino é uma mulher com corpo de homem. Um transexual feminino é, evidentemente, o contrário. São, portanto, portadores de neurodiscordância de gênero. Suas reações são, em geral, aquelas próprias do sexo com o qual se identifica psíquica e socialmente. Culpar este indivíduo é o mesmo que culpar a bússola por apontar para o norte. (VIEIRA, 2000, p. 64).

Dessa forma, há uma falta de correspondência entre sua condição sexual anatômica e seus traços psicológicos, apesar de não sofrer nenhuma anomalia genital. Essa falta de correspondência acaba por desembocar em certa obsessão pela realização de cirurgia para mudança de sexo.

Pinto e Bruns (2009, p. 73) esclarecem que o transexual não é necessariamente heterossexual. Da mesma forma que qualquer outra pessoa, o transexual pode ter opção heterossexual, homossexual ou bissexual, fato que não altera o sentimento de não pertencimento ao gênero que seu sexo o posiciona.

Segundo Lopes (2009, p. 18) é interessante distinguir o transexual primário do secundário. O primário compreende aquelas pessoas cujo desejo de transformação do sexo é precoce, impulsivo, insistente e imperativo, sem ter desvio significativo, tanto para o travestismo quanto para o homossexualismo. É chamado, também de esquizossexualismo ou metamorfose sexual paranóica. O transexual secundário compreende aqueles que gravitam pelo *transexualismo* somente para manter períodos de atividades homossexuais ou de travestismo. O impulso sexual é temporário, passando o *transexualismo* a ser um meio para a atividade homossexual ou de travestismo, ao passo que no transexual primário, o *transexualismo* é o próprio fim.

SEXO E SEXUALIDADE

Mister fazer uma explanação sobre os termos sexo e sexualidade. *Sexo* pode se referir ao “conjunto de pessoas que têm a mesma organização anátomo-fisiológica no que se refere à geração: *sexo masculino, sexo feminino*”, segundo Lopes (2009, p.14), para quem a determinação de sexo na pessoa humana baseada apenas na genitália, apesar de ser o método mais prático, não pode ser aceita sem reservas: equivale a uma conjugação de fatores biológicos, psicológicos e sociais. Ser homem ou ser mulher para psicanálise é determinação psíquica de cada um.

Szaniawski (1998, p. 33) destaca que a sexualidade humana ultrapassa os limites do círculo biológico, sendo resultado da integração de aspectos biológicos, psíquicos e comportamentais, vulgarmente chamado de *status sexual* ou sexo.

Hodiernamente, há uma definição pluridimensional, pela qual sexo não se refere somente ao aparelho genital, abrangendo uma classificação de sexo genético, gonádico, somático, legal ou civil, de criação e psicossocial (NAHOUM, 1997, p.1087).

A medicina e a psicologia admitem que o sexo seja uma conjugação de fatores: biológico, psicológico e comportamental que devem conservar harmonia entre si para manter um ser saudável. Dessa forma, para o diagnóstico completo e exato da sexualidade, é necessário atentar para seu aspecto plurivetorial: o sexo biológico, sexo genético e sexo endócrino, sexo psíquico e o sexo civil (MENIN, 2005, p. 17).

Destarte, com a evolução da ciência e da tecnologia, o sexo anatômico pode ser mutável, assim como o comportamento feminino ou o comportamento masculino, sobressaindo-se o desejo sexual da pessoa e o seu direito à felicidade.

A IDENTIDADE PESSOAL

A identidade sexual do indivíduo é determinada após a verificação e determinação do sexo, habitualmente realizada visualmente pela observação da genitália externa no momento do nascimento e, com base nessa designação, é realizado o registro no ofício competente.

Com propriedade, Szaniawski (1998, p. 34) assim comenta tal determinação:

O sexo constitui um dos caracteres primários da identificação da pessoa e pode ser definido como o conjunto de características que distinguem o macho da fêmea, ou o conjunto de indivíduos que têm a mesma conformação física, considerada sob o aspecto da geração. Decorre desta distinção a necessidade que toda pessoa tem de ser identificada como sujeito pertencente a um dos dois sexos, surgindo, para cada indivíduo, o *direito à identificação sexual*. A **identidade sexual** é considerada como um dos aspectos fundamentais da **identidade pessoal**, que possui uma estreita ligação com uma pluralidade de direitos, que permitem o livre desenvolvimento da personalidade que possui em seu conteúdo, a proteção à *integridade psicofísica*, a tutela à saúde e o poder de disposição de partes do próprio corpo, pela pessoa. [grifou-se]. (SZANIAWSKI, 1998, p. 34)

Porém, a identidade sexual é muito mais complexa do que o simples sexo anatômico: o comportamento psíquico do indivíduo diante de seu próprio sexo, reunindo os aspectos físico, psíquico e comportamental determinarão seu estado ou identidade sexual.

Olazábal (1976, p. 02) defende que:

a diferenciação sexual é formada por sete variáveis, sendo que cinco constituem-se em *variáveis físicas*, a saber: a cromossômica, a gonadal, a hormonal, a morfológica interna e a morfológica externa. Qualquer

alteração que venha a ocorrer, em qualquer destas fases, poderá determinar um desenvolvimento sexual anômalo do indivíduo. As outras duas, denominadas de *variáveis psicossociais*, constituem-se da declaração do sexo, no momento do registro do indivíduo, e da diferenciação de uma *identidade psicosexual*, como ser masculino ou feminino, a partir do seu nascimento. A adequada diferenciação sexual física e psíquica resulta da composição harmônica dessas variáveis.

Assim sendo, a determinação completa da identidade sexual do ser humano é reflexo da análise da sua sexualidade, na qual não apenas os fatores biológicos interferem na formação da identidade de gênero de uma pessoa, observando-se o sexo biológico, o sexo psíquico e o sexo civil.

O recém-nascido não tem desenvolvimento psíquico completo, podendo, mais tarde, apresentar o seu sexo biológico diferente do sexo psíquico, gerando as chamadas anomalias sexuais. Pode ocorrer ainda uma má formação ou um desenvolvimento incompleto da genitália, ou ainda ter características de ambos os sexos. Em outra hipótese, pode apresentar características no nascimento de um sexo e, no decorrer do seu desenvolvimento, predominar características do outro sexo.

Todas essas situações têm implicações no Direito, principalmente Civil. Apesar de considerar que “o sexo civil ou jurídico deve espelhar e coincidir com o sexo vivido socialmente pela pessoa”, Szaniawski (1998, p. 41) reitera que o critério morfológico empregado no cotidiano é suficiente, posto que os desvios sexuais são a exceção e não a regra. Os desvios ou anomalias sexuais, assim denominados no sentido de irregularidade ou estado contrário à ordem natural, apresentam como maior barreira a mudança de gênero e de nome, por causa do princípio da imutabilidade, porém muitos juristas têm usado este princípio de forma relativa. Vejamos a seguir os princípios que justificam a mudança.

TRANSEXUALIDADE E OS DIREITOS DE PERSONALIDADE

O transexual chega ao serviço de assistência bastante vulnerável física, psíquica e socialmente. O tratamento proporciona a construção de uma rede de reconhecimento e inclusão social. Muitos não tem informações básicas sobre seus direitos e condição. A maioria não pretende revelar a transexualidade a ninguém: perderam o vínculo com a família, mudaram de cidade; e têm dificuldades concretas em relação à documentação ou à profissionalização. (ARÁN E MURTA, 2009).

Neste quadro de extrema vulnerabilidade deve ser resgatada a dignidade da pessoa humana, sua identidade e seu reconhecimento e acolhimento pela sociedade. Segundo Tepedino

(2008, p. 54), o vértice do direito brasileiro está no *ser*, e não no *ter*, tendo como valor máximo a tutela da pessoa humana, expresso no artigo 1º, III, CRFB, como “verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana”.

A dignidade da pessoa humana como fundamento da República, aliada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização e de redução das desigualdades sociais, somados à previsão do §2º do artigo 5º, de não exclusão de quaisquer direitos ou garantias, mesmo que não expressos, desde que advindos dos princípios constitucionais, ressalta a dignidade da pessoa humana como cláusula de inclusão, com vistas à proteção e ao livre desenvolvimento da personalidade (MEIRELES, 2009, p. 3).

Tepedino (2008, p. 55-56) destaca que a dignidade da pessoa humana é o limite interno que pode definir novas bases para as funções sociais da propriedade e da atividade econômica. Dessa forma, a pessoa humana constitui o ápice na hierarquia dos valores constitucionais do sistema jurídico brasileiro (MEIRELES, 2009, p. 9). Assim sendo, as situações jurídicas existenciais, isto é, as situações subjetivas não patrimoniais, passam a ter primazia sobre as patrimoniais (PERLINGIERI, 1997, p. 90).

A cada dia, novos direitos da personalidade são reconhecidos, o que retrata um momento histórico em constante mutação, em decorrência da evolução do sistema objetivo (direito positivo) e do sistema científico (evolução doutrinária) (CANARIS, 1996, *passim*).

A importância dos direitos da personalidade é tão grande que sua ofensa caracteriza dano material e moral passíveis de indenização. Dessa forma, tais direitos têm dupla dimensão: axiológica, ou valorativa, na medida em que exteriorizam os valores fundamentais da pessoa humana, e objetiva, tendo em vista sua tutela ser garantida por legislação constitucional e infraconstitucional.

Para os naturalistas, os direitos da personalidade correspondem às faculdades normalmente experimentadas pelo homem, sendo atributos inerentes à pessoa humana, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo – nível constitucional ou legislação ordinária –, dotando-os de proteção própria, de acordo contra quem se relacione: Poder Público ou particulares. Assim, quando consagrados na esfera constitucional, ganham *status* de “liberdades públicas”, recebendo toda a proteção própria do sistema.

Os direitos da personalidade apresentam como características: direitos inatos, absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*, conforme versa o artigo 11 do Código Civil (2002). A intransmissibilidade e a irrenunciabilidade apresentam algumas exceções: como a licença para uso da

imagem; os direitos autorais; o direito à imagem; o direito ao corpo. A disponibilidade ocorre por via contratual (licença, cessão de direitos e outros específicos) nos termos restritos aos ajustes escritos (BITTAR, 2008, p. 05;12).

Cumprir verificar o alcance do referido artigo para os direitos de personalidade, bem como para as situações existenciais como gênero. Meireles (2009, p. 157) assevera que a afirmação de que os direitos da personalidade são indisponíveis é simplória demais e, assim, desconsidera que a autonomia privada exclusivamente patrimonialista é inconciliável com a centralidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro.

É possível depreender, daí, a enorme importância dos direitos da personalidade. Apesar disso, o Código Civil Brasileiro, ainda que tenha dedicado capítulo inteiro a eles, não enumerou rol taxativo de direitos da personalidade, reservando ao hermenêuta a tarefa de desenvolver a questão, em sede legislativa, jurisprudencial e doutrinária.

Perlingieri (1997, p. 33) observa a materialização lenta de uma opção entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade, do produtivismo e do consumismo como valores). Essa tendência está presente no direito brasileiro, principalmente a partir da leitura constitucional do Direito Civil. Em suma, em oposição à reificação ou desumanização está a repersonalização ou despatrimonialização do Direito Civil (MEIRELES, 2009, p. 11).

O vínculo entre a despatrimonialização e a constitucionalização do Direito Civil deve-se ao fato de a Constituição ser o fundamento interpretativo da legislação infraconstitucional. Por outro lado, ocorreu a corporificação gradual de um processo de despatrimonialização do direito privado (TEPEDINO, 2008, p. 333).

Andrade (2006, p. 103) esclarece que a Constituição deixa de estabelecer, única e exclusivamente, o Estado de Direito e limitar o poder político, passando a instituir a moldura das atividades dos indivíduos. Dessa forma, ela se transforma em centro de direção da legislação ordinária, em lei fundamental do direito privado e dos demais ramos do direito. Esse fenômeno é chamado de publicização do privado, ocorrendo uma tensão dialética, uma constante inter-relação entre o Direito Público e o Direito Privado. Emblematicamente, menciona-se a problemática da constitucionalização do Direito Civil e seu inverso, a civilização do Direito Constitucional.

Assim, o Direito Civil constitucionalizado impõe a releitura dos institutos do Direito Civil à luz dos valores constitucionais, principalmente a dignidade da pessoa humana, gerando como consequência a centralidade da pessoa humana na disciplina civilista. Dessa forma, a despatrimonialização do direito privado é indução direta do Direito Civil-Constitucional (MEIRELES, 2009, p. 12).

O indivíduo e seus direitos foram realocados no topo do Direito Civil e o patrimônio representa papel coadjuvante. Por essa via, passa-se do indivíduo à pessoa humana; do individualismo ao personalismo; do sujeito abstrato ao sujeito concreto. A ordem jurídica geral volta-se à tutela da pessoa humana no lugar do indivíduo neutro. A pessoa humana não fica reduzida a mero elemento ou sujeito de direito neutro, anônimo e titular de patrimônio, mas é ponto referencial de tutela, o polo da relação jurídica (MEIRELES, 2009, p. 12).

A pessoa, como sujeito de direito, não pode ser dele objeto; porém, como valor, constitui-se bem jurídico em si mesma, digno de tutela privilegiada. A personalidade do artigo 2º do Código Civil refere-se à personalidade civil, mais próxima da noção de sujeito do que de pessoa (MEIRELES, 2009, p. 16).

A situação jurídica subjetiva tem origem no fato jurídico e justifica-se por um interesse existencial ou patrimonial, exercido por uma pluralidade de comportamentos, juridicamente relevantes, e tem o poder de realizar ou de deixar de realizar determinados atos ou atividades, para atingir o seu objetivo nas relações sócio-jurídicas. As relações jurídicas voltadas para as classes do *ser* são identificadas com os direitos da personalidade, que a doutrina classifica como direitos subjetivos absolutos (MEIRELES, 2009, p. 18-19).

Nas situações existenciais, pertencentes à categoria do “ser”, a pessoa é, ao mesmo tempo, sujeito titular do direito e objeto da relação. A titularidade é institucional orgânica. A pessoa vale mais como interesse juridicamente protegido do que sua posição na relação jurídica. A pessoa é elemento interno e externo da relação: atinge o patamar de valor. Enfim, existenciais são as relações jurídicas pessoais ou personalíssimas nas quais titularidade, realização e valor coexistem entre si. O fato de a pessoa ser o referencial objetivo não a coisifica (MEIRELES, 2009, p. 34-36).

Fachin (2000, p. 90) ressalta que “o objeto não é mais algo em si; passa a ter função”. Por conseguinte, não basta o perfil do interesse para distinguir a situação patrimonial da existencial: necessário também o perfil funcional.

Dessa forma, a finalidade dos institutos de Direito Civil não pode se afastar do projeto constitucional. Com a tutela da personalidade, sendo ela valor máximo do ordenamento jurídico brasileiro, todas as situações jurídicas, patrimoniais ou não, tornam-se instrumentos de proteção e de desenvolvimento da pessoa humana (MEIRELES, 2009, p. 39).

Contudo, as situações existenciais incidem imediatamente sobre o desenvolvimento da personalidade, enquanto que as situações patrimoniais apenas de forma mediata. Em vista disso, as situações existenciais têm a função imediata de desenvolvimento da personalidade, cuja observância é necessária para serem tuteladas (MEIRELES, 2009, p. 39).

As situações existenciais têm finalidade precípua e imediata de promover o livre desenvolvimento da personalidade, alcançando o topo da hierarquia valorativa constitucional, motivo de sua prevalência sobre as situações patrimoniais e não patrimoniais *stricto sensu*. A superior relevância das situações existenciais possibilita a sua prevalência em conflitos, a fim de que se preserve o valor máximo de tutela da pessoa humana (MEIRELES, 2009, p. 39).

Os bens jurídicos que são objeto dos direitos da personalidade encontram-se divididos em: a) físicos (vida, corpo, partes do corpo, imagem, voz, cadáver, locomoção); b) psíquicos (liberdades “expressão, culto e credos”, intimidade, segredos “pessoais e profissionais”, higidez psíquica), e c) morais (nome, reputação, direito moral de autor, dignidade pessoal, sepulcro, lembranças de família e outros) (BITTAR, 2008, p. 64).

Assim sendo, na mudança de sexo (e de nome) no registro civil dos transexuais, constata-se o envolvimento de bens jurídicos nos três níveis: o físico, quando se fala da disposição do próprio corpo no que diz respeito à cirurgia de adequação de sexo, e da própria vida (no caso dos homicídios e das mutilações praticados pela não aceitação do sexo biológico pelos transexuais); o psíquico, relativo às liberdades, à intimidade, ao direito ao segredo e à higidez psíquica; e o moral, no que tange aos aspectos da mudança de nome e de gênero no registro civil, envolvendo a dignidade pessoal do transexual.

Nesse viés, encontra-se a liberdade, fundamento de vital importância para o efetivo exercício da dignidade humana e dos direitos de personalidade. A liberdade pode ser entendida como o poder que o homem tem de tomar atitudes em busca de seu desenvolvimento e da realização de sua dignidade, nitidamente entruncada ao agir humano.

Percebe-se assim, que para a efetivação das mudanças necessárias a fim de que seja respeitada a dignidade da pessoa humana, no caso, transexual, cujo sexo biológico (nos casos da realização da cirurgia), psíquico e civil estejam de acordo com a sua realidade vivida, é imprescindível a liberdade. Essa liberdade para decidir o que ele(a) deseja fazer com o seu corpo, com sua forma de agir, de representar-se e de ser reconhecido está traduzida como autonomia decisória do indivíduo.

O TRANSEXUAL E A AUTONOMIA DECISÓRIA

A pessoa humana é o maior fim social, sendo a própria função social. As situações existenciais tutelam a pessoa humana. Nessas situações, está em xeque a dignidade da pessoa humana, de interesse tanto individual quanto coletivo. Em suma, o interesse individual que coincide com o desenvolvimento da personalidade é o fim social máximo no direito brasileiro.

Esse conceito está inserido na redefinição do conceito de interesse público e da supremacia deste sobre o privado. Na noção de interesse público inclui-se, contemporaneamente, o interesse público primário que se refere aos interesses de toda a sociedade, relacionados aos princípios constitucionais fundamentais (MEIRELES, 2009, p. 44).

Neste viés, Barroso (2005, p. XV) ressalta que a realização do interesse público ocorre quando o Estado cumpre de maneira satisfatória o seu papel mesmo que referente a um único cidadão. Se determinada meta coletiva (p. ex.: garantia da segurança pública, saúde pública) viola a dignidade humana de uma só pessoa, a meta deve ser preterida (BARROSO, 2005, p. XVII).

No escopo da dignidade do indivíduo encontra-se a sua liberdade, nela delimitadas a privacidade e a intimidade; o público e o privado. Bittar (2008, p. 66) afirma que o circuito privado das pessoas dentro das esferas pública e privada varia apenas de extensão. Na pública, os acontecimentos fluem normalmente para a sociedade em geral; na esfera privada, partes de fatos de ordem pessoal extrapolam para a comunidade (família, amigos, negócios), restando as constitutivas de segredos reservadas apenas para o intelecto do interessado. Ressalte-se que a esfera privada subdivide-se em esfera individual (da pessoa em contato com o mundo exterior) e esfera privada propriamente dita (em sentido estrito, da sua intimidade, confidencialidade ou segredo), com pouco ou nenhum participante.

O direito à privacidade pessoal constitucionalmente protegido é indispensável a qualquer concepção moderna de liberdade. Cohen (2012, p. 169-170) entende que, a reconciliação da universalidade e particularidade, autonomia e identidade, não pode ser inteiramente resolvida na esfera pública, constituindo precondições fundamentais para a cidadania pública e para a construção e defesa de identidades únicas as quais dependerão da manutenção das necessárias proteções políticas e legais da privacidade.

Em suma, tanto a proteção à uma multiplicidade de “vozes” na esfera pública (universalidade) como a proteção à privacidade (particularidade) são cruciais para qualquer projeto de democratização que tente evitar a exclusão, o nivelamento e a homogeneização. A autora afirma, ainda, que se deve “desconstruir” conceitos que servem às finalidades da dominação e redescrever o bem que é protegido pela privacidade.

A noção de privacidade tem seu núcleo na inviolabilidade da personalidade, na intimidade e na integridade corporal (COHEN, 2012, p. 173). Nas relações íntimas, deve-se preservar a informação, o acesso e a comunicação interna, que são imprescindíveis para a confiança, e é isso que os direitos de privacidade associativa buscam assegurar. Por outro lado, os direitos à privacidade individual buscam preservar a integridade pessoal e corporal dos membros da família, contra abusos perpetrados dentro da entidade familiar (COHEN, 2012, p. 177).

Esse conceito de privacidade busca assegurar aos indivíduos “autonomia de decisão a respeito de certas preocupações intensamente pessoais” (COHEN, 2012, p. 181). Para Cohen (2012, p. 188), os novos direitos à privacidade incluem aspectos informacionais e decisórios, exercendo um papel importante na proteção das capacidades dos sujeitos e na formação da autoconcepção coerente, autêntica e distinta.

Além disso, a proteção à privacidade é muito mais do que o direito a ser deixado em paz, compreende a proteção de “frágeis identidades concretas e processos de autoafirmação que, na verdade, são constitutivos de quem somos e de quem desejamos ser” (COHEN, 2012, p. 189).

Pode-se dizer que o direito à privacidade pessoal consiste em poder ser diferente, decidir questões pessoais sem a necessidade de justificar à sociedade o motivo da escolha. O sentimento de controle da própria identidade, sobre o acesso a si próprio, sobre quais aspectos de si serão apresentados em que momento e a quem, juntamente com a capacidade de exigir ou de renunciar às demandas por acesso é claramente empoderador (COHEN, 2012, p. 191-193).

A autoconfiança afirma-se no momento em que se pode dispor livremente do próprio corpo, coordenar harmoniosamente suas funções e regular o acesso a ele. Sem isso, sem pelo menos esse reconhecimento mais básico da dignidade de alguém, a autoimagem do indivíduo fica mutilada (perda da confiança). O mesmo ocorre com a segurança que lhe é necessária para interagir adequadamente com os outros e expressar suas próprias necessidades e sentimentos (COHEN, 2012, p. 196). Dessa forma, o transexual que não se identifica com o sexo anatômico, nem com o sexo registral sente perdida sua dignidade.

Nossa relação com o corpo, nossa corporificação (embodiment), é o substrato crucial de nossa identidade, mas não o seu todo. Uma vez que reconheçamos que a formação da identidade ocorre ao longo de nossas vidas, podemos ver que o significado simbólico que atribuímos a nossos corpos e individualidades tem muitas fontes e pressupostos (COHEN, 2012, p. 197).

A inadequação dos documentos com a realidade fática traz como consequência abusos contra os transexuais, os quais ficam submetidos a situações constrangedoras, a assédio moral e a dificuldade em encontrar emprego: as vagas disponíveis frequentemente são na área de moda e de beleza e acabam tendo que trabalhar na rua, prostituindo-se, para angariar seu sustento.

As longas filas de espera para a realização da cirurgia de transgenitalização via Sistema Único de Saúde (SUS) e os altos preços da cirurgia no sistema privado levam o transexual a permanecer à margem da sociedade e a ter seus direitos negados. Muitos sucumbem frente à discriminação e ao preconceito. Não suportam continuar passando por situações vexatórias e acabam, muitas vezes, se automutilando, tentando realizar uma autocirurgia ou atentando contra a própria vida (GADVS, 2014).

Honneth (2010, p. 118) verifica essa dependência de constante reafirmação pelo outro na teoria da individuação humana. O desrespeito pode implicar em lesão e a identidade da pessoa entra em colapso. Essa dependência cresce conforme aumenta a consciência de sua individualidade, pois passa a depender mais do reconhecimento da sociedade. Implica dizer que a vulnerabilidade humana, constituída pelo desrespeito, decorre do entrosamento, da individuação e do reconhecimento.

Essa desvalorização social torna o indivíduo vítima de perda de autoestima, ou seja, ele não concebe mais a si próprio como um ser com traços característicos e habilidades dignos de estima. Dessa forma, a pessoa é privada do reconhecimento expresso pela aprovação social do tipo autorrealização adquirida através de árduo processo de encorajamento por meio da solidariedade do grupo (HONNETH, 2010, p. 121).

A degradação social e a humilhação colocam em xeque a identidade do ser humano na mesma proporção que as doenças físicas comprometem o bem-estar do indivíduo. O tratamento preventivo de doenças equivale à garantia social das relações de reconhecimento, capazes de proporcionar ao sujeito a maior proteção possível contra o desrespeito (HONNETH, 2010, p. 122).

A adequação do nome e do sexo no registro civil é de vital importância para a inserção do transexual no mercado de trabalho, que tem relação direta com a inserção social. Segundo a Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA), 90% das travestis e das transexuais estão se prostituindo no Brasil. Ainda que elas queiram arranjar um emprego com rotina, horário de trabalho e carteira assinada, o preconceito fica evidente quando elas se candidatam a uma vaga. O currículo é elogiado pelo entrevistador, porém, ao observar os documentos discordantes ao sexo aparente, é o fim da entrevista (ANDRADE, 2013)³.

Muitos transexuais não se assumem por esse motivo, pois dependem de um emprego, no qual podem vir a sofrer assédio moral, tanto vertical, promovido pelo patrão, como horizontal, promovido pelos colegas. Os transexuais que se assumem normalmente são autônomos ou possuem uma vida estável, de forma que não dependem de patrão ou de emprego, é o que relata Marcia Rocha, advogada transexual (ROCHA, 2014).⁴

Aliás, o problema vivido pelos transexuais começa ainda mais cedo: na falta de aceitação pelos pais e pelo preconceito e pela discriminação sofridos na escola. Dessa maneira, a maioria desiste de estudar, de forma que, desde cedo, se veem tolhidos da chance de galgar por estudos visando a profissões mais bem remuneradas.

Bento (2011, p.555) afirma que não existem indicadores para medir a homofobia (e a transfobia) na escola por causa do “disfarce” do “manto invisibilizante” da evasão. Na realidade

³ Entrevista concedida à blog. Ver referências.

⁴ Entrevista concedida à Tv Brasil: Caminhos da Reportagem. Transexual: a busca pela identidade. Ver ref.

o que ocorre é um processo de expulsão, onde devem ser averiguados os motivos que levaram o aluno transexual a não frequentar mais a escola.

Melo (2014)⁵ afirma que o transexual sofre o mesmo tipo de discriminação que as mulheres, pois representa uma “vergonha” para o masculino (empresa), por ter desistido do poder, de “ser homem” e por ter assumido o lado frágil, feminino:

Quando você fere o ideário machista de colocar um homem de salto alto, ou seja, de você pegar este homem e colocar numa condição feminina que é inferior, isso é um problema sério: ‘os homens’ não aceitam. ‘Os homens’ que eu digo no sentido de instituições (MELO, 2014).

No caso de trans homem, continua Melo (2014), a discriminação ocorre porque, na visão institucionalizada da empresa, ele sempre será uma mulher querendo adentrar no universo masculino de poder. Assim, o homem trans sofrerá o estigma de ser considerado sempre uma mulher, pois nasceu assim, sem “pênis”; já a mulher trans sofre o assédio moral pois desistiu do “poder” – masculino – para se associar ao “fraco” – o feminino.

Ganham importância, nesse contexto, os estudos das autoras pré-feministas Simone de Beauvoir (1949) e Margaret Mead (1935) que revelaram a opressão feminina nas sociedades ocidentais relativa à sua sexualidade exercida pelo poder econômico, biológico e psicológico masculino. A mulher era tratada como “o outro”, o negativo do homem e, por consequência, inferior a ele. Na célebre frase de Beauvoir, “não se nasce mulher, torna-se uma” (BEAUVOIR, 1949, p. 9), pode-se verificar que o ser feminino é um ser construído culturalmente, já o masculino parece pré-determinado.

Das teorias mencionadas decorrem várias correntes feministas como a teoria *queer*, influenciada por Mead. Essa teoria afirma que a “orientação” sexual e a identidade sexual ou o gênero dos indivíduos são resultado de uma construção social e que, portanto, não existem papéis sexuais essenciais ou biologicamente inscritos na natureza humana. Louro (2004, p. 47) alega que “a teoria *queer* permite pensar a ambiguidade, a multiplicidade e a fluidez das identidades sexuais e de gênero, mas, além disso, também sugere novas formas de pensar a cultura, o conhecimento, o poder e a educação”. Vê-se que a teoria *queer* foge dos padrões normativos e estigmatizadores impostos pela biologia e pelos padrões sociais.

A sexualidade passa não apenas pelo biológico, mas a cultura e as representações sociais em torno do sexo também influenciam diretamente o comportamento dos indivíduos inseridos em suas realidades (ALBANO, 2013, p. 100).

⁵ Entrevista concedida à Tv Brasil: Caminhos da Reportagem. Transexual: a busca pela identidade. Ver ref.

Berkman (2013, p. 329) ressalta que a autoconstrução sexual do ser humano em si mesmo e nos demais constitui tema dos mais debatidos, sofrendo ataques constantes e apresentam interessantes particularidades. Parecem não identificar-se a nenhum projeto de vida, pois a sexualidade não lhes resulta de uma opção. A liberdade para fazer projetos está no autoconstruir-se de acordo com sua sexualidade.

Assim, a liberdade para autoconstruir-se, para criar a própria identidade através da autonomia decisória e, conseqüentemente, implementar o próprio projeto de vida está intimamente ligada ao empoderamento da dignidade da pessoa humana. A identidade sexual traz questões concomitantes com outras “identidades”: étnica, nacional, idiomática e até religiosa, sendo útil em matéria de discriminação (BERKMAN, 2013, p. 330)

A autonomia decisória existencial volta para a satisfação de interesses e das funções relativos à pessoa, tais como o livre desenvolvimento da personalidade, os quais merecem tutela e são socialmente úteis, mas não se subordina a interesses da coletividade. O fim socialmente útil da autonomia existencial consiste na dignidade da pessoa humana, portanto não viola e sim promove a liberdade individual (MEIRELES, 2009, p. 189).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da primazia da realidade prevê que o fato precede a forma. Sob esse aspecto, deduz-se que a realidade corresponde à identidade vivenciada pela pessoa, ou seja, em relação à identidade de gênero, implica em como as pessoas se representam e como são reconhecidos. Logo, o princípio supracitado vem corroborar a necessidade de mudança do nome e do gênero nos registros das pessoas transexuais haja vista a situação vexatória pela qual passam sempre que houver conferência de documentos. Reforçam-se, nesse caso, os princípios da dignidade humana, da igualdade, da fraternidade, da solidariedade, da proteção e da primazia da realidade.

Tartuce (2005, p. 1) entende que o fundamento de proteção da dignidade da pessoa humana é o mais correto e pertinente. Na realidade, esse princípio faz referência implícita ao mencionar a situação de ridículo a que muitas vezes o transexual é submetido. Na maioria das vezes, há um impacto no interlocutor ao visualizar o transexual e confrontá-lo com a sua identificação civil.

Independentemente do lugar ou da condição em que o transexual se encontre, a proteção de sua integridade corporal e de sua privacidade é medida que se faz necessária. Nessa seara, o direito ao corpo, à intimidade e à adequação de seu registro civil, enquanto direito à privacidade faz reconhecer a diferença. A partir do momento em que for reconhecido a cada

pessoa o direito de escolher sobre a sua sexualidade e outras questões que estão no campo da individualidade, afirma-se o direito de ser diferente (COHEN, 2012, p. 198).

Assim, Meireles (2009, p. 182) conclui que, apesar de a regra ser a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade das situações jurídicas subjetivas existenciais, seu poder de disposição não está vedado, principalmente no que tange aos novos aspectos não patrimoniais emergentes da autonomia decisória. Porém, o artigo 11 do Código Civil coloca a autorização legal como obstáculo intransponível aparentemente.

No caso dos transexuais, esse “obstáculo” gera segurança jurídica uma vez que feita a averbação à margem do registro civil, fica resguardada a sua intimidade e também o interesse de terceiros. A dinâmica social do reconhecimento, portanto a “gramática dos conflitos sociais”, responde à formulação: desrespeito, luta por reconhecimento e mudança social.

REFERÊNCIAS

ALBANO, Daniel. O stop-start e o squeeze no contexto clínico de terapia sexual. In: MATTEU, Douglas et al. **Treinamentos comportamentais**. São Paulo: Ser Mais, 2013.

ANDRADE, Daniela. Feminismo pra que: o preconceito contra transexuais no mercado de trabalho. **Carta Capital**. 01/11/2013. Entrevista concedida a Nadia Lapa. Disponível em: < <http://www.cartacapital.com.br/blogs/feminismo-pra-que/o-preconceito-contratransexuais-no-mercado-de-trabalho-2970.html>>. Acesso em: 03 nov. 2013.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Considerações sobre a tutela dos direitos da personalidade no Código Civil de 2002. In: SARLET, Ingo. **O Novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ARAN, Márcia; MURTA, Daniela; LIONÇO, Tatiana. Transexualidade e saúde pública no Brasil. Disponível em: <http://www.scielo.org/scielo.php?pid=S1413-81232009000400020&script=sci_arttext>. **Ciência & saúde coletiva**; vol.14; n.4; Rio de Janeiro, July/Aug. 2009. Acesso em 10 mar. 2011.

ARÁN, Márcia; MURTA, Daniela. Do diagnóstico de transtorno de identidade de gênero às redescrições da experiência da transexualidade: uma reflexão sobre gênero, tecnologia e saúde. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312009000100003>. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**; vol.19; n.1; Rio de Janeiro 2009. Acesso em 16 mar. 2011.

ARAÚJO, Álvaro Cabral; LOTUFO NETO, Francisco. A nova classificação americana para os transtornos mentais – o DSM-5. **Revista Brasileira de Terapia Comportamental e Cognitiva**.

FMUSP. São Paulo, Vol. XVI, n. 1, 67 – 82. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Prefácio. In: SARMENTO, Daniel (org). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**: a experiência vivida. 7. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1949, v.2.

BENTO, Berenice. Na escola se aprende que a diferença faz a diferença. In: **Estudos Feministas**. Florianópolis, 19(2): 336, mai-ago/2011. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em 20/01/2015.

BERKMAN, Ricardo Rabinovich. Sobre o direito relacionado à Identidade sexual e aspectos relacionados. In: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (coord). **Direito à diferença**: aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis. Vol 2. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Antônio Luiz de Toledo Pinto et al. 11. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 jan. 2015.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema da ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

COHEN, Jean L. **Repensando a privacidade**: autonomia, identidade e a controvérsia sobre o aborto. In: Revista Brasileira de Ciência Política, nº 7, Brasília, jan-abr de 2012. p. 165-203.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1482, de setembro de 1997. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalização. **Diário Oficial da União**, 1997, 19 set. Disponível em: < http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652_2002.htm > Acesso em: 13 mar. 2011.

_____. Resolução n. 1.652, de maio de 2002. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalização e revoga a Resolução CFM 1.482/97. **Diário Oficial da União**, 2002, 2 dez. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L1652.htm>

www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652_2002.htm Acesso em: 13 mar. 2011.

_____. Resolução n. 1.955, de setembro de 2010. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalização e revoga a Resolução CFM n. 1652/2002. **Diário Oficial da União**, 2010, 03 set. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1955_2010.htm> Acesso em: 13 mar. 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL/SP (GADVS/SP). Em defesa dos direitos da população LGBTI. IOTTI, Paulo. **Direitos negados a LGBTI**. 20/09/2014. Disponível em: <<http://www.gadvs.com.br/?p=1903>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

HONNETH, Axel. Integridade e desrespeito: princípios para uma concepção de moralidade baseada na teoria do reconhecimento. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi de (Org.). **Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico**. Barueri: Manole, 2010. Cap. 6. p. 115-132.

LOPES, André Côrtes Vieira. **Transexualidade**: reflexos da redesignação sexual. Belo Horizonte. Trabalho de conclusão de curso de especialização em Direito de Família, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte: 2009.

LOURO, Guacira Lopes. **Um corpo estranho**: ensaios sobre sexualidade e teoria queer. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MELO, Mariana. **Transexual: a busca pela identidade**: depoimento (27/11/2014). Tv Brasil: caminhos da reportagem. Entrevistadores Aline Beckstein, Gustavo Minari, Luana Ibelli. Disponível em: <<http://tvbrasil.ebc.com.br/caminhosdareportagem/episodio/transexual-a-busca-pela-identidade#media-youtube-1>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

MENIN, Márcia Maria. Um novo nome, uma nova identidade sexual: o direito do transexual rumo a uma sociedade sem preconceitos. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord). **A outra face do Poder Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MORICI, Sílvia. Homossexualidade: um lugar na história da intolerância social, um lugar na clínica. In: GRAÑA, Roberto B. (org.). **Homossexualidade**: formulações psicanalíticas atuais. Porto Alegre: Artmed, 1998.

NAHOUM, Jean Claude. O homossexualismo visto por um médico. **Separata das Vozes**, Rio de Janeiro, ano 61, n. 12, p. 1087, dez. 1997.

OLAZÁBAL, Luisa Campos. **Variabilidade cromossômica e dermopapilar no transexualismo**. Dissertação de mestrado, área de biologia. USP, São Paulo, 1976, 65 p.

PAIVA, Luiz Airton Saavedra; VIEIRA, Tereza Rodrigues. A transexualidade no passado e o caso Roberta Close. In: PAIVA, Luiz Airton Saavedra; VIEIRA, Tereza Rodrigues (Orgs.). **Identidade sexual e transexualidade**. São Paulo: Roca, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PINTO, M. J. C. e BRUNS, M. A. T. Avaliação psicológica em transexualidade no Hospital de Base de São José do Rio Preto. In: VIEIRA, Tereza R.; PAIVA, Luiz Ayrton S. de. **Identidade sexual e transexualidade**. São Paulo: Roca, 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70022504849**, da Oitava Câmara Cível. Apelante Ministério Público. Apelado: ARCS. Relator: Rui Portanova. Porto Alegre, 23/04/2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 10/01/2015.

ROCHA, Marcia. **Transexual: a busca pela identidade – depoimento (27/11/2014)**. Tv Brasil: caminhos da reportagem. Entrevistadores Aline Beckstein, Gustavo Minari, Luana Ibelli. Disponível em: <<http://tvbrasil.etc.com.br/caminhosdareportagem/episodio/transexual-a-busca-pela-identidade#media-youtube-1>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

SAADEH, Alexandre. Morbidades psiquiátricas e transexualismo. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues; PAIVA, Luiz Airton Saavedra (Orgs.). **Identidade sexual e transexualidade**. São Paulo: Roca, 2009.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual: estudo sobre o transexualismo: aspectos médicos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TARTUCE, Flávio. Mudança do nome do transexual. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 884, 4 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7584>>. Acesso em: 2 out. 2014.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Mudança de sexo – aspectos médicos, psicológicos e jurídicos. **Psicólogo inFormação**. São Paulo: ano 4, n. 4, p. 63-77, jan/dez. 2000.

A (IM) POSSIBILIDADE DE INSERÇÃO DE TRANSGÊNEROS NO MERCADO DE TRABALHO

KARINI DA SILVA RAMOS ¹

VALDECILIANA DA SILVA RAMOS ANDRADE ²

RESUMO

Este estudo busca analisar a inserção de transgêneros – transexuais no mercado de trabalho, identificando obstáculos e impactos da atividade sofridos pela categoria e se pauta a partir dos pressupostos dos direitos personalíssimos para promover uma reflexão acerca da posição dessas minorias na sociedade brasileira. Visa, ainda, apresentar medidas de superação promovidas pelo Estado, destacando a insuficiência na manutenção de suas próprias políticas, em especial as Cotas de Gênero. Além disso, visa mostrar que o mesmo, como órgão mantenedor do poder deve atuar como agente transformador dessa realidade, ensejando o desprendimento de conceitos e valores arraigados que impedem um olhar mais amplo acerca das questões de gênero. Para desenvolver este estudo, recorre-se a pesquisa teórica, pautada em estudos bibliográficos, os quais apresentam as controvérsias acerca das questões de gênero. Assim, faz-se um breve histórico sobre a origem do termo transgênero; aborda-se o significado das categorias travesti e transexual; realiza-se um breve relato sobre o mercado de trabalho e sua relação com as minorias. Além disso, é discutido um caso específico de cota de gênero, para se analisar as questões expostas. O marco teórico deste estudo adota alguns, tais como: Susan Stryker (1999), Judith Butler (2009), Carlos Alberto Bittar (1989), Orlando Gomes (2007), Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2013). Tais estudos puderam estabelecer diálogo com o tema da inserção de transgêneros no mercado de trabalho. Ademais, infere-se que um Estado que atue promovendo políticas de inclusão de minorias e mecanismos de acesso a essas políticas é essencial para qualquer comunidade, para que esta possa ser considerada de fato evoluída, não se prendendo a rótulos e a desigualdades impostas socialmente.

Palavras-chave: Transgêneros. Mercado de trabalho. Direitos personalíssimos.

INTRODUÇÃO

Questões acerca de gênero são lançadas todos os dias pela mídia, que busca amparo do judiciário para resolver lides, discutir e (re) pensar o contexto social brasileiro, para que se possa acompanhar os avanços significativos que a sociedade tem alcançado, sem que se esqueça de conferir atenção aos direitos constitutivos da personalidade dos indivíduos.

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. GT-IV. E-mail: karinizr@gmail.com.

² Doutora em Língua Portuguesa pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Linguística e Filologia – UNESP. Professora da Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Email: valdeciliana@uol.com.br.

O presente trabalho tem como objetivo analisar a inserção de transgêneros no mercado de trabalho, tendo em vista os direitos personalíssimos, os quais são constitutivos da dignidade da pessoa humana configurada pelos Direitos e Garantias Fundamentais amplamente defendidos pela Carta Magna Brasileira de 1988, em seu artigo 5º, caput, CF/ 88³.

Para uma maior compreensão do tema, caberá aqui, também, apresentar as controvérsias acerca das questões de gênero, um breve histórico sobre a origem do termo transgênero, o significado das categorias travesti e transexual, um breve relato sobre o mercado de trabalho e sua relação com as minorias, aplicação de um caso de cota de gênero como exemplificação da pesquisa, objetivando uma reflexão acerca da posição dessas minorias na sociedade brasileira.

UMA QUESTÃO DE GÊNERO

Entende-se que gênero é uma construção sociológica referente a valores e significações que estruturam a compreensão do mundo e da identidade de cada indivíduo, tendo em vista seu papel na sociedade e não simplesmente a questões biológicas como aborda o termo sexo.

O fato de um indivíduo se sentir homem ou mulher (sua identidade de gênero) não tem, necessariamente, relação com seu sexo biológico (identidade sexual); nem tampouco com sua orientação sexual (que pode ser heterossexual, homossexual, bissexual). Contudo, no Ocidente, o conceito de gênero está colado ao de sexualidade/reprodução, o que promove uma imensa dificuldade de separar, segundo o senso comum, a problemática da identidade de gênero da de orientação sexual⁴.

Convencionou-se adotar por gênero os tipos feminino e masculino, tipos estes definidores de uma sociedade patriarcal, marcada por relações de poder e pautada em valores e dogmas religiosos, a qual a mulher está sujeita ao homem. Esse binarismo compreende que os gêneros masculino e feminino estão atrelados ao sexo – homem e mulher, respectivamente. Sem que possam ocorrer quaisquer tipos de variações entre esses termos.

Essa associação errônea entre sexo e gênero cria em meio à sociedade certos preconceitos para com aqueles indivíduos cujos interesses não se enquadram ao paradigma outrora imposto.

Com o passar dos séculos e dos diversos acontecimentos que circundaram a realidade social mundial, como a revolução francesa que trouxe consigo um novo modo de pensar e ver

³ Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

⁴ LIMA, Rita de Lourdes de. **Diversidade, identidade de gênero e religião**: algumas reflexões. Em Pauta. 2011, n. 28, pp. 165-182. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaempauta/article/view/2940>>. Acesso em: 19 mar. 2015.

a sociedade por meio de seu racionalismo e do abandono de dogmas embebidos no universo religioso, surgem algumas concepções alheias às outrora impostas socialmente (feminino e masculino). A partir daí, tem-se o estabelecimento do termo transgêneros.

ETIMOLOGIA: TRANSGÊNERO

O prefixo *Trans* vem do latim e significa “além de” e o termo gênero compreende o binarismo feminino e masculino convencionado historicamente pela sociedade, portanto, tem-se um significado “para além do originalmente acordado”.

Essas convenções feitas pela sociedade podem ser entendidas como rótulos, nos quais são inseridos cada indivíduo em particular. Se não há uma adesão aos rótulos previamente definidos socialmente, dá-se início ao processo de estranhamento social que pode levar a uma exclusão.

Tal estranhamento caracteriza-se pelo medo ou pelo simples fato de não se aceitar o *diferente*. O normal, o convencionado é o termo heterossexual, qualquer termo diferente deste não é aceito, pois entende-se que é um desprendimento dos valores outrora acordados pelo corpo social.

Importante ressaltar, que é a partir desses rótulos ou a desconformidade para com eles que faz surgir os preconceitos que estão cada vez mais impregnados nos indivíduos. Daí a importância de se promover uma conscientização de que rotular não é interessante para as relações sociais, visto que deteriora muitas delas.

Portanto, saber aceitar o diferente e vê-lo também como *normal* é de suma importância para se promover uma melhoria nas relações sociais e um respeito aos direitos constitutivos da dignidade humana de cada um.

HISTÓRICO

O termo *transgênero*, conforme afirma Stryker, data dos anos oitenta. Sua origem é geralmente atribuída a Virgínia Prince, que o cunhou para designar travestis masculinos heterossexuais (crossdressers) nos seus pioneiros livros de auto-ajuda intitulados *O travesti e sua esposa* e *Como ser uma mulher sendo homem* (The travestite and his wife e How to be a woman though male)⁵.

⁵ STRYKER, Susan. Portrait of a Transfag Drag Hag as a Young Man: The Activist Career of Louis G. Sullivan. MORE, Kate; WHITTLE, Stephen. **Reclaiming Genders: Transsexual Grammars at the Fin de Siecle**. London: Cassell, 1999. p. 62-82.

O termo transgênero *a priori* limitava-se a duas classificações: travesti e transexual, porém, com o passar dos anos, passou a abarcar diversas terminologias além dessas, quais sejam: andrógenos, lésbicas masculinizadas, homossexuais masculinos efeminados, drag queens, intersexuados, drag kings, transformistas, etc⁶.

No século XXI, o transgenerismo passou a ganhar força de forma incipiente nos países do hemisfério norte, ganhando o apoio de organizações e contribuindo diretamente com movimentos de afirmação de transgêneros. O termo começou a ser visto como uma terceira opção de gênero, além do masculino e feminino⁷.

O transgenerismo no Brasil ainda não está consolidado, mas há certa articulação por parte de órgãos que defendem os interesses do segmento, mas nenhum de forma oficial⁸.

1.3 TRAVESTIS E TRANSEXUAIS

O termo travesti, segundo o dicionário Houaiss, teve sua primeira aparição em 1543, significando *disfarçado*. É derivada de *travestire*, ou seja, disfarçar-se⁹.

O termo disfarçar, por sua vez, tem como definição: Vestir (-se) de modo que não se veja ou conheça; mascarar (-se); Encobrir, ocultar, tapar defeitos, imperfeições, deficiências; Conservar oculto o conhecimento de; Alterar, modificar, mudar, para fingir ou tornar desconhecido; Conter a expressão ou manifestação de (algum sentimento); Ocultar suas percepções, seus sentimentos ou seus intentos; dissimular; Usar de fingimento; fingir¹⁰.

As definições acima elencadas denotam um jogo de palavras que retratam a realidade do travesti, que coagido pela sociedade não se “mostra” verdadeiramente, sempre está às margens e alheio à mesma.

De acordo com o DSM¹¹, o termo travesti constitui-se em “travestismo fetichista”, configurando-se em pessoas que se vestem de acordo com um gênero oposto ao que lhe foi determinado biologicamente. Ao passo que o termo transexual refere-se a transtorno de identidade de gênero – formado por transexuais mulheres e transexuais homens. Nesse sentido, Butler afirma:

⁶ Ibid., p. 62-82.

⁷ Ibid., p. 62-82.

⁸ Ibid., p. 62-82.

⁹ HOUAISS, **Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em: <<http://dicionario.cijun.sp.gov.br/houaiss/cgi-bin/houaissnetb.dll/frame>>. Acesso em: 19 mar. 2015.

¹⁰ MICHAELIS, **Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=disfar%E7ar>>. Acesso em: 20 mar. 2015

¹¹ DSM (Manual Diagnóstico e Estatístico das Desordens Mentais) e o CID (Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde), que foi criado pela Organização Mundial da Saúde, diagnosticam a travestilidade e a transexualidade como patologias. (BARBOSA, 2013).

De fato, ele pode ser considerado um dos instrumentos fundamentais, enfim, necessários para fazer a transição e tornar a vida vivível, proporcionando a base para que uma pessoa se desenvolva como um sujeito corporal. Por outro lado, o instrumento assume vida própria e pode tornar a vida mais difícil para aquelas pessoas que sofrem por serem patologizadas e que perdem certos direitos e liberdades, incluindo a custódia das crianças, o emprego e a moradia, devido ao estigma inerente ao diagnóstico ou, mais precisamente, devido ao estigma que o diagnóstico reforça e promove. Embora fosse, sem dúvida, melhor que vivêssemos num mundo no qual não houvesse tal estigma – nem tal diagnóstico –, ainda não vivemos num mundo assim. Além disso, a profunda suspeita a respeito da saúde mental daquelas pessoas que transgridem as normas de gênero estrutura a maioria dos discursos e instituições que regulam questões acerca do direito e da possibilidade de ajuda financeira e assistência médica¹².

Tanto o travestismo quanto a transexualidade, caracterizadas como patologias, podem influenciar diretamente na vida dos componentes deste segmento de transgeneridade, visto que os mesmos passam a ser vistos pela sociedade com certo preconceito, sendo assim considerados como minorias.

Cabe aqui também ressaltar a diferença entre homossexual, bissexual e heterossexual, a fim de se compreender melhor o tema proposto neste trabalho.

Homossexual: Diz-se de relacionamento sexual entre indivíduos do mesmo sexo; Que ou aquele que tem afinidade e atração sexual somente com indivíduos do mesmo sexo; gay. Bissexual: Relativo a ou compatível com ambos os sexos; ambisséxuo; Que ou o que apresenta características dos dois sexos; Que ou aquele que mantém relações sexuais tanto com homens quanto com mulheres; Que ou aquele que é ao mesmo tempo heterossexual e homossexual. Heterossexual: Relativo ou pertinente aos dois sexos; Relativo ao sexo oposto, por oposição a homossexual¹³.

A homossexualidade e a bissexualidade são formas de transgenerismo, visto que transcendem à ideia do padrão de normalidade entendido e inculcido na sociedade, qual seja, heterossexual, já que indicam aquelas pessoas que se sentem diferentes do gênero a qual nasceram.

MERCADO DE TRABALHO E MINORIAS: UMA RELAÇÃO PARADIGMÁTICA

O trabalho é fundamental na vida de qualquer indivíduo para que se possa promover a satisfação de necessidades básicas do ser humano. Weber, em sua obra “A ética protes-

¹² BUTLER, Judith. Desdiagnosticando o gênero. Tradução de André Rios. *Physis* [online]. 2009, vol.19, n.1, pp. 109. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73312009000100006&script=sci_arttext>. Acesso em 19 mar. 2015.

¹³ MICHAELIS, **Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/>>. Acesso em: 20 mar. 2015

tante e o espírito do capitalismo”, concebeu uma expressão até hoje bastante difundida em meio à sociedade “o trabalho dignifica o homem”, a qual declara a importância do trabalho e do trabalhador.

Apesar de sua importância conferida por meio da dignificação do homem, o ingresso ao mercado de trabalho possui alguns agentes limitantes em especial para as minorias, dentre os quais convém citar: divisão de classes sociais, seletividade e discriminação.

Por classes sociais entende-se a divisão da sociedade em caracteres econômicos, em que pessoas com alto poder aquisitivo destacam-se no mercado e ascendem em sua carreira, tendo como contraponto os indivíduos com menor poder aquisitivo, os quais possuem certas limitações em sua entrada no mercado de trabalho. E quando ocorre sua entrada, são estigmatizados e inseridos em cargos inferiorizados, configurando-se assim numa seletividade de grupos.

Tal seletividade não ocorre apenas devido ao viés econômico, mas também quanto ao grau de escolaridade, informalidade, remuneração, cor, gênero, raça e estereótipos culturais reproduzidos de geração para geração. O que se caracteriza numa relação de discriminação, principalmente por se tratar de uma sociedade embasada no patriarcalismo, em que a dominação de gênero (masculina) prevalece. Nesse sentido:

O paradigma da dominação masculina divide homens e mulheres em grupos hierárquicos, dá privilégios aos homens à custa das mulheres. E em relação aos homens tentados, por diferentes razões, de não reproduzir (ou o que é pior, de recusá-los para si próprios), a dominação masculina produz a homofobia para que com ameaças, os homens se calquem sobre esquemas ditos normais de virilidade¹⁴.

Para que haja um término ou pelo menos uma minimização dessas desigualdades que são inaceitáveis, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA acredita que deva ocorrer a erradicação da miséria, a promoção de um ensino qualificado e a oferta de empregos decentes¹⁵.

Além dos itens outrora elencados, a Organização Internacional do Trabalho- OIT acredita ser necessária uma política integrada que inclui: o papel das convenções internacionais do trabalho, a legislação nacional e seu aperfeiçoamento, as instituições nacionais de promoção da igualdade de oportunidades e tratamento, as políticas ativas de mercado de trabalho, o papel da justiça do trabalho e da inspeção do trabalho, política de contratos e compras governamentais, e o papel dos sindicatos, organizações de empregadores e do diálogo social.

¹⁴ WELZER-LANG, Daniel. A construção do masculino: dominação das mulheres e homofobia. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 09, n. 2, p. 460-482, 2001.

¹⁵ DESIGUALDADE racial no mercado de trabalho: Anamatra aponta mudanças necessárias. Disponível em: <http://www.granadeiro.adv.br/template/template_clipping.php?Id=8064>. Acesso em 19 mar. 2015.

Segundo Laís Abramo, diretora da OIT:

É impossível reduzir significativamente o déficit de Trabalho Decente se não forem eliminadas as barreiras que impedem que grande parte da população dos países tenha acesso à oportunidades iguais de emprego devido ao seu sexo, à cor da sua pele, à sua idade, à sua origem nacional ou crença religiosa, à sua orientação sexual, ao fato de ser ou não uma pessoa com deficiência ou vivendo com HIV/AIDS¹⁶.

Percebe-se, então, que a relação entre minorias e mercado de trabalho é unilateral, tendo em vista que estas necessitam estar inseridas no mercado e o mesmo nem sempre lhes dá oportunidade, pois está embebido de preconceitos, fugindo ao conceito de sociedade plural e dinâmica vivida atualmente e ferindo, assim, os direitos de personalidade constitutivos da dignidade humana prevista na Constituição Federal.

DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os Direitos de Personalidade são aqueles essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe emprestar segura e avançada tutela jurídica. Estende-se também a proteção desses direitos, no que couber, às pessoas jurídicas e não somente às físicas¹⁷.

Os direitos da personalidade, segundo Bittar¹⁸, são:

Direitos próprios da pessoa em si, existentes por sua natureza, como ente humano, com o nascimento, mas, são também direitos referentes às projeções do homem para o mundo exterior (a pessoa como ente moral e social, ou seja, em seu relacionamento com a sociedade).

Por projeções morais e sociais do homem para o mundo exterior, entende-se que: entes morais são aqueles constituídos por agrupamentos de indivíduos que se associam para determinado fim ou por um patrimônio que é destinado a uma finalidade específica: as chamadas pessoas jurídicas (ou morais)¹⁹, os entes sociais são os sujeitos em suas relações com a sociedade, caracterizando-se assim as pessoas físicas (ser humano considerado como sujeito de direitos e obrigações).

¹⁶ Ibid., 2015.

¹⁷ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 134.

¹⁸ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. São Paulo-Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 7.

¹⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929. p. 158.

Os direitos personalíssimos, portanto, trabalham em prol do indivíduo, para sua proteção e englobam tanto os entes sociais quanto os morais. Constituem, segundo Bittar²⁰, “direitos inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis erga omnes”.

São inatos ou originários porque se adquirem ao nascer, independentemente de qualquer vontade; São absolutos – cabe a todos respeitar, sendo passível de sanção; extrapatrimoniais – não podem ser mensurados, daí não podem ser objeto de consumo; Intransmissíveis – não podem ser transmitidos a outrem (podem ser temporariamente emprestados ou vendidos, por exemplo, a cessão do direito à imagem)²¹; Imprescritíveis ou impenhoráveis – não se perdem por tempo ou uso; vitalícios, perenes ou perpétuos, porque perduram por toda a vida. Alguns se refletem até mesmo após a morte da pessoa. Pela mesma razão são imprescindíveis porque perduram enquanto perdurar a personalidade, isto é, a vida humana. Na verdade, transcendem a própria vida, pois são protegidos também após o falecimento; Vitalícios – acompanham o sujeito durante toda a vida; Necessários, no sentido de que não podem faltar; Erga Omnes por se estender a todos os indivíduos (sujeitos de direito)²².

Os direitos personalíssimos referem-se à construção da identidade do sujeito, envolvendo valores individuais (crenças de cada indivíduo) e coletivos (crenças de determinado grupo). Tendo em vista esses direitos, tratar-se-á em caráter especial sobre os direitos referentes aos transgêneros – transexuais, fazendo uma análise dos direitos personalíssimos como constitutivos da dignidade da pessoa humana.

A dignidade dos transexuais está na proporção direta do seu reconhecimento por si e pelos outros, sustentado na articulação moral que valoriza a sua identidade e o modo pelo qual manifesta a sua sexualidade. No âmbito jurídico, o reconhecimento deste segmento não é formal, visto que só são percebidos na dimensão concreta da existencialidade²³.

Para garantir aceitação por parte da sociedade, faz-se necessária a adoção de métodos como procedimento cirúrgico e alteração de nome, porém não há dispositivos legais que preveem tais alterações, para, assim, serem reconhecidos na esfera jurisdicional.

Ademais, tendo por base o gênero transexual, não se pode negá-los direitos (como nome e imagem referentes à sua identidade de gênero, reconhecidos civilmente) que são

²⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Forense, 1995. p. 11.

²¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; Pamplona Filho, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.1.

²² BITTAR, op. cit., p. 11.

²³ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; SCHEIBE, Elisa. Transexuais e direitos de personalidade sob o prisma da repersonalização do direito privado. CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. 18., 2009, Manaus. **Anais...** São Paulo, 2009. p. 5411-5431. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2131.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2015.

essenciais para seu processo de aceitação e inclusão na sociedade, garantindo assim o respeito à sua dignidade.

E como assinala a música “Ser diferente é normal” de Gilberto Gil,

[...] Todo mundo tem que ser especial
Em oportunidades, em direitos, coisa e tal
Seja branco, preto, verde, azul ou lilás
E daí? Que diferença faz?

Já pensou, tudo sempre igual?
Ser mais do mesmo, o tempo todo não é tão legal
Já pensou, sempre tão igual?
Tá na hora de ir em frente
Ser diferente é normal. [...]

TRANSEXUAIS NO MERCADO DE TRABALHO

Segundo dados da Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA), 90% das travestis e transexuais estão se prostituindo no Brasil. Ademais, “Ainda que elas queiram arranjar um emprego com rotina, horário de trabalho e carteira assinada, o preconceito fica evidente quando elas se candidatam a uma vaga”²⁴.

A inserção no mercado formal, segundo Berenice Bento²⁵, é baixíssima, visto que o Estado atua como o principal agressor das transexuais por causa da ausência de políticas públicas e da ação violenta da polícia. Para ela: “se faltam diretrizes básicas para a proteção física das transexuais, pensar em inserção no mercado de trabalho é algo muito distante”.

O difícil acesso de transexuais no mercado de trabalho formal implica a entrada destes no mercado da prostituição, visto que os mesmos têm lesada a sua dignidade e não conseguem uma inclusão social, já que a sociedade desconsidera o diferente do paradigma de gênero – masculino e feminino.

A título de exemplificação de tal luta (por acesso ao mercado e inclusão social), pode-se citar as Cotas de gênero que foram um meio encontrado para se tentar equiparar os diversos

²⁴ LAPA, Nádia. O preconceito contra transexuais no mercado de trabalho. **Carta Capital**. 2013. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/blogs/feminismo-para-que/o-preconceito-contra-transexuais-no-mercado-de-trabalho-2970.html>>. Acesso em: 19 mar. 2015.

²⁵ CID, Thiago. **Pesquisa com transexuais mostra preconceito contra mulheres no trabalho**. In: Revista Época. 2008. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/O,,EMI15117-15279,00-PESQUISA+COM+TRANSEXUAIS+MOSTRA+PRECONCEITO+CONTRA+MULHERES+NO+TRABALHO.html>>. Acesso em: 19 março 2015.

gêneros existentes e contrastantes dentro da sociedade, quando de sua entrada na política, visto que o masculino atuava e ainda atua como dominante. Apesar da criação das cotas de gênero o acesso à política não se tornou mais fácil, ainda há diversos percalços, pelos quais enfrentam quem faz uso das mesmas.

Recentemente, foi divulgada uma jurisprudência do tribunal Regional Eleitoral do RJ - Acórdão nº 206106/2014, na qual o pedido de uma transexual para se candidatar por meio de cotas de gênero foi deferido. A solicitante, Renata Guedes Neto, conseguiu na justiça ser enquadrada no termo gênero e pode se candidatar e ser incluída no cômputo das vagas femininas para assim atingir o percentual mínimo exigido para cada gênero (30%). No entanto, devido aos preconceitos existentes e à falta de estrutura do Estado em assistir a esse segmento, não houve auxílio suficiente para a candidatura da transexual.

O exemplo acima é característico da realidade brasileira, em que minorias como os transexuais, constitutivos do transgênerismo não conseguem se desvincular dos preconceitos que estão impregnados nessa sociedade de origem patriarcal, pautada na dominação de gênero e na equivocada associação do termo gênero ao termo sexo.

Cabe aqui salientar a importância do Estado como agente transformador dessa realidade brasileira, pois como mantenedor do poder deve promover e inserir políticas que permitam a essas categorias se sentirem representadas e assistidas por um direito constitucional, qual seja: dignidade da pessoa humana. Pode-se, assim, validar como possível a entrada de transgêneros no mercado de trabalho formal e afastar a ideia de impossibilidade de acesso dos mesmos a este último.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, pode-se ressaltar que não é impossível de se promover a inserção de transexuais no mercado de trabalho, desde que seja (re) pensado o modelo social existente. O Estado também deve atuar como mantenedor dessas minorias e assisti-las em suas necessidades.

É fundamental que se confira um olhar mais atento para as discussões a respeito do modelo dicotômico preponderante (masculino e feminino como definidores do termo gênero), para assim abrir uma janela de diálogo e ensejar o desprendimento de conceitos e valores arraigados que impedem um olhar mais amplo acerca das questões de gênero, tendo por base a dignidade da pessoa humana.

Ademais, a era da globalização vivida pela sociedade enseja cada dia mais seu desenvolvimento, o qual não se limita apenas ao viés econômico, mas abrange os âmbitos moral,

social e das relações interpessoais existentes em quaisquer comunidades. E, quando desse desenvolvimento, deve haver a extinção dos rótulos impostos socialmente e a eliminação de desigualdades sociais.

REFERÊNCIAS

- BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. São Paulo; Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Forense, 1995. p. 11.
- BUTLER, Judith. Desdiagnosticando o gênero. Tradução de André Rios. *Physis* [online]. 2009, vol.19, n.1, pp. 95-126. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73312009000100006&script=sci_arttext>. Acesso em 19 mar. 2015.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 mar. 2015.
- BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral. **Acórdão nº 206106/2014**. Sala de Sessões. Relator(a): Juíza Ana Tereza Basílio. Sessão de 01/8/2014. Disponível em: <http://www.tre-rj.jus.br/site/ge-coi_arquivos/jurisprudencia/acordaos/arq_086056.pdf>. Acesso em 19 mar. 2015.
- CID, Thiago. **Pesquisa com transexuais mostra preconceito contra mulheres no trabalho**. In: Revista Época. 2008. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI15117-15279,00-PESQUISA+COM+TRANSEXUAIS+MOSTRA+PRECONCEITO+CONTRA+MULHERES+NO+TRABALHO.html>>. Acesso em: 19 março 2015.
- DESIGUALDADE racial no mercado de trabalho: Anamatra aponta mudanças necessárias. Disponível em: <http://www.granadeiro.adv.br/template/template_clipping.php?Id=8064>. Acesso em 19 mar. 2015.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; Pamplona Filho, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.1.
- GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- HOUAISS, A. **Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em: <<http://dicionario.cijun.sp.gov.br/houaiss/cgi-bin/houaissnetb.dll/frame>>. Acesso em: 19 mar. 2015.

LANZ, Letícia. **Transgênero**: um histórico do termo. 2008. Disponível em: <<http://www.leticia-lanz.org/transgenero-um-historico-do-termo>>. Acesso em: 19 mar. 2015.

LAPA, Nádia. O preconceito contra transexuais no mercado de trabalho. **Carta Capital**. 2013. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/blogs/feminismo-pra-que/o-preconceito-contratransexuais-no-mercado-de-trabalho-2970.html>>. Acesso em: 19 mar. 2015.

LIMA, Rita de Lourdes de. **Diversidade, identidade de gênero e religião**: algumas reflexões. Em Pauta. 2011, n. 28, pp. 165-182. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaempauta/article/view/2940>>. Acesso em: 19 mar. 2015.

LOPES, Otavio B. Minorias, discriminação no trabalho e Ação afirmativa judicial. **Rev. TST**, Brasília, v. 76, n. 4, out/dez 2010. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1313830/Minorias,%20discrimina%C3%A7%C3%A3o+no+trabalho+e+a%C3%A7%C3%A3o+afirmativa+judicial>>. Acesso em: 19 mar. 2015.

MICHAELIS, **Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=disfar%E7ar>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

MICHAELIS, **Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/>>. Acesso em: 20 mar. 2015

MOLINIER, Pascale e WELZER-LANG, Daniel. Feminilidade, masculinidade, virilidade. **Dicionário Crítico do Feminismo**. 2009, pp. 101-106. ISBN 978-85-7139-987-7.

PENA, Valéria Junho; CORREIA, Maria C.; BRONKHORST, Bernice Van. **A questão de gênero no Brasil**. 03/2003 Disponível em: <http://www.cepia.org.br/doc/questao_de_genero.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2015.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; SCHEIBE, Elisa. Transexuais e direitos de personalidade sob o prisma da repersonalização do direito privado. CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. 18., 2009, Manaus. **Anais...** São Paulo, 2009. p. 5411-5431. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2131.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2015.

SILVA, Gabriela S. D. da, et al. Inclusão de Minorias no Mercado de Trabalho. **Rev. Científica Eletrônica UNISEB**, Ribeirão Preto, v.1, n.2, p. 106- 122, ag/dez. 2013. Disponível em: <<http://uniseb.com.br/presencial/revistacientifica/arquivos/jul-10.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2015.

STRYKER, Susan. Portrait of a Transfag Drag Hag as a Young Man: The Activist Career of Louis G. Sullivan. MORE, Kate; WHITTLE, Stephen. **Reclaiming Genders**: Transsexual Grammars at the Fin de Siecle. London: Cassell, 1999. p. 62-82.

STRYKER, Susan. **Transgender activism**. 2004. Disponível em: <http://www.glbtc.com/social-sciences/transgender_activism,3.html>. Acesso em: 19 mar. 2015.

VASCONCELLOS, Luciana T. de. **Travestis e Transexuais no Mercado de Trabalho**. Ago. 2014. Disponível em: <http://www.excelenciaemgestao.org/Portals/2/documents/cneg10/anais/T14_0409.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2015.

WELZER-LANG, Daniel. A construção do masculino: dominação das mulheres e homofobia. In: **Estudos Feministas**. Florianópolis: UFSC, vol. 09, nº 2, 2001.

COMBATE A VIOLÊNCIA DE GÊNERO INTRAFAMILIAR Á LUZ DO PRINCÍPIO DA NÃO VIOLÊNCIA

CEILA SALES DE ALMEIDA ¹

RESUMO

É possível combater a violência de gênero intrafamiliar com práticas não violentas de solução de conflitos? Como hipótese o artigo visa comprovar que a violência de gênero intrafamiliar deve ser combatida por meios alternativos de solução de conflitos pautados em ações não violentas, cujo escopo é desconstruir a cultura de supremacia do gênero masculino em detrimento do feminino. O método utilizado é o dialético. Como objetivos visa discorrer acerca da violência, não violência e métodos não violentos de combate à violência de gênero intrafamiliar. A violência de gênero contra a mulher tem como um de seus fundamentos a construção cultural de base patriarcal que impõe a supremacia do sexo masculino. Quando ocorre no âmbito intrafamiliar envolve pessoas ligadas por relações de intimidade ou afeto, e apresenta características *sui generis*. No combate à essa violência, a política estatal vem dando prevalência à repressão punitiva em detrimento das políticas públicas de prevenção ou formas alternativas de soluções de conflitos. Apesar da política punitiva, a violência de gênero continua a se apresentar como um grave problema de controle social. O Estado assumiu pra si o monopólio da violência e do *jus puniendis* visando a pacificação da sociedade. A violência, no entanto é uma ação que causa a desumanização de quem sofre e de quem a prática, em um ciclo contínuo de sofrimento o que demonstra a necessidade da utilização de formas alternativas de resolução de conflitos, em especial na violência de gênero intrafamiliar que apresenta características peculiares. A hipótese inicial foi comprovada deixando evidenciar que as formas alternativas e não violentas de solução de conflitos mostram-se eficazes e devem ser priorizadas com o escopo de reconstruir o conceito cultural de relação de gênero pautado na simetria e no respeito às diversidades e à proteção do núcleo familiar.

Palavras chaves: Não violência. Gênero. Intrafamiliar.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo aferir a efetividade do uso de ações não violentas no combate a violência de gênero intrafamiliar contra a mulher.

A pesquisa terá por base o método dialético, visando avaliar as contradições existentes entre o direito penal punitivo estatal e as especificidades da violência de gênero intrafamiliar. Como problema a pesquisa visa responder: é possível combater a violência de gênero intrafamiliar com práticas não violentas de solução de conflitos? A hipótese pretende comprovar

¹ Ceila Sales de Almeida. Mestranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória- FDV. Membro do GP: Direito, sociedade e cultura. Artigo a ser apresentado no Grupo de Trabalho III – Bioética, direitos humanos, democracia, pluralidade e sociedade. ceilasales@hotmail.com.

que as formas alternativas e não violentas de solução de conflitos mostram-se eficazes e devem ser priorizadas com o escopo de reconstruir o conceito cultural de relação de gênero pautado na simetria e no respeito às diversidades e à proteção do núcleo familiar.

Como objetivos o artigo irá discorrer acerca do conceito de violência, construção cultural da desigualdade de gênero, especificidades da violência intrafamiliar. Pretende abordar também acerca da utilização de ações não violentas como forma de combate a violência de gênero, em especial a aplicação da justiça restaurativa como forma alternativa de solução de conflitos e a efetivação de políticas públicas em prol da reconstrução das relações sociais de gênero.

O ordenamento jurídico brasileiro vem dando prioridade a repressão penal punitiva no combate à violência de gênero intrafamiliar contra a mulher, não obstante a expansão da política penal punitiva não se observa uma detração nessa espécie de violência no Brasil.

Críticos à crise atual do nosso sistema penal apontam ainda um agravamento da violência de gênero intrafamiliar no atual modelo penalista efetivada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse viés o artigo irá abordar a efetividade das ações não violentas no combate à violência de gênero intrafamiliar, em especial a aplicação da justiça restaurativa e efetivação de políticas públicas em prol da reconstrução das relações de gênero.

VIOLÊNCIA

Para uma melhor compreensão do princípio da não violência e dos paradigmas que justificam a sua aplicação mister se faz um breve estudo acerca do termo violência.

O termo violência é plurívoco, sendo utilizado em várias acepções que diferem de maneira profunda uma da outra. Deve-se, no entanto distinguir a expressão violência de outros vocábulos que lhe são conexos tais como conflito, agressividade e coerção, termos estes que muitas vezes são utilizados como sinônimos (MÜLLER, 2007, p.18).

O conflito surge da resistência diante de vontades ou interesses contrastantes. Entrar em conflito não significa necessariamente realizar ações violentas, eis que a resistência pode se manifestar por outros meios diversos (MÜLLER, p.19).

A existência de conflitos é própria das relações sociais, em especial em sociedades plurais, a pacificação social não pressupõe o fim dos conflitos mais a sua solução por maneiras que não impliquem ações violentas.

Outra expressão comumente aliada à violência é a agressividade. Agressividade do latim *ad-gradī* (caminhar em direção) significa não se resignar diante de um conflito, mas ousar enfrentá-lo, ir de encontro a ele.

Esse enfrentamento, no entanto pode ocorrer por meio de ações não violentas:

A ação não-violenta coletiva deve permitir canalizar a agressividade natural dos indivíduos, de forma que não se expresse através dos meios da violência destruidora, meios que possibilitam outras violências e injustiças, mas por meio justos e pacíficos que possam construir uma sociedade mais justa e pacífica. (Muller. 2007, p.23)

Discorrer acerca do termo coerção, também é imprescindível para a compreensão do princípio da não violência, eis que muitas vezes confunde-se o uso da coerção com o emprego de ações violentas, o que não reflete a verdade.

A coerção ocorre quando se obriga alguém a agir contra a sua vontade, o indivíduo realiza uma conduta imposta, que não corresponde à sua livre maneira de agir. A coerção muitas vezes é necessária, pois diante dos conflitos sociais, os indivíduos são impelidos a agir de maneira contrária a sua vontade. Essa coerção, no entanto deve ocorrer precipuamente por meio de ações não violentas.

Os vocábulos acima apresentados demonstram como o termo violência pode ser confundido com outras ações que não obstante apresente com esta alguma conexão, em sua essência são termos diversos.

Alba Zaluar ao discorrer sobre a dificuldade de se conceituar a violência assim preceitua:

A dificuldade na definição do que é violência e de que violência se fala é o termo ser polifônico desde a sua própria etimologia. Violência vem do latim *violentia*, que remete a vis (força, vigor, emprego de força física ou os recursos do corpo em exercer a sua força vital). Esta força torna-se violência quando ultrapassa um limite ou perturba acordos tácitos e regras que ordenam relações, adquirindo carga negativa ou maléfica. É, portanto, a percepção do limite e da perturbação (e do sofrimento que provoca) que vai caracterizar um ato como violento, percepção esta que varia cultural e historicamente. (1999, p.8)

Não há que se falar em um conceito unívoco de violência, sua análise varia de acordo com o contexto e o momento histórico e cultural em que se insere.

O viés que será aqui ressaltado é da violência como manifestações de condutas adquiridas pelo indivíduo em determinado contexto social e que, portanto podem ser modificadas a partir da adoção de formas alternativas de conduta.

A violência é uma conduta na qual uma parte quer se impor a outra e subjuga-la por meio do sofrimento, ferindo seu corpo ou sua mente e reduzindo a sua humanidade. Nesse sentido afirma Jean Marie Müller:

Toda violência imputada ao homem é uma violação: violação do seu corpo, identidade, personalidade, humanidade. Toda violência é brutalidade, ofensa, destruição, crueldade. A violência tinge sempre o rosto que ela deforma com o reflexo do sofrimento; toda violência é uma desfiguração. A violência fere e deixa marcas profundas na humanidade de quem a sofre. (2007, p.31)

A violência reifica o indivíduo, fragilizando a sua humanidade e causando marcas profundas em sua dignidade física e psicológica. A ação violenta reduz a pessoa humana a objeto na medida em que utiliza o homem como meio para atingir os fins visados.

A legitimidade dos fins a serem alcançados não justifica o uso de ações violentas. A violência não se desnatura, não altera sua essência a depender do fim a que se destina. A violência utilizada como resposta à violência continua a ser reificadora.

Corroborando com este entendimento Müller (2007, p.35) afirma que “ Não resta dúvida de que a violência continua violência, isto é, continua injusta, logo, injustificável porque continua desumana, qualquer que seja o fim a que se propõe”.

O Estado tem entre suas finalidades precípuas a pacificação social. Cabe ao Estado a solução dos conflitos e busca do bem comum, para exercer seu mister reivindicou para si o monopólio legítimo da violência.

Por meio da justificativa de pacificação social o Estado exerce de forma legítima o monopólio do *jus puniendis* aplicando a sanção penal aos cidadãos que violem os bens juridicamente protegidos pelo Direito Penal.

Acerca do uso da violência por parte do Estado Jean Marie Müller afirma:

O Estado justifica a legitimidade da própria violência na necessidade de se opor de forma eficaz à violência dos indivíduos e dos grupos sociais que perturbam a ordem pública. Sem dúvida, existem situações-limite em que reestabelecer a ordem pública sem recorrer à violência se revela difícil ou mesmo impossível. Mas o pensamento público sobre distorções quando, sob o pretexto de casos-limite em que a violência pode ser necessária, pretende construir uma doutrina que confere ao estado o direito de recorrer normalmente à violência física para assegurar a paz civil. (2007, p.116)

O uso da violência apresenta efeitos deletérios ao indivíduo que a sofre e que a pratica em um ciclo que se irradia ao meio social. Mesmo quando exercida em ações legítimas do Estado deve ser utilizada em situações extremas, que justifique por meio da razoabilidade e proporcionalidade, a aceitação de seus efeitos danosos.

Ao discorrer sobre a banalização do uso da violência pelo Estado, *Berkeley e Paris* na introdução da obra “prisões da miséria de *Loic Wacquant*” afirmam:

O uso rotineiro da violência letal pela polícia militar e o recurso habitual à tortura por parte da polícia civil (através do uso da “pimentinha” e do “pau-de-arara” para fazer os suspeitos “confessarem”), as execuções sumárias e os “desaparecimentos” inexplicados geram um clima de terror entre as classes populares, que são seu alvo, e banalizam a brutalidade no seio do Estado. (2004, p.5)

A legitimidade do uso da violência por parte do Estado, não é permissivo para a sua banalização. As ações violentas devem ser exceção e não a regra a ser aplicada diante dos conflitos sociais.

A compreensão da violência, no entanto é algo complexo em razão do seu caráter dinâmico, mutável e transdisciplinar. Com o intuito de melhor avaliar determinadas manifestações de violência, as ciências buscam classificar algumas dessas espécies de acordo com suas características e elementos comuns.

Nesse viés mostra-se relevante abordar alguns aspectos peculiares que envolvem a violência de gênero intrafamiliar contra a mulher.

VIOLÊNCIA DE GÊNERO INTRAFAMILIAR

Este tópico visa discorrer acerca da violência de gênero intrafamiliar contra a mulher e seu enfrentamento pelo processo penal.

Trata-se de um recorte específico no qual serão apresentadas algumas especificidades que compõe a violência baseada em gênero perpetrada contra a mulher, dentro do ambiente familiar.

A CONSTRUÇÃO CULTURAL DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO

A violência de gênero é uma forma específica de violência que compreende uma série de condutas praticadas dentro de uma relação assimétrica em que um gênero se impõe ao outro de maneira coercitiva.

Ela pode ocorrer entre pessoas de sexos diferentes ou iguais, a história da humanidade, no entanto demonstra a predominância da violência de gênero do sexo masculino em detrimento do sexo feminino, conduta reforçada pela construção do modelo de família patriarcal.

O núcleo familiar há séculos adota o modelo patriarcal, encontrado entre outros, nos textos sagrados dos Vedas, Árias, Brâmanes e Sutras, nos quais a família como grupo religioso, tem como chefe o pai, responsável pela conduta dos membros do grupo frente à sociedade. (RANGEL, 2006, p.24)

A adoção do modelo de família patriarcal incentivou a construção de práticas assimétricas de relação de gênero nas quais o homem se apresenta como “sexo forte” e portanto apto a controlar e gerir o destino da mulher “sexo frágil” através de um poder simbólico justificado pelo patriarcado.

O modelo assimétrico de supremacia do homem frente à mulher rompe as fronteiras das relações privadas e se insere nas relações públicas influenciando a criação cultural da identidade do gênero feminino.

A ideia de fragilidade e inferioridade do gênero feminino é construída culturalmente e reproduzida em diversos espaços sociais, tanto públicos quanto privados. A influência do patriarcado nas relações sociais faz com que se reproduzam concepções acerca de um determinismo na formação de identidade da mulher.

Os estudos feministas, em toda a sua trajetória, vem buscando compreender os fatores que orientam e determinam o “ser mulher”.

Simone de Beauvoir assim compreende o “ser mulher”:

Ninguém nasce mulher: torna-se mulher. Nenhum destino biológico, psíquico, econômico define a forma que a fêmea humana assume no seio da sociedade; é o conjunto da civilização que elabora esse produto intermediário entre o macho e o castrado que qualificam de feminino. Somente a mediação de outrem pode constituir um indivíduo como um Outro. (1967, p.9)

A ideia de construção cultural de identidade da mulher demonstra como as influências das concepções do patriarcado e das relações assimétricas de gênero são determinantes na formação do “ser mulher”.

Ao discorrer sobre a construção das identidades de gênero Saffioti dispõe:

A identidade social da mulher, assim como a do homem é construída através da atribuição de distintos papéis, que a sociedade espera ver cumpridos pelas diferentes categorias de sexo. A sociedade delimita com bastante precisão, os campos em que pode operar a mulher, da mesma forma em que escolhe os terrenos em que pode atuar o homem. (p.8)

O conceito de gênero ou do “ser mulher” é complexo, e não se esgota na ideia de um possível determinismo cultural, importante ressaltar, no entanto que a cultura do patriarcado teve e tem grande influência nas concepções públicas e privadas da identidade e do papel da mulher na sociedade.

A construção das identidades de gênero sofre ainda outras intervenções. Os gêneros estabelecem interseções com modalidades raciais, classistas, étnicas, sexuais e regionais de

identidades discursivamente construídas. Resulta que se tornou impossível separar a noção de “gênero” das interseções políticas e culturais em que invariavelmente ela é produzida e mantida. (BUTLER. 2003, p.20)

Ao falar sobre as várias manifestações de poder no meio social Patrícia Rangel preleciona:

A imposição de regras que beneficiam uns em detrimento de outros surge das articulações entre essas categorias sociais que o exercício do poder permite e sua manutenção exige. Assim é que as regras sociais atendem aos interesses masculinos, em contraposição aos femininos, às classes dominantes em contraposição às menos favorecidas, aos brancos, em relação às demais raças e aos adultos, em contraposição aos interesses das crianças. São construídas nas relações e em defesa desses interesses, concepções sexistas, racistas, adultocêntricas, enfim, que legitimam o poder de uns sobre os outros, e se apresentam como poder simbólico em toda relação humana, sempre na tentativa de sobrepor os interesses de quem detém um maior referencial de recursos frente ao outro. (2006, p.56)

A violência de gênero contra a mulher se perfaz por meio do exercício do poder simbólico de supremacia do sexo masculino frente ao feminino, decorrente de um longo processo cultural construído a partir de estruturas sociais como o patriarcado, que impôs e impõe uma relação baseada em um modelo assimétrico, no qual as diferenças são manipuladas para justificar a dominação.

ESPECIFICIDADES DA VIOLÊNCIA INTRAFAMILIAR

A violência de gênero é definida na Lei 11.340/2006 segundo a qual a violência doméstica é aquela realizada em um espaço de convívio permanente de pessoas unidas ou não por laços familiares, mesmo que integradas de maneira esporádica. Trata-se de um conceito mais amplo que privilegia o espaço em que a violência é perpetrada.

Por seu turno a violência familiar ou intrafamiliar é aquela perpetrada entre indivíduos que fazem parte da comunidade familiar, seja do núcleo natural ou extenso, oriundo de laços biológicos, civis ou afetivos.

Esses conceitos permitem inferir que o termo violência doméstica e violência familiar possuem uma abrangência diversa e características específicas.

A violência intrafamiliar ou familiar por seu turno pode ou não ser decorrente de relações assimétricas de gênero, pois nem toda violência dentro desse espaço específico é violência de gênero.

Pode se compreender, portanto que a violência de gênero intrafamiliar é uma modalidade específica de violência que decorre de relações assimétricas de gênero entre pessoas ligadas

por laços familiares, sendo a mais comum a perpetrada por pessoas do sexo masculino em detrimento do sexo feminino.

A violência de gênero intrafamiliar contra a mulher possui características sui generis que não podem ser menosprezadas em seu estudo, abaixo serão abordadas algumas dessas especificidades em especial o espaço e os atores que a envolvem.

O meio em que a violência é praticada é um elemento imprescindível para a sua compreensão. O espaço intrafamiliar é o local em que as pessoas se dedicam a suas relações privadas, íntimas, de afeto e nos quais estão mais vulneráveis em razão da confiança aí depositada.

O núcleo familiar, durante um longo período da história se manteve sacralizado e inviolável, na atualidade, no entanto essa impermeabilidade vem sendo mitigada, ao ser desnudado para o olhar público, esse ambiente sagrado pode se revelar como um espaço onde a violência não raro se faz presente. (RANGEL, 2006, p.17)

Historicamente a família é um lugar sagrado, espaço reservado às relações de intimidade o que fez com que as violências aí perpetradas ficassem ocultas e invisíveis aos olhos da sociedade.

Nesse aspecto movimento feminista foi imprescindível para romper com o ciclo do silêncio e expor publicamente as violências sofridas pelas mulheres no âmbito familiar, na infância, adolescência e idade adulta. A violência intrafamiliar só passou a ser efetivamente analisada, a partir de 1970, depois que o movimento feminista tornou público vários assuntos até então acobertados pelo silêncio tais como o estupro, espancamento de mulheres no lar e abuso sexual de crianças (RANGEL, 2006, p.44).

O uso da expressão “em briga de marido e mulher ninguém mete a colher” é típico da dicotômica separação entre o público e o privado, o que permitiu à violência intrafamiliar contra a mulher permanecer oculta e invisível durante longos períodos históricos, nos quais o sexo feminino desde a infância até a idade adulta não era reconhecido como um sujeito de direitos, mais um objeto de propriedade do patriarca.

A visibilidade do espaço familiar vem se ampliando, a partir do foco do estudo de áreas diversas da ciência tais como a sociologia, antropologia, psicologia entre outras o ordenamento jurídico vem buscando formas de interagir e proteger o núcleo familiar e os indivíduos que nela compõe.

Outra especificidade da violência intrafamiliar é a relação existente entre as partes envolvidas que são pessoas ligadas por vínculos de afeto ou intimidade e não pessoas estranhas como ocorre na violência extrafamiliar.

Na violência de gênero intrafamiliar a relação ofensor x vítima é diversa do modelo clássico penal punitivo no qual em regra, os agentes são pessoas entre as quais não havia um relacionamento prévio ou qualquer liame de afeto e intimidade. O estranhamento na relação ofensor x vítima permite o deslinde natural do sistema clássico penal punitivo em que a vítima se torna informante ou testemunha de acusação, auxiliando o Estado no exercício do *jus puniendis*.

Corroborando com este entendimento Tangerino preceitua:

A proximidade desses atores e o envolvimento emocional inevitável colidem com um sistema punitivo institucionalizado próprio para o binômio agressor inimigo x vítima que reclama por uma pena. Muitas vezes, a mulher agredida não quer a prisão do marido: ela simplesmente quer deixar de ser agredida e formula esse pedido à justiça penal. (2008, p.100)

A relação entre a vítima e agressor nos casos de violência intrafamiliar é *sui generis*, pois envolvem pessoas que possuem um liame de intimidade ou afeto, o modelo tradicional adversarial utilizado pelo processo penal se choca com as especificidades da violência intrafamiliar eis que a vítima não consegue compreender o agressor como um adversário ou alguém que deve ser eliminado e sancionado.

O PUNITIVISMO ESTATAL E A VIOLÊNCIA DE GÊNERO FAMILIAR

A violência de gênero intrafamiliar é uma espécie *sui generis* de violência, com características específicas em suas condutas e na relação entre os sujeitos envolvidos, divergindo substancialmente do modelo dos demais crimes que compõe o sistema penal.

No ordenamento jurídico brasileiro, o sistema penal vem construindo um forte arcabouço para o enfrentamento da violência de gênero, em especial a doméstica e familiar.

Na esfera do direito material o código penal elenca uma serie de tipos penais voltados à proteção da mulher vítima dessa modalidade específica de violência a exemplo do feminicídio, espécie de homicídio qualificado quando praticado contra a mulher por razões da condição do sexo feminino, previsto no artigo 121, §2º, VI, além de causas de aumento de pena a crimes praticados no âmbito doméstico e familiar.

No aspecto processual o ordenamento jurídico brasileiro apresenta também algumas especificidades que visam demonstrar o caráter gravoso da violência doméstica e familiar contra a mulher, em especial medidas previstas na Lei 11.340/06 a exemplo da vedação prevista no artigo 17 da lei de aplicação da pena de “cestas básicas” e outras prestações pecuniárias.

Em sentido lato uma importante contribuição da Lei 11.340/06 foi o aumento da visibilidade dos casos envolvendo a violência doméstica que passam a ser mais conhecidos e debatidos no meio social. (ACHUTTI, 2014, p.170)

Ao fazer um diagnóstico acerca da aplicação da Lei 11.340/2006 no combate à violência doméstica Daniel Achutti dispõe:

Apesar da importância da Lei n.11.340 e das diversas medidas de natureza extrapenal nela previstas, isto não foi suficiente para impedir que se tornasse alvo de críticas. De um modo geral, os pontos mais criticados se referem ao retorno do uso do direito penal para o enfrentamento da violência doméstica, por reafirmar o mito de que o sistema de justiça criminal possui condições de responder à altura os conflitos sociais. (2014, p.170)

A Lei 11.340 apresenta mecanismos penais e extrapenais, assistenciais, preventivos e repressivos ao combate a violência de gênero, o ordenamento jurídico brasileiro, no entanto vem dando prevalência aos mecanismos repressivos penais que por seu turno não são aptos a lidar com os complexos elementos que envolvem a violência de gênero intrafamiliar contra a mulher.

Acerca da ineficácia do sistema penal na proteção das mulheres vítimas de violência doméstica Vera Regina Pereira de Andrade dispõe que:

Num sentido fraco, o sistema penal é ineficaz para proteger as mulheres contra a violência porque, entre outros argumentos, não previne novas violências, não escuta os distintos interesses das vítimas, não contribui para a compreensão da própria violência sexual e gestão do conflito ou, muito menos, para a transformação das relações de gênero. Nesta crítica sintetizam-se o que denomino de incapacidades preventiva e resolutória do sistema penal. (1997, p.107)

O sistema penal punitivo é ineficaz para prevenir novas formas de violência eis que não incide sobre as causas do problema, atuando como uma instância estranha e distante das condutas e dos sujeitos do conflito familiar.

O modelo atual de processo penal utilizado em casos de violência de gênero intrafamiliar contra a mulher não respeita a sua autodeterminação enquanto vítima e muito menos as especificidades da relação vítima e agressor o que demonstra a necessidade da busca por modelos alternativos a serem aplicados em conflitos que envolvam a violência de gênero intrafamiliar.

COMBATE A VIOLÊNCIA DE GÊNERO POR MEIO DE AÇÕES NÃO VIOLENTAS

Conforme abordado no primeiro capítulo a violência, ainda que institucionalizada, traz inúmeros maléficos às partes nela envolvidas, trata-se de um processo reificador que envolve vítima e agressor em um ciclo vicioso e contínuo de ações violentas. O presente capítulo visa abordar um novo paradigma de enfrentamento aos conflitos sociais: as ações não violentas.

PRINCÍPIO DA NÃO-VIOLÊNCIA

O princípio da não-violência é um novo paradigma de enfrentamento aos conflitos sociais por meio de formas alternativas de solução que perpassam por condutas não-violentas. Esse princípio visa romper com o ciclo da violência ao responder ao agressor de forma diversa da conduta por este perpetrada.

Sobre a relevância das ações não violentas como um novo paradigma no combate a violência de gênero intrafamiliar Jean Marie Müller (2007, p.123) dispõe que “Para romper a lógica da violência, o único caminho é a busca de uma dinâmica que inverta o processo do desenrolar violento dos conflitos. É essa dinâmica que a filosofia política da não violência nos convida a colocar em ação”.

Efetivar o princípio da não violência é imprescindível para a construção de uma sociedade mais livre e justa, a concepção da dignidade humana como fim maior a se alcançar pressupõe ultrapassar as barreiras que nos mantêm na barbarie e que nos desumanizam.

Ao dispor da ação não violenta como sentido da existência humana Müller dispõe:

Se a finalidade do homem é dar sentido à sua existência e à sua história, a ação eficaz é a que lhe permite concretizar esse sentido. A eficácia da não-violência consiste primeiro, e finalmente, em dar sentido a ação humana. A estratégia da ação não violenta deve, portanto, encontrar os meios táticos que permitam realmente reduzir e, na medida do possível, eliminar as violência de opressão e agressão. (2007, p.84)

Buscar soluções de conflitos por meio de ações não violentas se mostra de grande relevância para a construção de sociedade mais humanizada e preparada para lidar com as diferenças.

A organização das Nações Unidas (ONU) na Declaração Sobre uma Cultura de Paz de 1999 assim define uma cultura de paz em seu artigo 1º “Uma Cultura de Paz é um conjunto de valores, atitudes, tradições, comportamentos e estilos de vida baseados: No respeito à vida, no fim da violência e na promoção e prática da não violência por meio da educação, do diálogo e da cooperação...”.

A busca pela efetivação de uma cultura da paz, lastreada por práticas não violentas de soluções de conflitos é imprescindível para a construção de um mundo mais humano, justo e solidário.

JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO MEIO ALTERNATIVO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A resposta estatal àqueles que causam lesão ou ameaça de lesão aos bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal se perfaz por meio da pena, cujo finalidade é retributiva, preventiva e ressocializadora.

A falência do sistema penal no entanto vem provocando o estudo de formas alternativas de respostas a serem efetivadas pelo Estado diante da infração penal. O desenvolvimento de práticas alternativas mostra-se imprescindível para a ruptura com o paradigma atual justiça penal e a construção de um modelo mais humanizado e apto a influir nas transformações sociais.

Não há na doutrina um conceito unânime e acabado acerca do que seja a justiça restaurativa, oriunda de vários projetos alternativos ao processo penal punitivo, esse novo modelo visa encontrar novos paradigmas para enfrentar os efeitos danosos causados pela prática de crime, quer seja para a vítima, infrator ou comunidade.

Esses novos modelos visam a participação ativa das pessoas diretamente afetadas pelo evento danoso, retirando o protagonismo estatal e deslocando o centro de gravidade da justiça. (ACHUTTI, 2014, p.60)

A justiça restaurativa permite ao direito penal ir além da mera culpabilização, retribuição, punição, retaliação, proporcionando um enfoque interdisciplinar para a restauração das relações vítima, ofensor e comunidade, mediante o reconhecimento, a responsabilização e reparação da ofensa sofrida. (VASCONCELOS, 2008. p.45)

É preciso avançar para um sistema flexível de justiça criminal, com condutas adequadas à variedade de transgressões e de sujeitos envolvidos, num salto de qualidade, convertendo um sistema monolítico, de uma só porta, para um sistema multi-portas que ofereça respostas diferentes e mais adequadas à criminalidade. (Gomes Pinto, p.19)

A resolução 2002/2012 da Organização das Nações Unidas (ONU) assim define processo restaurativo:

2. Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária

(conferencing) e círculos decisórios (sentencing circles). (Disponível em: <<http://justica21.org.br/j21.php?id=366&pg=0#.VV3ceu9FBjo>>).

A prática de justiça restaurativa elenca com valores à sua aplicação a não dominação e o empoderamento das partes que devem ser livres e iguais para se manifestar no procedimento tendo suas opiniões respeitadas, uma decisão que não extrapole aos limites legais e ao sistema internacional de direitos humanos e o accountability/appealability, ou seja, o direito da parte de submeter o acordo restaurativo à análise de um Tribunal e se quiser optar por um julgamento no sistema processual tradicional. (ACHUTTI, 2014, p.69)

O rol acima citado não é unânime ou taxativo, vários outros valores são elencados como necessários à prática da justiça restaurativa. Essa diversidade não fragiliza o modelo, mais se conforme com seu aspecto dinâmico, informalidade e seu aspecto construtivo o que coaduna com a complexidade do fenômeno criminal que varia a cada caso concreto.

A mediação penal é um processo voluntário, informal, confidencial e consensual em que a vítima e agressor, com a intervenção de um terceiro, visam solucionar o conflito reconstruindo as relações sociais e resgatando a convivência pacífica entre as partes.

Assim como a justiça restaurativa a mediação penal também não apresenta um conceito fechado, sendo um processo em construção como afirma Vasconcelos:

A mediação penal é aplicada no campo criminal como instrumento da justiça restaurativa, daí porque é também denominada mediação restaurativa. Em virtude das peculiaridades no campo criminal, em que as ofensas podem ser físicas, morais, patrimoniais e psicológicas, as abordagens transformativas são realizadas pro meio de encontros ou círculos restaurativos. (2008, p.125)

A mediação penal, como forma de aplicação do modelo de justiça restaurativa visa entre outros objetivos, a ressocialização do agressor, a prevenção da violência, redução dos efeitos de vitimização, empoderamento da vítima e a solução humana dos conflitos.

A proposta aqui apresentada, de aplicação da justiça restaurativa no combate à violência de gênero intrafamiliar, não visa eliminar a via processual estatal, mas apresentar um modelo alternativo e voluntário para este enfrentamento.

Resta claro que o modelo vigente no ordenamento jurídico não está sendo apto a combater essa forma *sui generis* de violência, muito menos reconstruir o respeito a identidade de gênero da mulher.

A justiça restaurativa se apresenta como um importante instrumento de ação não violenta no combate à violência de gênero intrafamiliar contra a mulher em primeiro lugar

destaca-se a realização do diálogo entre as parte, vítima e ofensor, dentro do qual os seus argumentos serão avaliados e respeitados, a distribuição de papéis não é pautada no modelo adversarial no qual se pretende culpar e condenar, ao contrário busca-se responsabilizar e restaurar o status quo ante, por fim a mediação permite o empoderamento das partes, por meio do reconhecimento mútuo de interesses e sentimentos (TANGERINO, 2008, p.116/117).

Pautada em um modelo informal e plural dentro do qual o protagonismo não pertence ao Estado mais às partes diretamente envolvidas, a justiça restaurativa se apresenta como uma proposta interessante para enfrentar às causas que servem de arcabouço à violência de gênero, respeitando a integridade do núcleo familiar que poderá ser restaurado e fortificado por meio da solução pacífica do conflito.

Cumprе ressaltar, no entanto que se trata de um modelo voluntário, alternativo e consensual, de modo que não é afastado da vítima o direito constitucional de acesso ao poder judiciário, o que se justifica até mesmo diante da grande diversidade de casos que podem envolver a violência de gênero intrafamiliar.

Daniel Achutti assim define o uso alternativo da justiça restaurativa:

Sem a pretensão de negar o direito (penal) ou as normas de observação obrigatória (constitucionais) – o que se busca criar são modelos que não se fixem na estrutura moderna de resolução de conflitos, e consignam abandonar as pretensões de universalidade, objetividade e igualdade, reconhecendo que toda e qualquer causa envolvendo um conflito não poderá: (a) receber uma resposta única (pena), como se estivesse validade universal; (b) ser considerada de forma objetiva, a partir unicamente da subsunção do fato à norma; e (c) ser tratada de forma igualitária às demais, ainda que se constate tratar do mesmo tipo penal. (2014, p.183)

A grande vantagem da justiça restaurativa é não possuir uma resposta única ao conflito, pelo contrário, busca-se encontrar as respostas diante de cada caso concreto de acordo com as suas especificidades, respeitando os valores e complexidades que envolvem o caso concreto.

Na violência de gênero intrafamiliar esse aspecto é ainda mais relevante, pois além das especificidades próprias dessa forma sui generis de violência, tais como as relações que envolvem os sujeitos vítima e ofensor, bem como as dinâmicas pertencentes ao núcleo familiar e os seus demais membros, o caso concreto pode ainda apresentar características que permitem uma maior efetividade das práticas restaurativas.

As práticas restaurativas, no entanto, destinam-se a solução de casos concretos de violência de gênero intrafamiliar, mister se faz, no entanto a realização de práticas voltadas a combater a violência de gênero difusa, decorrente de práticas discriminatórias culturais de gênero.

Nesse escopo merece destaque abordar a relevância da efetivação de políticas públicas que visem mitigar as práticas culturais assimétricas e desenvolver a cultura do respeito à diversidade.

AS POLÍTICAS PÚBLICAS E A RECONSTRUÇÃO DAS RELAÇÕES DE GÊNERO

A violência de gênero contra a mulher, como já afirmado em tópicos anteriores, é fruto de um processo cultural de construção da supremacia do sexo masculino, implementado entre outros fatores, pelo modelo de família patriarcal.

Extrapolando o espaço familiar, as concepções sexistas passam a alcançar os setores públicos por meio das mais variadas instituições sociais, tais como escolas e instituições religiosas, reproduzindo uma cultura de fragilidade e reificação da mulher.

Combater essas práticas culturais e ideológicas que fundamentam e justificam a violência de gênero é fator preponderante no combate a essa forma específica de violência e é nesse mister que merece destaque a atuação das políticas públicas.

Sobre a relevância das práticas socioculturais na formação do indivíduo preleciona Patrícia Rangel:

Vale ressaltar que o indivíduo não é um mero receptor das normas sociais, sendo também sujeito de sua história. Mas as concepções ideológicas do momento histórico em que vive, e, dentre elas, as estruturantes, absorvidas no processo de socialização, em parte na esfera familiar, exercem grande influência na forma como ele vai se situar no mundo e nele traçar seu caminho. (2006, p.56)

A violência em suas mais variadas formas, física, psicológica, patrimonial, sexual entre outras, é a manifestação do poder simbólico através do qual o sexo masculino visa impor a dominação e coerção da mulher. Nesse sentido não há que se falar em combate à violência de gênero sem que se realize o resgate e o respeito à identidade de gênero da mulher.

Ao discorrer sobre a influência de práticas socioculturais na discriminação contra a mulher Saffiotti preceitua:

Pode-se, pois, detectar, ainda uma vez, o processo de naturalização de uma discriminação exclusivamente sociocultural. A compreensão deste processo poderá promover enormes avanços na caminhada da conscientização quer de mulheres, quer de homens, a fim de que se possa desmistificar o pretense caráter natural das discriminações praticadas contra os elementos femininos. (1987, p.15)

A construção de uma Democracia plena se perfaz pela eliminação das diferenças sociais, entre elas, as desigualdades entre as classes sociais, entre as etnias e entre os sexos. (SAFFIOTTI, 1997, p.91)

Tendo compreendido o processo social de construção da mulher, a pessoa estará apta a desmistificar, desmascarar a naturalização da inferioridade. Se as discriminações são construções sociais e foram socialmente construídas podem ser socialmente destruídas com vistas à instauração da verdadeira democracia. (SAFFIOTTI, 1987, p.117)

É mister que os poderes estatais por meio de políticas públicas fomentem o desenvolvimento de ações aptas a auxiliar na desconstrução das relações assimétricas de gênero e reconstrução de um novo modelo social pautado no respeito às diversidades de gênero e à dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência de gênero intrafamiliar é uma forma *sui generis* de violência, em que, na relação entre pessoas ligadas por vínculos familiares, um gênero se impõe ao outro de maneira coercitiva por meio de práticas violentas, quer sejam de natureza física, psicológica, patrimonial ou sexual.

No combate a essa forma específica de violência o ordenamento jurídico brasileiro vem dando prevalência ao mecanismo estatal punitivo com o endurecimento das penas e criação de novos tipos penais.

Esse protagonismo do combate punitivista penal, no entanto não vem apresentando resultados positivos, entre os pontos negativos desse protagonismo punitivista pode se apontar a dificuldade de aplicação do modelo adversarial do processo penal á atores que são ligadas por laços de afeto ou intimidade, outro fator a se destacar é o fracasso do sistema carcerário brasileiro que se mostra ineficaz na ressocialização dos presos.

Diante disto buscam-se novas formas de combate a essa forma específica de violência, especialmente por meio de ações pautadas pelo princípio da não violência. A não violência é um modelo centrado em práticas alternativas de resolução de conflitos que não perpassam pelo uso da violência e que incentivam a sua utilização como *ultima ratio*. São exemplos de ações não violentas de resolução de conflitos a justiça restaurativa e o incentivo na efetivação de políticas públicas.

A justiça restaurativa é um conjunto de meios alternativos de solução de conflitos que visam dar maior protagonismo á atuação das partes envolvidas, vítima e ofensor, com a par-

ticipação da comunidade ou terceiras pessoas, no auxílio a resolução do conflito e restauração da situação afetada pelo dano.

Entre os modelos de práticas restaurativas merece destaque a mediação penal, método restaurativo de solução de conflitos, informal, consensual, confidencial e alternativo em que vítima e ofensor, buscam solucionar um conflito de natureza penal, por meio da responsabilização do ofensor, da reparação do dano causado e de uma possível reconstrução das relações entre as partes.

Na violência de gênero intrafamiliar, em razão de suas características *sui generis*, a mediação penal tem se apresentado como um meio alternativo para a solução do conflito, com a cessação da violência, responsabilização do agressor, e possível restauração das relações familiares por meio da reconstrução da simetria e do respeito na relação entre as partes.

Outro importante instrumento de combate à violência de gênero é a efetivação de políticas públicas que visem desconstruir a ideologia cultural de supremacia do sexo masculino e as práticas que incentivem a reificação da mulher.

Diante do exposto pode se inferir que a violência de gênero intrafamiliar é uma forma peculiar de violência, pois envolve pessoas ligadas por laços de amor, afeto e intimidade o que torna difícil o seu combate por meio do sistema penal punitivo.

Há casos em que a atuação do sistema penal se faz imprescindível, como por exemplo, diante do homicídio qualificado ou crimes de maior gravidade, mas ha outros delitos que podem ser solucionados por vias alternativas de solução de conflitos a exemplo da justiça restaurativa.

O processo penal pressupõe uma relação adversarial entre vítima e ofensor o que se torna difícil nos casos de violência intrafamiliar em razão da relação existentes entre as partes envolvidas. Ademais o processo penal é pautado pelo protagonismo estatal, dentro do qual a vítima não possui o menor poder de influência e atuação.

A justiça restaurativa, tendo como uma de formas de atuação a mediação penal, propõe um modelo pautado no protagonismo das partes, dentro estas, que são as maiores atingidas pelos efeitos do delito, podem gerir a busca pela melhor solução. Ademais permite de maneira mais efetiva uma possível reconstrução da relação entre as partes, pois não está pautada no fundamento retributivo, mas sim restaurador.

Em uma dimensão mais difusa as políticas públicas voltam-se ao processo de reconstrução das relações de gênero no aparelho social, incentivando o respeito á diversidade de gênero e a simetria nas relações. Cabe aos poderes públicos, em todas as suas funções fomentar por meio da mídia, campanhas nas escolas, nos centros esportivos e demais espaços sociais,

uma nova cultura dentro da qual a mulher tenha autonomia de decisões e seja respeitada como sujeito de direito e ser humano, independente de quaisquer diferenças ou similitudes em razão de gênero.

O agravamento do sistema penal pode até punir um agressor, mas não combate a violência porque não age na sua causa, não reconhece a sua essência, não obstante a existência de um agressor dentro do sistema penal, outros se multiplicam na sociedade.

O combate à violência de gênero requer mudanças de atitudes de todos os atores sociais, por meio da restauração para excluir práticas abusivas e violentas e da reconstrução de uma nova forma de relação de gênero baseada no respeito às diferenças.

REFERENCIAS

ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: saraiva. 2014.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina?** Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15741>>. Acessado em: 10/05/2015.

BRASIL, Congresso Nacional. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acessado em: 15/05/2015.

BRASIL, Congresso Nacional. **Lei 11.340/2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acessado em: 21/05/2015.

BRASIL, Ministério da justiça e programa das Nações Unidas para o desenvolvimento (PNUD). Org. Renato Sócrates de Gomes Pinto e *et al.* **Justiça restaurativa**. 2005.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: civilização brasileira. 2003.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: a experiência vivida**. São Paulo: difusão europeia do livro. 1967.

MÜLLER, Jean Marie. **O princípio da não-violência**. Tradução de Inês Polegato. São Paulo: Palas Athena. 2007.

ONU, Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração sobre uma cultura da Paz**. Disponível em: <<http://www.comitepaz.org.br/download/Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20A%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20uma%20Cultura%20de%20Paz%20-%20ONU.pdf>>. Acessado em: 23/05/2015.

ONU, Assembleia Geral das Nações Unidas. **Resolução 2002/12**: Princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal. Disponível em: <<http://justica21.org.br/j21.php?id=366&pg=0#.VWHoVHnbK1s>>. Acessado em: 18/05/2015.

RANGEL, Patrícia Calmon. **Abuso sexual intrafamiliar recorrente**. Curitiba: Juruá. 2006.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no processo penal como bricolage de significantes**. 2004. 430 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

SAFFIOTTI, Heleieth I. B. **O poder do Macho**. São Paulo: moderna. 1987.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Criminologia e os problemas da atualidade**. In: Paradigma da pena versus paradigma da visibilidade: propostas para o enfrentamento da violência doméstica contra a mulher. São Paulo: Atlas. 2008.

WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2012.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método. 2008.

ZALUAR, Alba. **Um debate disperso**: violência e crime no Brasil da redemocratização. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/spp/v13n3/v13n3a01>>. Acessado em: 24/05/2015.

PRESENÇA FEMININA NA ALTA GESTÃO DE GRANDES CORPORações NO BRASIL: DIREITO SOCIETÁRIO, RELAÇÕES DE GÊNERO E GOVERNANÇA CORPORATIVA

ISAAC GEZER SILVA DE OLIVEIRA ¹

RESUMO

O índice de participação de mulheres em cargos de alta gestão em empresas brasileiras ainda é incipiente. Nesse sentido fatores como patriarcalismo, machismo, sexismo, dentre outros não permitem avanços da presença feminina no alto escalão de grandes empresas, mesmo quando essa presença está associada a melhores desempenhos. Desse modo o trabalho parte da hipótese de que pensar políticas públicas de diversidade de gênero passa por questões éticas e estratégias de inclusão indo ao campo de melhores desempenhos das companhias, ao passo que a complementação a partir das especificidades de cada gênero pode contribuir para o desenvolvimento econômico e social da empresa. Sendo assim o objetivo do presente estudo é averiguar a relação entre desempenho e governança corporativa e a presença de mulheres na alta gestão. Para tanto foram coletados dados de companhias listadas na Bolsa de Valores de São Paulo e identificadas as que possuem a presença feminina no conselho de administração e na diretoria executiva, verificando-se as diferenças entre elas a partir de testes não paramétricos. Empregou-se ainda análise multivariada dos dados a partir da regressão logística. Os resultados apontam que companhias com maior desempenho e melhores níveis de governança corporativa possuem maior probabilidade de possuírem mulheres em seu alto escalão, conquanto não fora possível encontrar relação estatisticamente significativa entre a remuneração dos executivos e a presença de mulheres na amostra selecionada. Conclui-se que é salutar o desenvolvimento de políticas de equalização do acesso de mulheres na alta gestão de empresas brasileiras, visando preceitos de ética, igualdade, responsabilidade social e preposições de melhor desempenho e valor corporativo.

Palavras-chave: Diversidade, Gênero, Conselho de Administração.

INTRODUÇÃO

A diversidade de gênero é um tema em crescente destaque, não apenas em nível social e jornalístico, mas também a nível acadêmico. Em face da incipiente participação feminina na alta gestão de grandes companhias, diversos países estabeleceram nos últimos anos leis de incentivos à presença feminina nos conselhos de administração, intensificando o debate sobre o tema.

Fatores como patriarcalismo, machismo, sexismo, dentre outros não permitem avanços substanciais da presença feminina no alto escalão de grandes empresas, mesmo quando essa presença está associada a melhores desempenhos.

¹ Mestre em Ciências Contábeis; Servidor Público no Instituto Federal do Espírito Santo; isaac@ifes.edu.br

Um estudo da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (SILVEIRA et al, 2014) aponta que entre os anos de 1997 e 2012 a presença de mulheres em altos cargos nas companhias brasileiras de capital aberto manteve-se estagnada 8 %. No período analisado houve um aumento 4,2% para 7,7% da participação de mulheres na Diretoria Executiva, entretanto observou-se uma redução 9,8% para 7,5% da participação feminina nos Conselhos de Administração. Os autores destacam ainda que aproximadamente a metade das companhias abertas não possui sequer uma profissional no Conselho de Administração e que em 66% nenhuma mulher faz parte da Diretoria Executiva.

As pesquisas empíricas apontam divergências quanto à relação entre a participação feminina na alta gestão e desempenho financeiro (TERJESEN, SINGH, 2008). Não obstante, há uma congruência que diretorias executivas e conselhos de administração com maior diversidade de gênero revelam boas práticas de governança corporativa e compromisso com a responsabilidade social e ética.

Destarte, pensar políticas públicas de diversidade de gênero passa por questões éticas e estratégias de inclusão indo ao campo de melhoria no desempenho das companhias, ao passo que a diversidade e especificidades de cada gênero podem contribuir para o desenvolvimento econômico e social da empresa.

A proposta desse artigo é ir além da discussão ética e moral da igualdade de gêneros na oportunidade de acesso ao topo das grandes corporações, analisando se as empresas em que há uma maior presença feminina no alto escalão apresentam um maior nível de desempenho financeiro e valor de mercado. Nesse sentido, o objetivo do presente trabalho é **averiguar a relação entre desempenho e governança corporativa e a presença de mulheres na alta gestão.**

O estudo, além desta seção introdutória, foi organizado com a plataforma teórica que faz um levantamento acerca a diversidade de gênero nas organizações, da responsabilidade socioambiental e da governança corporativa em companhias do setor elétrico brasileiro. Por conseguinte, são apresentados os materiais e métodos empregados na pesquisa expondo as delimitações e técnicas de análise empregadas. Na seção subsequente são apresentados os resultados da pesquisa e uma breve discussão das evidências. Finalmente, a conclusão destaca a contribuição do estudo e ressalta sugestões para futuros trabalhos que explorem as limitações metodológicas do escopo desta pesquisa.

REFERENCIAL TEÓRICO

DIVERSIDADE E GÊNERO NAS ORGANIZAÇÕES

Nos últimos anos as mulheres tiveram avanços substanciais no ensino superior e no mercado de trabalho, contudo essas conquistas não se refletiram no alto escalão das empresas. Quando são observadas a base das empresas e média gerência a presença das mulheres é expressiva tendendo a se igualar a presença feminina, todavia quando analisado a alta gerência (conselho e diretoria executiva) a participação feminina reduz vertiginosamente, sendo que uma queda mais acentuada ocorre quando são observados as mulheres na Presidência (CEOs e Presidentes do Conselho).

Não obstante, a literatura internacional elenca diversos benefícios da diversidade de gênero na alta gestão que podem contribuir para a performance empresarial. Nesse sentido, a presença de mulheres pode aumentar o desempenho da empresa ao passo que a participação de mulheres na diretoria proporciona outros pontos de vistas na tomada de decisão, propiciando uma maior eficiência nesse processo.

Desse modo a presença feminina no alto escalão deve ser discutida na perspectiva de negócios e na perspectiva moral Brammer (2007), refletindo em diversos benefícios, tais como aumento da criatividade e inovação, tendo em vista que as atitudes e conhecimentos variam sistematicamente de gênero para gênero; um melhor entendimento de mercado; soluções mais eficientes, ao passo que a homogeneidade leva a um olhar estreito, enquanto a diversidade conduz a uma visão mais ampla (ROBINSON, G. E DECHANT, 1997).

Carter et al (2003) encontraram relação positiva entre a presença de mulheres e o valor de mercado de 638 empresas listadas no Fortune 1000. Por conseguinte, Krishnan e Park (2005) analisaram a relação entre a diversidade na alta gestão e o retorno do investimento em empresas do Fortune 1.000. Os resultados evidenciaram relação positiva entre a diversidade e o desempenho financeiro.

Rodríguez-Domínguez et al. (2012) analisaram 117 empresas listadas na Madrid Stock Exchange. Os autores concluíram que as mulheres tem um maior desempenho em setores dominados por homens tais como energia, petróleo, construção e materiais básicos e tecnologia e telecomunicações.

Acresce o estudo de Campbell e Vera (2010) que analisaram o efeito de curto e longo prazo no mercado de capitais quando as empresas anunciam a presença de uma mulher na alta gestão mercado de ações reage positivamente a curto prazo para o anúncio das nomeações do conselho do sexo feminino, sugerindo que os investidores em média, acreditam que os

diretores do sexo feminino agregar valor. Os resultados de regressão também confirmaram que as nomeações do conselho do sexo feminino estão associadas positivamente com o valor da empresa ao longo prazo.

Lückerath-Rovers (2013) examinaram o desempenho financeiro das empresas holandesas com e sem mulheres em suas diretorias. Os resultados da pesquisa evidenciaram que as empresas com diretoras possuem uma melhor *performance* do que aquelas sem mulheres em suas diretorias executivas..

Outrora, há estudos que não comprovaram a relação positiva entre presença feminina na alta gestão e desempenho financeiro. O estudo de Campbell e Mínguez-Vera (2008) demonstrou que a presença de mulheres no conselho de administração, unicamente, não influencia o valor da empresa. Já Adams e Ferreira (2009) observaram um efeito médio negativo entre diversidade de gênero e *performance* da empresa.

GOVERNANÇA CORPORATIVA

Governança Corporativa trata-se de um conjunto de normas legais, culturais e arranjos institucionais que determina as ações, o controle e o monitoramento das empresas de capital aberto. Esse conjunto de práticas determina, portanto, o que as companhias de capital aberto podem fazer, como seu controle é exercido e como são alocados seus riscos e retornos (BLAIR, 2005).

Em decorrência da importância da governança corporativa tem-se buscado cada vez melhores práticas, desde incentivos de mercado em razão do aumento da competitividade até iniciativas institucionais e governamentais (SILVEIRA, 2002). No mercado de capitais brasileiro foi instituída em 2001 a Lei 10.303 que estabelece uma reforma da lei das sociedades anônimas com objetivo de estabelecer uma maior proteção aos minoritários. O BNDS tem adotado como requisitos preferenciais para concessão de empréstimos a adoção de boas práticas de governança e além da CVM instituir recomendações de boas práticas de governança corporativa, agentes importantes do mercado de capitais têm editado códigos de governança que são guias que apontam boas práticas de governança recomendadas pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa.

Um importante advento com o objetivo de melhorar as práticas de governança no Brasil foi a criação do Novo Mercado e dos Níveis diferenciados de Governança Corporativa pela Bovespa em 2001, que foram inspirados na experiência do *neuer markt* alemão. O processo de inovação tido nessa experiência é que não houve necessidade do estabelecimento de nova

legislação, não impactando, portanto, em empresas que já possuíam seu capital aberto mas optaram por continuar listadas em mercados tradicionais com mecanismos de governança corporativa mais fracos. (SILVA, 2006; CARVALHO, 2002)

Os níveis de governança corporativa foram criados com intuito de destacar empresas comprometidas com melhores práticas de governance. Sendo assim as companhias podem aderir voluntariamente a três níveis distintos criados pela Bovespa: níveis 1 e 2 e novo mercado.

De acordo com Silveira (2002) empresas listadas no nível 1 comprometem-se com maior transparência nas informações ao mercado e com a dispersão acionária. Os principais mecanismos exigidos para empresas listadas no nível 1 são:

- Manutenção em circulação de uma parcela mínima de ações (free float), representando 25% do capital;
- Realização de ofertas públicas de colocação de ações por meio de mecanismos que favoreçam a dispersão do capital;
- Melhoria nas informações prestadas trimestralmente, entre as quais a exigência de consolidação e de revisão especial;
- Cumprimento de regras de transparência em operações envolvendo ativos de emissão da companhia por parte de acionistas controladores ou administradores da empresa;
- Divulgação de acordos de acionistas e programas de opções de ações (stock options);
- Disponibilização de um calendário anual de eventos corporativos.
- Já as companhias listadas no nível 2 englobam todas obrigações do nível 1 e mais uma gama de práticas de governança e direitos adicionais para os acionistas minoritários (Silveira, 2006). Algumas dessas práticas e direitos são elencadas nos parágrafos subsequentes.
- Mandato unificado de um ano para todo o Conselho de Administração;
- Disponibilização de balanço anual seguindo as normas do US GAAP ou IAS GAAP;
- Extensão para todos os acionistas detentores de ações ordinárias das mesmas condições obtidas pelos controladores quando da venda do controle da companhia e de, no mínimo, 70% deste valor para os detentores de ações preferenciais (tag along);
- Direito de voto às ações preferenciais em algumas matérias, como transformação, incorporação, cisão e fusão da companhia e aprovação de contratos entre a companhia e empresas do mesmo grupo;
- Obrigatoriedade de realização de uma oferta de compra de todas as ações em circulação, pelo valor econômico, nas hipóteses de fechamento do capital ou cancelamento do registro de negociação neste Nível;
- Adesão à Câmara de Arbitragem para resolução de conflitos societários.

O Novo Mercado, por sua vez, estabelece um padrão de governança corporativa altamente diferenciado e exige que as empresas atendam os preceitos do nível 2 e que decidam emitir apenas ações ordinárias em detrimento das ações preferenciais, além de práticas de governança adicionais às que são exigidas pelo aparato legal. Desse modo são relacionadas nos próximos parágrafos algumas regras do Novo Mercado:

- O capital deve ser composto exclusivamente por ações ordinárias com direito a voto;
- No caso de venda do controle, todos os acionistas têm direito a vender suas ações pelo mesmo preço (tag along de 100%);
- Em caso de deslistagem ou cancelamento do contrato com a BM&FBOVESPA, a empresa deverá fazer oferta pública para recomprar as ações de todos os acionistas no mínimo pelo valor econômico;
- O Conselho de Administração deve ser composto por no mínimo cinco membros, sendo 20% dos conselheiros independentes e o mandato máximo de dois anos;
- A companhia também se compromete a manter no mínimo 25% das ações em circulação (free float);
- Divulgação de dados financeiros mais completos, incluindo relatórios trimestrais com demonstração de fluxo de caixa e relatórios consolidados revisados por um auditor independente;
- A empresa deverá disponibilizar relatórios financeiros anuais em um padrão internacionalmente aceito;
- Necessidade de divulgar mensalmente as negociações com valores mobiliários da companhia pelos diretores, executivos e acionistas controladores.

Ademais, Silveira (2004) salienta que um sistema de governança eficiente deve combinar diferentes mecanismos internos e externos com objetivo de garantir escolhas no melhor interesse dos acionistas ao longo prazo. Os mecanismos internos podem ser desenvolvidos pela própria empresa, tais como conselho de administração, concentração acionária e sistema de remuneração. Já os mecanismos externos são práticas de governança de agentes externos à corporação, tais como proteção legal aos acionistas, controle da empresa no mercado e mercado de trabalho executivo (JENSEN; MURPHY, 1990; SILVEIRA, 2004).

Dessa forma os incentivos de mercados somados com as medidas legais, governamentais e institucionais podem contribuir para o fortalecimento das boas práticas de governança corporativa e conseqüentemente do mercado de capitais brasileiro, propiciando maior nível

de proteção aos investidores que dessa forma se sentirão mais seguros que obterão maiores retornos, ficando assim dispostos a pagar maiores valores pelas ações. Com efeito, as empresas aumentariam o emprego da alternativa do mercado de capitais para capitalização e financiamento de seus negócios. Silveira (2002) classifica tais relações como um círculo virtuoso proposto para governança corporativa no Brasil.

RESPONSABILIDADE SOCIAL E SUSTENTABILIDADE E DIVERSIDADE NAS ORGANIZAÇÕES

Perante a importância e aumento da preocupação com o meio ambiente e desenvolvimento social e sustentável, gestores e investidores tem dado maior atenção às ações de sustentabilidade e responsabilidade social corporativa, incluindo desse modo a variável ambiental nas estratégias e práticas das empresas. Essa perspectiva induziu mercados financeiros a buscarem índices que possibilitem reflexões sobre o desempenho das companhias nos esforços empreendidos com a sustentabilidade empresarial (MELO ET AL, 2012).

Sendo assim seguindo a tendência das principais bolsas de valores pelo mundo a BM&F-BOVESPA lançou em 2005 o Índice de Sustentabilidade Empresarial, com o intuito de refletir o retorno de uma carteira que possui em sua composição ações de empresas que possuem comprometimento com a sustentabilidade empresarial. Dessa forma o Índice possui ainda o objetivo de ser um indutor de boas práticas no meio corporativo brasileiro (BOVESPA, 2014).

Para composição do índice, consideram-se as 150 ações mais líquidas nos 12 meses anteriores à avaliação, o fato de ter sido negociada em pelo menos 50 por cento dos pregões ocorridos nos últimos 12 meses e o atendimento aos critérios de sustentabilidade do Índice de Sustentabilidade Empresarial. Para tanto são enviados questionários abrangentes de avaliação de desempenho em quatro requisitos: Eficiência Econômica, Equilíbrio Ambiental, Justiça Social e Governança Corporativa. O preenchimento do questionário é voluntário e sua análise é procedida com técnica estatística e multivariada.

O ISE consiste, portanto, em um índice que mede o retorno médio de uma carteira teórica composta por ações de companhias listadas na bolsa de valores de São Paulo (BM&F-BOVESPA) e que se destacam pelo alinhamento estratégico com a sustentabilidade, adotando práticas que contribuem para o desenvolvimento sustentável.

Destaca-se ainda que o Índice BM&FBOVESPA de Sustentabilidade Empresarial foi desenvolvido com base no conceito “*Triple Bottom Line*” que consiste na avaliação de aspectos ambientais, sociais e econômico-financeiros de maneira integrada. Adotam-se ainda indicadores de governança corporativa, bem como natureza e características do produto.

MÉTODO DE PESQUISA

ESTRATÉGIA DE PESQUISA

A abordagem metodológica empregada no estudo foi à quantitativa com enfoque empírico-analítico, em que são empregadas variáveis operacionalizadas como dependentes e independentes a fim de determinar funções e a partir do tratamento de dados estabelecerem relações entre as variáveis (MARTINS, 2002). Ademais, o estudo busca explicar a prática observada a partir de dados passados, a fim de compreender mais profundamente os fenômenos ocorridos e prever fenômenos não observados (WATTS & ZIRMMERMAN, 1986). Em suma, a presente pesquisa assume-se como quantitativa, com fins descritivos e enfoque empírico analítico.

DELIMITAÇÃO DA PESQUISA E AMOSTRA

A delimitação da pesquisa compreende-se em empresas listadas na BMF&BOVESPA. Em face da dificuldade na obtenção dos dados adotaram-se, como critério de seleção, as companhias que estão listadas entre as 100 de maiores liquidez na BMF&BOVESPA. O critério de liquidez é importante para captar melhor o efeito do valor de mercado.

Os anos selecionados para a pesquisa foram 2012, 2013 e 2014, totalizando-se 300 observações. Os dados foram coletados por meio do software *Econômica*, portal da BMF&BOVESPA e formulários de referência disponíveis pela CVM. O tratamento dos dados foi executado por meio do software *Stata 12*.

FORMULAÇÃO DAS HIPÓTESES

Fundamentado nos preceitos de governança corporativa, responsabilidade social e importância da diversidade nas organizações foi formulada a seguinte *Hipótese de pesquisa*: A presença de Mulheres no Conselho de Administração e Diretoria Executiva é positivamente relacionada com o desempenho e criação de valor corporativo.

OPERACIONALIZAÇÃO DAS VARIÁVEIS

Para testar as hipóteses supramencionadas foram selecionadas algumas proxies com base no aporte teórico, dados disponíveis. Para a variável dependente ou variável de resposta foi selecionado o percentual de participação feminina na alta gestão (Conselho de Administração e Diretoria Executiva).

Já nas variáveis independentes foram captados proxies de desempenho e como controle os constructos de governança e sustentabilidade. Como governança corporativa identificou-se a classificação da empresa no Novo Mercado. Em relação à sustentabilidade identificou-se a presença da empresa no Índice de Sustentabilidade da BMF&BOVESPA. Foram observadas ainda a concentração de propriedade, mensurada partir do percentual de propriedade dos três maiores acionistas, o controle acionário (público ou privado) e o tamanho da empresa, medido pelo seu ativo total.

Com relação ao desempenho adotou-se a variável ROA (Retorno n Assets) que representa o retorno do Ativo Total, mensurado pelo lucro líquido dividido pelo ativo total médio. Concernente ao valor corporativo empregou-se o Q de Tobin que é definido a partir da seguinte formulação, sugerida nos estudos de Chung e Pruit (1994):

$$Q = (VMA + D) / AT$$

Em que, VMA é o valor de mercado obtido a partir do número de ações da companhia multiplicado pelo preço negociado na bolsa de valores. AT consiste no ativo total e D é definido por:

$$D = VCPC - VCAC + VCE + VCDLP$$

Onde:

VCPC = Valor contábil dos passivos circulantes da companhia

VCAC = Valor contábil dos ativos circulantes

VCE = Valor contábil dos estoques

VCDLP = Valor contábil das dívidas de longo prazo.

TÉCNICA DE ANÁLISE DE DADOS E MODELO ECONOMETRICO

Os dados foram analisados a partir de um modelo de regressão linear. Gujarati (2006) destaca que a regressão linear busca mensurar a dependência estatística de uma variável dependente com outras variáveis explicativas, estimando assim o valor médio da variável dependente baseado em valores conhecidos das demais variáveis. Hair et al (2006) complementa que a análise de regressão múltipla consiste em uma técnica estatística multivariada empregada para analisar a relação entre uma variável dependente (critério) e demais variáveis preditoras (explanatórias) e pode ser expressa pela seguinte formulação básica, conforme Fávero et al (2009):

$$y = \alpha + \beta_1 X_1 + \beta_2 X_2 + \beta_k X_k + \varepsilon$$

Em que,

y é a variável dependente

$X_1 + X_2 + X_k$ são as variáveis independentes

$\alpha, \beta_1, \beta_2, \dots, \beta_k$ são os parâmetros da regressão; e

ε é o termo de erro, também conhecido como resíduo

Os dados empregados foram submetidos à análise econométrica a partir da regressão linear múltipla (RLM) que consiste em um modelo de regressão que contém mais de um regressor. Foram utilizadas variáveis quantitativas que representam os valores dos atributos que podem ser contados ou medidos em cada elemento da amostra.

A forma utilizada para encontrar os coeficientes do da equação da regressão foi o método dos mínimos quadrados (MQO *Pooled*). Este método procura encontrar o melhor ajuste para um conjunto de dados a partir da minimização da soma dos quadrados das diferenças entre valor estimado e valores observados, essas diferenças denominam-se resíduos (GUJARATI, 2006).

Destarte, os modelos econométricos desenhados para testar a hipótese de pesquisa foram descritos conforme dos modelo a seguir:

$$PF = \alpha + \beta_1 tamanho_{it} + \beta_2 desempenho_{it} + \beta_3 valor_{it} + \beta_4 concentração_{it} + \varepsilon$$

$$PF = \alpha + \beta_1 tamanho_{it} + \beta_2 desempenho_{it} + \beta_3 valor_{it} + \beta_4 concentração + \beta_3 NM_{it} + \beta_4 ISE +_{it} \varepsilon$$

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Os resultados das regressões com os coeficientes estimados, erros padrão robustos, estatísticas t e o coeficiente de determinação (R²) são apresentados na tabela 01.

Tabela 01 – Resultados da Regressão Linear Múltipla

		(1) PF	(2) PF
Intercepto	β		
	se		
tamanho	β	-0.064419*	-.0538611*
	se	.0527	.05716
desempenho	β	1.0508**	1.04e-08**
	se	5.14	.59e-09

valor	β	.0985726***	.0924599**
	se	.0372	.0420917
concentração	β	-.0115319***	-.0114199***
	se	.0029	.003046
NM	β		.0515677
	se		.111599
ISE	β		.1148436
	se		
R^2		0.3989	0.3189
F		6.78	4.97
Prob > F		0.000	0.000

Fonte: Dados da Pesquisa

Os resultados indicam que o desempenho e o valor corporativo demonstraram relação positiva e estatisticamente positiva com a participação feminina no topo das organizações, confirmando a hipótese levantada na pesquisa. Estes resultados corroboram com achados de pesquisas anteriores (Carter et al, 2003; Krishnan e Park, 2005; Campbell e Vera, 2010; Lückerath-Rovers, 2013 Rodríguez-Domínguez et al., 2012)

As variáveis de controle tamanho da empresa e concentração de mercado exercem uma influência negativa e estatisticamente significativa no percentual de mulheres no topo das organizações que compõe a amostra. Quanto as variáveis empregadas como proxies para governança e sustentabilidade, não se observou significância estatística, dessa forma não há como mensurar a influência que estas variáveis exercem na presença de mulheres na alta gestão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo analisar a relação entre desempenho e governança corporativa e a presença de mulheres na alta gestão. Para tanto se estabeleceu a hipótese, baseada na plataforma teórica, de que a presença de Mulheres no Conselho de Administração e Diretoria Executiva é positivamente relacionada com o desempenho e criação de valor corporativo.

Os resultados da pesquisa uma relação direta entre a proporção de mulheres no alto escalão e o desempenho financeiro e de mercado das companhias analisadas, confirmando a hipótese de pesquisa e sugerindo a importância da maior participação feminina na alta gestão a fim de

corroborar com a o desempenho e responsabilidade social corporativa, atendendo a perspectiva de *performance* nos negócios e os anseios éticos na concepção da diversidade de gênero.

Desse modo conclui-se que é salutar o desenvolvimento de políticas de equalização do acesso de mulheres na alta gestão de empresas brasileiras, visando preceitos de ética, igualdade, responsabilidade social e preposições de melhor desempenho e valor corporativo. A pesquisa oferece resultados práticos para Acionistas, Gestores, Investidores, Governo, Órgãos reguladores e Sociedade.

Como limitações da pesquisa apontam-se o tamanho limitado da amostra e o fato da amostra ser restrita a companhias de capital aberto em face da disponibilidade de dados. Em relação ao método é preciso considerar os efeitos da *endogeneidade* que podem conduzir a causalidade reversa. Outra limitação pode ser apontada no que concerne as proxies para governança e sustentabilidade que não apresentaram significância estatística.

Sugere-se em futuras pesquisas ampliar a amostra e considerar o emprego do estudo em companhias de capital fechado. Quanto as variáveis de governança e sustentabilidade, seria interessante abordar outras métricas para mensurá-las. Por fim sugere-se desdobramentos do estudo com foco no conselho da administração e diretoria executiva de forma separada e com a inserção de variáveis que captem os efeitos sociais da inserção da mulher nesses quadros.

REFERÊNCIAS

- ADAMS, R. B.; FERREIRA, D.. Women in the boardroom and their impact on governance and performance. **Journal of financial economics**, v. 94, p. 291-309, 2009.
- BLAIR, M. M. **Ownership and Control**. Washington: Brookings Instituicion, 1995.
- BOVESPA. Mercado: Ações – Índices. Disponível em: <<http://bovespa.com.br>>. Acesso em: 28 de maio 2013.
- BRAMMER, S.; MILLINGTON, A.; PAVELIN, S. Gender and Ethnic Diversity Among UK Corporate Boards, **Corporate Governance**, v.15, p. 393-403, 2007.
- BRUNDTLAND, G.. **Nosso futuro comum**. Rio de Janeiro: FGV, 1991.
- BYRD, J. PARRINO, R.; PRITISH, G. Stockholder-manager conflicts and firm value. **Financial Analyst Journal**, p. 14-30, may/june, 1998.
- CAMPBELL, K., MÍNGUEZ-VERA, A. Gender Diversity in the Boardroom and Firm Financial Performance. **Journal of Business Ethics**, 83 (3), 435-451, 2008.

CAMPBELL, K.; VERA A. M. Female board appointments and firm valuation: short and long-term effects. **Journal Management Governance**. 14:37–59, 2010. DOI 10.1007/s10997-009-9092-y.

CARROLL, A. A three-dimensional conceptual model of corporate performance. **Academy of Management Review**, v. 4, n. 4, p. 497-505, out, 1979.

CARROLL, A.. A three-dimensional conceptual model of corporate performance. **Academy of Management Review**, v. 4, n. 4, p. 497-505, out, 1979.

CARTER, D. A.;SIMKINS, B. J.;SIMPSON, W. G. Corporate governance, board diversity, and firm value. **Financial Review**, 38: 33–53, 2003.

CARVALHO, A. G.. Governanca Corporativa no Brasil em perspectiva. **Revista de Administração da USP**, v. 37, n. 3, jul/set, 2002

CONYON M. J.; LEECH, D. Top Pay, company performance and corporate governance. **Oxford Bulletin of Economics and Statistics**, v. 56, n. 3, aug, 1994.

DENSETZ, H. Toward a Theory of Property Rights, **American Economic Review**, v. 57, p. 347-359, maio, 1967.

FAMA, E. F. Agency problems and the theory of the firm. **Journal of Political Economy**, v.88, p.288-307, 1980.

FAMA, E.; JENSEN, M. Separation of ownership and control. **Journal of Law and Economics**, v. 26, n. 2, p. 301-327, 1983

FAVERO, L. P.; BELFIORE, P.; SILVA, F. L.; CHAN, B. L. (2009). **Análise de Dados: Modelagem Multivariada para Tomada de Decisões**, Elsevier - Campus, Rio de Janeiro, 2009

FERREIRA, L. F. **Indicadores de Sustentabilidade Corporativa aplicados a práticas de Gestão Ambiental**. Uma proposta de avaliação prática por meio da contabilidade ambiental. 95 f. Tese (Doutorado em Engenharia Ambiental) – Universidade do Vale do Rio Sinos, São Leopoldo, 2014

FRANCISCO, M. L.; SANTOS, D. F. L.. Os efeitos da governança corporativa no desempenho das empresas de energia elétrica do Brasil. Congresso Excelência em Gestão, *Anais*, 2014.

FREEMAN, R. E.. The politics of stakeholders theory: some future directions. In:Dienhart, J. W. **Business Ethics Quarterly**, v. 4, n. 4, p. 409-422, 1984.

FREEMAN, R. E.; MCVEA, J. A stakeholder approach to strategic management. In: HITT, M.; FREEMAN, E.; HARRISON, J. **Handbook of strategic management**. Oxford: Blackwell Publishing, p. 189-207, 2000.

FRIEDMAN, M.. The Social Responsibility of Business is Increase Its Profits. **New York Magazine**. New York, n. 33, p. 122-126, set, 1970.

GOMES, A. et al.. O setor elétrico. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, jan, 2006.

GUJARATI, D. N.. **Econometria Básica**. 4^a edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

HAIR, JR; BLACK, W. C; BABIN, B. J; ANDERSON, R. E & TATHAM, R. L. **Multivariate Data Analysis**. 6^a edição. Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall, 2006.

HAIR, JR; BLACK, W. C; BABIN, B. J; ANDERSON, R. E E TATHAM, R. L. **Multivariate Data Analysis**. 6^a edição. Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall, 2006.

HARRINGTON, H. J. E KNIGHT, A.. **A Implementação da ISO 14000: como atualizar o SGA com eficácia**. Tradução de Fernanda Góes Barroso, Jerusa Gonçalves de Araújo; revisão técnica Luis César G. de Araujo. São Paulo: Atlas, 2001.

HART, O. Corporate Governance: Some Theory and Applications. **The Economic Journal**, 105, p.678-689, Maio, 1995.

JENSEN, M. C.; MURPHY, K. J. Performance Pay and Top-Management Incentives, **Journal of Political Economy**, v. 98, n. 2, pp. 225-264, 1990.

KRISHNAN, H.A.; PARK, D. A few good women - on top management teams, **Journal of Business Research**, v. 58, p. 1712-1720, 2005.

LEME, A. A.. O setor elétrico e a América Latina: Argentina, Brasil e México em abordagem preliminar. **Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas**, v. 4, n. 2, p. 101-121, 2010.

LUCKERATH-ROVERS, M. Women on boards and firm performance. **Journal Management Governance**. 17:491-509; 2013. DOI 10.1007/s10997-011-9186-1.

MARTINS, G. A.. **Manual de elaboração de monografias e dissertações**. 3. ed. São Paulo; Atlas, 2000.

MELO, E. C. DE, ALMEIDA F. M. DE, SANTANA G. A. DA S. Índice de sustentabilidade empresarial (ise) e desempenho financeiro das empresas do setor de papel e celulose. **Revista Contabilidade e Controladoria**. v. 4, n. 3, 2012.

MOURA, L. A. A. DE.. **Qualidade e Gestão Ambiental para a Implantação das Normas ISO 14000 nas Empresas**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. **of stakeholder theory**. *Accounting, Organizations and Society*, V. 17 No 6, pp. 595-612, 1992.

POPPER, K. R.. **Conjecturas e Refutações**. Brasília: Editora da UnB,

ROBERTS, C.. **Determinants of corporate social responsibility disclosure: an application**

ROBINSON, G. E DECHANT, K., Building a business case for diversity, **Academy of Management Executive**, 11 (3), 21-31, 1997.

RODRÍGUEZ-DOMÍNGUEZ, L.; GARCÍA-SÁNCHEZ, I.; GALLEGO-ÁLVAREZ, I.. Explanatory factors of the relationship between gender diversity and corporate performance, **European Journal of Law and Economics**, 33(3), 603-620, 2012.

SILVEIRA, A. M. **Governança Corporativa, Desempenho e Valor da Empresa no Brasil**. São Paulo, 152p. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, 2002.

SILVEIRA, A. M. **Governança corporativa e estrutura de propriedade: determinantes e relação com o desempenho das empresas no Brasil**. 2004. 250 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

SILVEIRA, A. DI M.; DONAGGIO, A. R. F.; SICA, L. P. P. P.; RAMOS, L. DE O.. **Women’s Participation in Senior Management Positions: Gender Social Relations, Law and Corporate Governance** (October 10, 2014). Available at SSRN: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2508929>

TERJESEN, S.; SINGH, V. Female Presence on Corporate Boards: A Multi-Country Study of Environmental Context. **Journal of Business Ethics**, Springer, vol. 83(1), pages 55-63, November, 2008,

WATTS, R. L.; ZIMMERMAN, J. L.. **Positive accounting theory**. New Jersey: Prentice-Hall, 1986.

RISCO DE APATRIDIA POR DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO

ISABELLA DAHER CALMON TAVARES ¹
LARISSA BATISTA CORREA ²

RESUMO

A apatridia consiste na inexistência de elo legal entre Estado e indivíduo, o que gera dificuldade de acesso a serviços básicos e direitos para os chamados apátridas. Visando reduzir e prevenir esse problema que atinge 12 (doze) milhões de pessoas no mundo, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (Acnur), lançou a Campanha das Convenções sobre Apatridia. Entre as causas desse fenômeno, está a presença da discriminação de gênero em legislações que versam sobre a nacionalidade. Com a realização de um estudo bibliográfico em livros, periódicos científicos, dados oficiais da ONU e legislação pertinente, esse artigo objetiva determinar a influência da questão de gênero na apatridia, apresentando os casos em que essa discriminação se torna mais evidente. São encontrados exemplos de países em que a nacionalidade da mulher não é transmitida para sua filiação, assim como casos em que a esposa perde sua nacionalidade original ao se casar para poder obter a do marido. Apesar da diminuição dos países que possuem legislações desiguais em relação ao gênero, principalmente após a Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW), ainda existem 27 nações em que leis discriminatórias estão presentes nos dias atuais. Ademais, esse estudo pretende demonstrar a importância de ações no campo de gênero e nacionalidade para ser possível o combate efetivo da apatridia.

Palavras-chave: Apatridia. Gênero. Discriminação.

CONCEITO

Possuir nacionalidade ou cidadania é um requisito fundamental para o aproveitamento integral de direitos. Se para a maioria da população esse fator não gera maiores preocupações, uma vez que para eles a nacionalidade é adquirida com facilidade no princípio da vida, essa realidade não compreende todos. Parcela considerável da população mundial não possui um elo legal com um Estado.³ Essas pessoas são denominadas apátridas.

A apatridia se divide em “de jure” e “de facto”. A apatridia de jure se refere à situação legal. Em outras palavras, os apátridas de jure não são consideradas nacionais de nenhum Estado pela lei destes.

¹ Isabella Daher Calmon Tavares, Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Email: isabella.tavares@aluno.ufes.br

² Larissa Batista Corrêa, Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Email: larissa.correa@aluno.ufes.br

³ ALTO Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Apátridas: Em busca de uma nacionalidade.** Disponível em <<http://www.acnur.org/t3/portugues/quem-ajudamos/apatridas/>>. Acesso em: 20 de maio de 2015.

O segundo caso se refere a pessoas que, pela lei, têm legitimidade à cidadania, mas não conseguem provar sua nacionalidade ou são impedidas por governos de exercê-la. Ou seja, possuem reivindicações legítimas para a cidadania, mas esse direito não é concretizado, sendo assim, são chamadas apátridas de facto. Um exemplo disso é quando um indivíduo tem negados direitos que são usufruídos por todos os nacionais, tal como o direito de retornar a seu país e residir nele⁴. Na prática, não é fácil delimitar tais casos de apatridia. Essa distinção gerou dúvidas se os tratados da ONU sobre apatridia se referiam apenas aos apátridas de jure, ou se compreendiam todo o campo da apatridia. No Ato Final da Convenção para Reduzir os Casos de Apatridia de 1961 está presente uma recomendação de que as pessoas que são apátridas de facto devem ser tratadas o quanto for possível como apátridas de jure para lhes permitir adquirir uma nacionalidade efetiva⁵.

É estimado que atualmente existam 12 (doze) milhões de apátridas no mundo⁶, apesar de a apatridia ser proibida pela legislação internacional. O direito a nacionalidade está presente na Declaração de Direitos Humanos, em seu Artigo 16⁷, o que mostra o reconhecimento da importância da nacionalidade para o exercício dos direitos humanos.

CONSEQUÊNCIAS

As consequências para a ausência de nacionalidade são graves. A cidadania é pressuposto para uma série de direitos e proteções. O indivíduo, por exemplo, não pode exercer o direito a voto, ou de ser votado, excluindo a pessoa de processos políticos. A falta de uma identidade legal se torna um obstáculo, inclusive para o encontro de um trabalho. Desse modo, torna-o mais vulnerável a exploração.

O direito de residir num país pode não ser aplicado aos apátridas, uma vez que não são considerados cidadãos. Viajar é dificultado por falta de documentação adequada. Além disso, o acesso a serviços públicos como educação e saúde não são garantidos. Por fim, o acesso à justiça também será negado.

⁴ ALTO Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Apátridas: Em busca de uma nacionalidade.** Disponível em <http://www.acnur.org/t3/portugues/quem-ajudamos/apatridas/o-que-e-a-apatridia/>. Acesso em: 21 de maio de 2015.

⁵ “The Conference Recommends that persons who are stateless de facto should as far as possible be treated as stateless de jure to enable them to acquire an effective nationality.” (UN General Assembly. **Final Act of the Conference on the Elimination or Reduction of Future. Statelessness.** Disponível em: <http://legal.un.org/diplomaticconferences/statelessness-1959/docs/english/Vol_1/20_FINAL_ACT_A_conf_9_14_and_add-1.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2015)

⁶ BLITZ, Brad K. **Statelessness, protection and equality.** Disponível em: <<http://www.rsc.ox.ac.uk/publications/statelessness-protection-and-equality>>. Acesso em: 20 de maio de 2015. p.6.

⁷ THE GENERAL ASSEMBLY. **The Universal Declaration Of Human Rights.** Disponível em: <http://www.un.org/en/documents/udhr/>. Acesso em: 20 de maio de 2015

Observa-se que diversos direitos humanos não serão garantidos aos apátridas, uma vez que o acesso a eles depende da cidadania. Nesse prisma, Laura Van Waas⁸ faz uma crítica ao comentar que existem muitos direitos humanos que na prática se traduzem apenas como direitos dos cidadãos.

“While the majority of human rights are, indeed, guaranteed under law to everyone, regardless of nationality, this is not the case across the board. There are a number of standards that have been formulated in such a way as to call into question the inclusiveness of the term ‘human rights’—suggesting that the denationalisation of rights remains an incomplete process. There are, in fact, still a number of citizens rights dressed up as human rights.” (WASS, 2009)

Assim, mesmo que a Declaração Universal de Direitos Humanos dite em seu Artigo 21 que todos têm direito a participação no governo do próprio país, tal direito não atingirá os apátridas, já que não possuem direitos políticos. O caminho para a concretização completa dos direitos humanos passa pela necessidade de uma nacionalidade ou cidadania.

CAUSAS

A apatridia advém de diversas causas. É possível tanto nascer apátrida como se tornar apátrida com a perda da nacionalidade original. Na maioria dos casos consegue-se estabelecer a probabilidade de surgimento de casos de apatridia por meio da análise da legislação de nacionalidade do país, sendo assim possível determinar a vulnerabilidade de certos grupos.

Em vários casos, a próprio sentido de nacionalidade é a origem do problema. Nacionalidade é uma questão altamente sensível, uma vez que é uma manifestação da soberania e da identidade de um país⁹. Sendo assim, a nacionalidade e a cidadania estão intimamente vinculadas com o sentimento de pertencimento a uma nação. Esses elos com o Estado são comumente baseados pelo local de nascimento (*jus soli*), pela descendência (*jus sanguinis*) ou por naturalização.

Na prática, as nações que utilizam o critério *jus sanguinis* possuem maior risco de apatridia que as nações que adotam o critério *jus solis*¹⁰. Isso ocorre porque a incorporação

⁸ WASS, Lauren Van. **Nationality And Rights**. .In *Statelessness and Citizenship: A Comparative Study on the Benefits of Nationality*. Org.: Blitz, Brad K., Lynch, Maureen. Disponível em <<http://www.nationalityforall.org/pubs>>. Acesso em 8 de maio de 2015. p.26

⁹ Katherine Southwick, J.D.& M. Lynch, PH.D. **Refugees International, Nationality Rights for All: A Progress Report and Global Survey on Statelessness**. Disponível em <<http://www.refworld.org/docid/49be193f2.html>> Acesso em: 20 de maio de 2015. p.2.

¹⁰ BLITZ, Brad K. **Statelessness, protection and equality**. Disponível em: <<http://www.rsc.ox.ac.uk/publications/statelessness-protection-and-equality>>. Acesso em: 20 de maio de 2015. p.2.

de minorias, como migrantes recentes e suas crianças, ou de determinados grupos étnicos se torna mais difícil.

São causas de apatridia a falha no registro de crianças; problemas legais, como a diferença de legislação entre países, a perda de nacionalidade sem adquirir posteriormente outra, a já comentada nacionalidade baseada apenas na descendência; leis discriminatórias que excluem determinado grupo étnico na obtenção de cidadania, bem como as que negam direitos a mulheres; o abandono de crianças; a expulsão de povos de seus territórios; mudanças políticas, entre outras.¹¹

Nesse artigo, será dado foco à discriminação de gênero como causa de apatridia. A discriminação em razão do sexo e a desigualdade entre homens e mulheres anulam e prejudicam o gozo dos direitos e o progresso de mulheres e meninas em todo o mundo¹². A questão da desigualdade de gênero permeia as legislações sobre nacionalidade de certas nações, tornando mulheres e crianças vulneráveis a apatridia. É o caso de nações de critério jus sanguinis que não admitem que a mãe transmita a sua nacionalidade para o filho, ou oferecem grandes dificuldades para isso. Grande progresso já foi feito no assunto, mas ainda existem casos que necessitam de atenção.

CONVENÇÃO DE 1954 SOBRE O ESTATUTO DOS APÁTRIDAS E CONVENÇÃO PARA REDUZIR OS CASOS DE APATRIDIA DE 1961

A Declaração Universal dos Direitos Humanos estabeleceu um marco no desenvolvimento do direito à nacionalidade ao o garantir no seu artigo 15. Posteriormente, a situação de apatridia foi objeto de tratados específicos como a Convenção de 1954 sobre o Estatuto dos Apátridas e Convenção para Reduzir os Casos de Apatridia de 1961.

Historicamente, os refugiados e os apátridas eram menos diferenciados, com ambos recebendo proteção e assistência de organizações internacionais de refugiados¹³, sendo a Convenção de 1954 originalmente elaborada como um protocolo à Convenção de Refugiados de 1951.

¹¹ Katherine Southwick, J.D. & M. Lynch, PH.D. **Refugees International, Nationality Rights for All: A Progress Report and Global Survey on Statelessness**. Disponível em <<http://www.refworld.org/docid/49be193f2.html>> Acesso em: 20 de maio de 2015. p.2.

¹² UN High Commissioner for Refugees (UNHCR). **Displacement, Statelessness and Questions of Gender Equality under the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women**. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/4a8aa8bd2.html>>. Acesso em: 29 de maio de 2015. p. 14

¹³ UN High Commissioner for Refugees (UNHCR). **Information and Accession Package: The 1954 Convention relating to the Status of Stateless Persons and the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness**. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b3350.html>>. Acesso em: 29 de maio de 2015. p.7

A Convenção de 1954 sobre o Estatuto dos Apátridas foi na época o principal instrumento internacional sobre a regulação e a melhora da situação jurídica do apátrida. Trouxe a definição de apátrida, no entanto, foi uma definição estritamente legal. O tratado tem como objetivo, ao regulamentar a situação dos apátridas, permitir que eles desfrutem de seus direitos e liberdades fundamentais. A Convenção de 1954 sobre o Estatuto dos Apátridas é o único instrumento legal que estabelece formalmente a condição jurídica internacional de apátrida.¹⁴ Devido a ela, os apátridas possuem acesso a documentos de identidade (Artigo 27) e a documentos de viagem (Artigo 28)¹⁵. Esses direitos são de grande importância e diminuem a urgência da necessidade da nacionalidade. No entanto, é importante ressaltar que os direitos assegurados pela Convenção não substituem a nacionalidade. Podemos observar essa situação ao perceber que mesmo que o artigo 28 da Convenção permita que sejam emitidos documentos de viagem, o parágrafo 16 dita que a emissão do documento não permite de forma alguma ao detentor o direito à proteção das autoridades diplomáticas ou consulares do país de emissão, e não ipso facto confere a estas autoridades um direito de proteção. Até abril de 2015, o tratado possuía 86 Estados Partes.

A Convenção de 1961 para Reduzir os Casos de Apatridia é o instrumento jurídico internacional fundamental para abordar o problema da apatridia. Até abril de 2015, possuía 63 Estados Partes. Tal convenção tenta definitivamente resolver o problema dos apátridas como um grupo vulnerável ao estabelecer regras concretas para a realização do direito a ter uma nacionalidade e prevenção da apatridia. Do artigo 1 ao 4, são enumeradas possíveis situações em que a nacionalidade será concedida, sendo que a condição comum para todos esses modos de aquisição é o fato de que o indivíduo caso contrário seria apátrida. No seu Ato Final, como já foi comentado neste artigo, a Convenção de 1961 discorre sobre a definição de termos usados, trazendo um sentido mais amplo para palavra apatridia que a Convenção de 1954, pois é recomendado que a apatridia de facto seja tratada o quanto for possível como apátrida de jure para lhes permitir adquirir uma nacionalidade efetiva.

A adesão dos Estados a essas Convenções são de grande relevância. A adesão à Convenção de 1954 sobre o Estatuto dos Apátridas é importante, pois estabelece um tratamento padrão aos apátridas. Ele fornece ao indivíduo estabilidade e assegura que sejam cumpridos certos direitos e necessidades básicas¹⁶. A adesão à Convenção de 1961 para Reduzir os Casos

¹⁴ ALTO Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Protegendo os direitos dos apátridas**. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2011/Protegendo_os_Direitos_dos_Apatridas>. Acesso em: 20 de maio de 2015.

¹⁵ ALTO Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Convenção de 1954 sobre o Estatuto dos Apátridas**. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/3bbb25729.html>>. Acesso em: 29 de maio de 2015.

¹⁶ UN High Commissioner for Refugees (UNHCR). **Information and Accession Package: The 1954**

de Apatridia é importante por sua fundamental atuação como instrumento no Direito Internacional em se tratando de meio de evitar a apatridia. O objetivo essencial da Convenção é o de proporcionar a aquisição ou retenção de nacionalidade para aqueles que de outra forma seriam apátridas e que têm uma ligação adequada com o Estado.

CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER (CEDAW)

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher foi adotado em 1979 pela Assembleia Geral da ONU. Possui ampla garantia de direitos e por compreender diversas situações em que a mulher sofre discriminação. Define discriminação contra a mulher como qualquer distinção, exclusão ou restrição feita com base no sexo, que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade dos homens e das mulheres, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais no outro campo político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer.

A CEDAW trata sobre o tema da nacionalidade no seu artigo 9:

“Article 9

1. States Parties shall grant women equal rights with men to acquire, change or retain their nationality. They shall ensure in particular that neither marriage to an alien nor change of nationality by the husband during marriage shall automatically change the nationality of the wife, render her stateless or force upon her the nationality of the husband.
2. States Parties shall grant women equal rights with men with respect to the nationality of their children.”

Antes dessa Convenção, a maioria dos estados não proporcionava a igualdade de direitos entre gêneros nas suas leis de nacionalidade. O tratado trouxe uma mudança radical, pois muitos países modificaram sua legislação devido a convenção¹⁷. Vale ressaltar que a CEDAW possui, até maio de 2015, 189 Estados-Partes, sendo um dos tratados com maior quantidade.

Convention relating to the Status of Stateless Persons and the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness. Disponível em: < <http://www.unhcr.org/3bbb25729.html>>. Acesso em: 29 de maio de 2015. p.13

¹⁷ UN High Commissioner for Refugees (UNHCR). **Background Note on Gender Equality, Nationality Laws and Statelessness.** Disponível em: < <http://www.refworld.org/docid/513a0b582.html>>. Acesso em: 25 de maio de 2015. p.1

IGUALDADE DE GÊNERO E APATRIDIA

A desigualdade de gênero presente nas legislações sobre nacionalidade é uma das causas mais comuns de casos de apatridia ao redor do mundo¹⁸. Destacam-se os casos em que as crianças não podem adquirir a nacionalidade de sua mãe, tornando-se assim vulneráveis a apatridia. Isso pode ocorrer quando o pai é apátrida; quando as leis do país do pai não permitem-lhe para conferir nacionalidade, em determinadas circunstâncias, como quando a criança nasce no exterior; quando um pai é desconhecido ou não casado com o mãe no momento do nascimento; quando um pai tem sido incapaz de cumprir medidas administrativas para conferir sua nacionalidade ou adquirir a prova da nacionalidade para seus filhos porque, por exemplo, ele morreu, foi forçosamente separado de sua família, ou não pode cumprir onerosa documentação ou outros requisitos; ou quando um pai tem sido relutante em cumprir medidas administrativas para conferir sua nacionalidade ou adquirir provas de sua nacionalidade para seus filhos, por exemplo, se já abandonou a família.¹⁹

Até momento recente, leis discriminatórias eram corriqueiras no mundo. Muitas vezes tais leis derivam do fato que países passam por processos de independência, mas mantêm partes da legislação iguais a legislação antiga. É preciso reconhecer, felizmente, especialmente após a CEDAW, que diversos países reformularam suas leis e atualmente utilizam critérios mais justos para a nacionalidade. No entanto, tal quadro não compreende a situação de todos países e muitos exemplos de discriminação ainda são encontrados.

CASOS PASSADOS

Como citado, muitos países do mundo se dispuseram a alterar suas legislações em favor de uma igualdade de gênero nas leis sobre nacionalidade. Reformas já foram implementadas nos últimos anos em países tão diversos como o Sri Lanka (2003), Egito (2004), a Argélia (2005), Indonésia (2006), o Iraque (2006), Serra Leoa (reforma parcial em 2006), Marrocos (2007), Bangladesh (2009), Zimbabwe (2009), Quênia (2010), Tunísia (lacunas remanescentes abordadas em 2010), Monaco (2005, 2011) e Iêmen (2010)²⁰.

¹⁸ UN High Commissioner for Refugees (UNHCR). **Statelessness in Southern Africa**. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/50c1f9562.html>>. Acesso em: 25 de maio de 2015. p.8

¹⁹ UN High Commissioner for Refugees (UNHCR). **Background Note on Gender Equality, Nationality Laws and Statelessness**. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/513a0b582.html>>. Acesso em: 25 de maio de 2015. p. 1.

²⁰ Ibidem. Acesso em: 25 de maio de 2015.

Um caso emblemático, que atualmente é referência no combate a apatridia, é do Vietnã. Em 2009, foi aprovada no país a Lei de Nacionalidade Vietnamita (Law on Vietnamese Nationality). A lei define, em seu artigo 30, o que é a apatridia e restituiu a nacionalidade vietnamita a mulheres, nascidas no Vietnã, que haviam se tornado apátridas após se casarem com estrangeiros e terem se divorciado antes de conseguir a cidadania estrangeira para ela e seus filhos.

A lei também atribui nacionalidade vietnamita a crianças nascidas no Vietnã, cujos pais são apátridas, e a recém-nascidos encontrados em território vietnamita e de pais desconhecidos. Também define, no artigo 19, critérios para obtenção de cidadania pelos apátridas residentes no país.

CASOS ATUAIS

Apesar dos avanços realizados pelo Vietnã, a discriminação de gênero nas leis de nacionalidade ainda é uma realidade em 27 países pelo mundo: Bahamas, Mauritânia, Bahrain, Nepal, Barbados, Omã, Brunei Darussalam, Catar, Burundi, Arábia Saudita, Irã, Senegal (se comprometeu a lei de reforma), Jordania, Serra Leoa, Kuwait, Somália, Líbano, Sudão, Libéria (se comprometeu a lei de reforma que é incompatível com disposição constitucional), Suazilândia, Líbia, Síria, Madagáscar, Togo, Malásia e Emirados Árabes Unidos.

ORIENTE MÉDIO

O caso mais grave é o do Catar, que não permite a transferência de cidadania da mãe para o filho em nenhuma hipótese, mesmo que isso resulte em apatridia para a criança. O país do Oriente Médio, que está em foco na mídia, pois acolherá uma Copa da Mundo, publicou em 2005 a lei nº 38²¹, que dita:

“Article 1

The following shall be deemed to be Qatari Nationals:

1. Those residents of Qatar who have been resident in the country since 1930 and who maintained regular legal residence in the country until the enforcement date of the aforementioned Law No. 2 of 1961.
2. Any person who is proved to be of Qatari descent, albeit in the absence of the conditions set forth in the preceding sub-article, and additionally, any person in respect to whom an Emiri decree has been promulgated.

²¹ *Qatar: Law No. 38 of 2005 on the acquisition of Qatari nationality [Qatar]*. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/542975124.html>>. Acesso em: 03 de junho de 2015.

3. Persons to whom Qatari nationality has been reinstated in accordance with the provisions of law.
4. Any person born in Qatar or in a foreign country to a Qatari father in accordance with the preceding Articles.”

Outro país do Oriente Médio em que esta causa de apatridia também está presente é o Kuwait. A lei de nacionalidade do país é de 1959²²:

“Article 2

Any person born in, or outside, Kuwait whose father is a Kuwaiti national shall be a Kuwaiti national himself.”

Na legislação do Kuwait, existe a possibilidade de solicitação de cidadania por meio da mãe nos casos de pai desconhecido ou sem nacionalidade²³ estabelecida, no entanto, na prática isso ocorre raramente.

O Irã traz diversos critérios em relação à nacionalidade, no seu artigo 976 do Código Civil iraniano. É estabelecido que a transmissão da nacionalidade se dá apenas pelo pai²⁴. Alternativas são oferecidas, por exemplo, os nascidos no Irã de pais desconhecidos têm direito à nacionalidade. No entanto, o caminho para adquirir nacionalidade para aqueles que nascem no Irã de pai estrangeiro é complicado²⁵. É preciso residir no país por um ano após completar 18 anos para isso ser possível.

A constituição iraquiana de 2005, embora tenha estabelecido igualdade de gênero na transmissão de nacionalidade aos filhos, tem sua aplicação limitada pela Lei de nacio-

²² Nationality Law, 1959. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b4ef1c.html>>. Acesso em: 03 de junho de 2015

²³ “Article 3: Kuwaiti nationality is acquired by any person born in Kuwait whose parents are unknown. A foundling is deemed to have been born in Kuwait unless the contrary is proved. Kuwaiti nationality may be granted by Decree upon the recommendation of the Minister of the Interior to any person [upon his attaining his majority who was] born in, or outside, Kuwait to a Kuwaiti mother whose father is unknown or whose kinship to his father has not been legally established. The Minister of the Interior may afford to such children, being minors, the same treatment as that afforded to Kuwaiti nationals until they reach their majority.” (**Nationality Law, 1959**. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b4ef1c.html>>. Acesso em: 03 de junho de 2015)

²⁴ “Article 976 - The following persons are considered to be Iranian subjects: (...)Those born Iran or outside whose fathers are Iranian.” (Canada: Immigration and Refugee Board of Canada, **Iran: Whether an Iranian woman loses her Iranian nationality if she marries a non-Iranian, or acquires another nationality without informing Iranian authorities; whether a child born to an Iranian mother and a non-Iranian father is entitled to Iranian citizenship**. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/3ae6ad9423.html>>. Acesso em: 03 de junho de 2015)

²⁵ “Persons born in Iran of a father of foreign nationality who have resided at least one more year in Iran immediately after reaching the full age of 18; in other cases their naturalization as Iranian subjects will be subject to the stipulations for Iranian naturalization laid down by the law.” (**Civil Code of the Islamic Republic of Iran**. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/49997adb27.html>>. Acesso em: 03 de junho de 2015.)

nalidade do país de 2006. A lei limita a transmissão de nacionalidade de mães pra filhos nascidos fora do país.

No Líbano, o Decreto nº15 de 1925 discorre sobre a nacionalidade do país. É também um país que aparece na tabela entre os que possuem uma legislação muito limitada. Na circunstância da lei, apenas pais libaneses podem transmitir a nacionalidade para os filhos²⁶. Exceções são feitas para aqueles nascidos no Grande Líbano, estado criado em 1920, que foi antecessor do atual Líbano. Assim, as pessoas nascidas nessa região e que não adquiriram após o nascimento, por filiação, uma nacionalidade estrangeira, têm direito à nacionalidade libanesa. Do mesmo modo, são considerados libaneses aqueles que, nascidos no território do Grande Líbano, possuem país desconhecidos ou de nacionalidade desconhecida. Mesmo com essa medida, que deveria evitar os casos de apatridia, não é claro se na prática ela é implementada.

A Jordânia, a Arábia Saudita e os Emirados Árabes Unidos apenas permitem a transferência de nacionalidade por meio do pai, apesar de promover exceções em casos de pais desconhecidos, apátridas ou sem nacionalidade conhecida.

Síria, Bahrein e Omã são outros países da região que também limitam, de alguma forma, a transmissão de nacionalidade da mãe para sua filiação.

ÁFRICA

Os países africanos têm passado por numerosos processos de reformas legislativas nos últimos anos, visando igualar direitos entre os gêneros. Alguns países, inclusive, apesar de ainda possuir leis discriminatórias estão em processo de alteração para uma lei com igualdade de gêneros.

No sul da África, por exemplo, a norma é existir uma neutralidade no direito de qualquer um dos pais transmitir sua nacionalidade para seus filhos. Foi nessa região que ocorreu um *leading case* para o continente em 1993, uma decisão no Botswana, onde o Tribunal de Recurso confirmou o direito da mulher para passar a cidadania Botswana para seus filhos. A lei foi posteriormente alterada para estar em conformidade com esta decisão.

Esse quadro demonstra a situação atual do sul da África quanto a nacionalidade por descendência:

²⁶ “Article 1: Is considered Lebanese : Every person born of a Lebanese father. Every person born in the Greater Lebanon territory and did not acquire a foreign nationality, upon birth, by affiliation. Every person born in the Greater Lebanon territory of unknown parents or parents of unknown nationality.” (**Decree No15 on Lebanese Nationality including Amendment**. Disponível em: < <http://www.refworld.org/docid/44a24c6c4.html>>. Acesso em: 03 de junho de 2015)

Tabela 1²⁷

País	Nascido no país				Nascido no estrangeiro				Previsão legal
	No casamento + Pai (P) e/ou Mãe (M) é cidadão		Fora do casamento + Pai (P) e/ou Mãe (M) é cidadão		No casamento + Pai (P) e/ou Mãe (M) é cidadão		Fora do casamento + Pai (P) e/ou Mãe (M) é cidadão		
	P	M	P	M	P	M	P	M	
Angola	D	=	=	=	=	=	=	=	L2005Art9
Botswana	D	=	=	=	=	=	=	=	L1998(2004) Arts4&5
Lesoto	D	=	=	=	Dx1	=	=	=	C1993Art38&39 L1971Art5&6
Malavi	D~	=	=	=	Dx1~	=	=	=	L1966Arts4&5
Moçambique	D	=	=	=	A	=	=	=	C2004Art23 L1975(1987)Art1
Namíbia	D	=	=	=	=	=	=	=	C1990(2010) Art4(1)(c)&(2) L1990Art2
África do sul	D	=	=	=	=	=	=	=	L1995(2010)Art2
Suazilândia	D	-	D	A*	DX1(A)	-	DX1(A)	A*	C2005Art43 L1992Art7
Zambia	D	=	=	=	=	=	=	=	C1991(1996)Art5
Zimbábue	D^	=	=	=	=	=	=	=	C1981(2009) Art5&6 L1984(2003)Art5

= igual coluna da esquerda
 - Não há direitos
 D: criança é cidadão desde o nascimento de pleno direito
 Dx1: criança é cidadão desde o nascimento como de direito só se os pais são nascidos no país/ cidadãos pelo o nascimento
 ~ Discriminação racial / étnica na lei de cidadania: Grupos especificados coletados para tratamento especial
 A: pode reivindicar a cidadania por um processo administrativo (incluindo estabelecer a paternidade, mas excluindo registro de nascimento)
 * Mãe (ou pai) passa a cidadania se pai (ou mãe) for de nacionalidade desconhecida ou apátridas ou se o pai não reivindica.
 † a posição é ambígua em que a legislação conflita com a constituição. As disposições constitucionais são anotadas aqui, a menos elas forneçam apenas princípios gerais e as regras detalhadas são estabelecidas pela legislação
 ^ Os direitos de cidadania dos avós: se nascidos dentro ou fora do país e um avô é um cidadão

O país que se diferencia dos demais, por ter uma legislação com direitos à nacionalidade bem mais limitada, é a Suazilândia. Apesar da constituição da Suazilândia, criada em 2005,

²⁷ UN High Commissioner for Refugees (UNHCR). **Statelessness in Southern Africa**. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/50c1f9562.html>>. Acesso em: 25 de maio de 2015. p.18

dar nacionalidade aos filhos de um pai ou mãe nacional do país nascidos antes de 2005, as crianças nascidas depois de 2005 apenas adquirem a nacionalidade por meio do pai²⁸.

No restante da África, problemas nas legislações também são encontrados. A legislação da Somália não permite a transmissão de nacionalidade de mãe para seus filhos em nenhuma hipótese. Em Madagascar, mães só podem solicitar a cidadania do país para seus filhos caso o pai seja apátrida ou de nacionalidade desconhecida. Em Serra Leoa, após a reforma das leis em 2006, ampliou-se a transmissão de nacionalidade, podendo ser realizada por meio do pai, mãe e até avós de cidadãos. Porém, para as crianças nascidas fora do país a cidadania é transmitida apenas por meio do pai, embora a constituição contenha garantias para filhos de cidadãos que não possuam outra nacionalidade.

Em alguns países, como Burundi, Libéria, Sudão e Togo, a legislação anterior possuía discriminação entre os gêneros nas questões de nacionalidade. Apesar de essas discriminações terem sido superadas, muitas vezes na aplicação das leis usa-se a orientação mais antiga, gerando assim casos de discriminação nos dias atuais. O Sudão, após a criação do Estado do Sudão do Sul, passou por reformas em sua legislação de nacionalidade em 2011, mantendo as igualdades já existentes. Porém, o país ainda possui uma constituição interina em vigor até que se crie uma constituição permanente.

ÁSIA

Na Malásia, os nascidos no país adquirem a nacionalidade por meio da mãe ou do pai. Porém, para os nascidos fora do país de mães malasianas, deve-se solicitar o registro em um órgão consular do país no exterior.

No Nepal, filhos de pais nepaleses adquirem nacionalidade nepalesa em qualquer circunstância. Porém, os filhos de mulheres nepalesas e pais estrangeiros devem pedir a cidadania por meio de naturalização, provando permanência no Nepal e que não adquiriram a cidadania de seus pais. Deve-se ressaltar que não são conhecidos casos de naturalização por meio desse processo.

²⁸ “43. (1) A person born in Swaziland after the commencement of this Constitution is a citizen of Swaziland by birth if at the time of birth the father of that person was a citizen of Swaziland in terms of this Constitution. (2) A person born outside Swaziland after the commencement of this Constitution is a citizen of Swaziland if at the time of birth the father of that person was a citizen of Swaziland in terms of this Constitution. **(Constitution of the Kingdom of Swaziland Act, Chapter IV Citizenship (excerpt)**. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/4c598cc72.html>>. Acesso em: 03 de junho de 2015)

Em Brunei apenas pais transferem sua nacionalidade aos filhos, sem exceções²⁹.

AMÉRICA

Nas Bahamas, em Barbados e no Suriname, homens e mulheres transferem sua nacionalidade as crianças nascidas dentro do país. Porém, apenas os homens transferem sua nacionalidade às crianças nascidas no exterior.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos 60 anos que se passaram da Convenção de 1954 sobre o Estatuto dos Apátridas até 2014, ocorreu uma grande evolução no combate à apatridia, em especial ao risco de apatridia originado na desigualdade de gênero. No entanto, ainda existem muitos apátridas ao redor do mundo e este problema ainda está longe de ser combatido totalmente.

Compreendendo essa situação, a ONU, por meio do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, realiza um importante trabalho com o objetivo de erradicar o problema da apatridia. Destaca-se, no momento atual, a campanha I Belong, que pretende promover o acesso à nacionalidade a todos.

A cidadania é, pois, elemento essencial para o exercício integral de direitos. É preciso combater a origem dos riscos de apátrida para se erradicar o problema. Assim, é de fundamental importância reivindicar leis mais igualitárias quanto ao gênero nas leis sobre nacionalidade.

²⁹ “Subject of His Majesty by operation of law.

4· (1) On and after the appointed day the following persons, and no others, shall be subjects of His Majesty by operation of law — any person born in Brunei Darussalam on or after the appointed day whose father was, at the time of the birth of such person, a subject of His Majesty; and any person outside Brunei Darussalam before, on or after the appointed day, whose father was, at the time of birth of such person, a subject of His Majesty and was employed outside Brunei Darussalam in the service of the Government, by any company registered in Brunei Darussalam or in such special circumstances as His Majesty thinks fit, if the birth of such person was registered at a Brunei Consulate or in Brunei Darussalam within 6 months of its occurrence, or such longer period as His Majesty may in any particular case allow (...).” (**Constitution of the Kingdom of Swaziland Act, Chapter IV Citizenship (excerpt)**). Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/4c598cc72.html>>. Acesso em: 03 de junho de 2015)

REFERÊNCIAS

ALTO Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Apátridas: Em busca de uma nacionalidade**. Disponível em <<http://www.acnur.org/t3/portugues/quem-ajudamos/apatridas/>>.

Acesso em: 20 de maio de 2015.

ALTO Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Convenção de 1954 sobre o Estatuto dos Apátridas**. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/3bbb25729.html>>. Acesso em: 29 de maio de 2015.

ALTO Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Protegendo os direitos dos apátridas**. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2011/Protegendo_os_Direitos_dos_Apatridas>. Acesso em: 20 de maio de 2015.

BLITZ, Brad K. **Statelessness, protection and equality**. Disponível em: <<http://www.rsc.ox.ac.uk/publications/statelessness-protection-and-equality>>. Acesso em: 20 de maio de 2015.

CANADA: Immigration and Refugee Board of Canada, **Iran: Whether an Iranian woman loses her Iranian nationality if she marries a non-Iranian, or acquires another nationality without informing Iranian authorities; whether a child born to an Iranian mother and a non-Iranian father is entitled to Iranian citizenship**. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/3ae6ad9423.html>>. Acesso em: 03 de junho de 2015.

Katherine Southwick, J.D.& M. Lynch, PH.D. **Refugees International, Nationality Rights for All: A Progress Report and Global Survey on Statelessness**. Disponível em <<http://www.refworld.org/docid/49be193f2.html>> Acesso em: 20 de maio de 2015.

THE GENERAL ASSEMBLY. **The Universal Declaration Of Human Rights**. Disponível em: <http://www.un.org/en/documents/udhr/>. Acesso em: 20 de maio de 2015.

UN General Assembly. **Final Act of the Conference on the Elimination or Reduction of Future. Statelessness**. Disponível em: <http://legal.un.org/diplomaticconferences/statelessness-1959/docs/english/Vol_1/20_FINAL_ACT_A_conf_9_14_and_add-1.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2015.

UN High Commissioner for Refugees (UNHCR). **Background Note on Gender Equality, Nationality Laws and Statelessness**. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/513a0b582.html>>. Acesso em: 25 de maio de 2015.

UN High Commissioner for Refugees (UNHCR). **Displacement, Statelessness and Questions of Gender Equality under the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women.** Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/4a8aa8bd2.html>>. Acesso em: 29 de maio de 2015.

UN High Commissioner for Refugees (UNHCR). **Information and Accession Package: The 1954 Convention relating to the Status of Stateless Persons and the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness.** Disponível em: <<http://www.unhcr.org/3bbb25729.html>>. Acesso em: 29 de maio de 2015.

UN High Commissioner for Refugees (UNHCR). **Statelessness in Southern Africa.** Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/50c1f9562.html>>. Acesso em: 25 de maio de 2015.

WASS, Lauren Van. **Nationality And Rights.** .In Statelessness and Citizenship: A Comparative Study on the Benefits of Nationality. Org.: Blitz, Brad K., Lynch, Maureen. Disponível em <<http://www.nationalityforall.org/pubs>>. Acesso em 8 de maio de 2015.

MULHERES ENCARCERADAS NA PENITENCIÁRIA FEMININA DO PARANÁ: O AGIR DA TEOLOGIA E BIOÉTICA E PASTORAL CARCERÁRIA

CECÍLIA FRANCISCA DOS SANTOS¹
WALDIR SOUZA²

RESUMO

O presente artigo é resultado das visitas na Penitenciária Feminina do Paraná (PFP), localizada no município de Piraquara-Pr, onde está sendo desenvolvido o Programa Ciência e Transcendência: educação, profissionalização e inserção social, que atua em parceria com a Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) e a Secretaria de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos (SEJU), desde o último trimestre de 2012. O objetivo é oferecer melhores perspectivas de vida às encarceradas e aos seus filhos que residem na penitenciária. Também visa mostrar a necessidade de se pensar no âmbito da reflexão teológica uma bioética voltada para as questões sociais, em suas mutações constantes e em sua realidade multifacetária. O método utilizado é o qualitativo bibliográfico, que oportunizou a coleta de dados para concluir este estudo. O envolvimento com a comunidade encarcerada é uma missão evangelizadora. Evangelizar é fazer Jesus Cristo conhecido! Nesta perspectiva é possível fazer uma conexão entre Teologia e Bioética. Na prisão, a pessoa é rotulada e coisificada como mero objeto de manipulação. É imprescindível e pertinente organizar um grupo de estudos na linha da bioética de intervenção e proteção; em conjunto com as Igrejas, sobretudo a Igreja Católica e os órgãos governamentais competentes para uma formação exclusiva no ambiente prisional.

Palavras-chave: Mulheres encarceradas. Teologia. Bioética.

INTRODUÇÃO

As informações constantes neste artigo são resultados das visitas na Penitenciária Feminina do Paraná (PFP)³, interesse pelo tema, participação em grupos de estudos e/ou formações e reflexões do Programa Ciência e Transcendência: educação, profissionalização e inserção social, que atua em parceria com a PUCPR⁴ e a SEJU⁵, desde o último trimestre de 2012.

¹ Bacharel em Teologia pela PUCPR. Trabalho apresentado no GT IV – Bioética, Direitos Humanos, Democracia, Pluralidade e Sociedade. E-mail: cefrsantos@bol.com.br

² Doutor em Teologia pela PUC-Rio. Professor do PPG em Teologia e em Bioética da PUCPR. Linhas de pesquisa: teologia e sociedade; fundamentos da bioética; bioética clínica e humanização. PUC-PR: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PR, Brasil. E-mail: waldir.souza@pucpr.br

³ PFP – Penitenciária Feminina do Paraná.

⁴ PUCPR – Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

⁵ SEJU – Secretaria de Estado da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos do Paraná.

No artigo, são abordados vários aspectos corriqueiros do cotidiano das encarceradas. Abordagem às suas aflições, expectativas, mazelas pontuais, à indiferença e descaso dos agentes públicos e principalmente da sociedade organizada. No complexo penal pesquisado, convivem centenas de encarceradas; salientando que dezenas estão literalmente desamparadas, visto que sem parentes próximos não recebem sequer visitas!

As mães encarceradas que têm filhos convivem num ambiente degradante e sem perspectiva de melhora, pois as propaladas reformas e/ou mudanças estruturais são ignoradas pelas autoridades competentes e as alternativas estão apenas nos discursos oficiais. Obviamente que o atual cenário ainda não é de caos, mas é um trabalho árduo a plena ressocialização das encarceradas. Outrossim, todos que estão diretamente envolvidos neste intuito têm suas ações limitadas pelo sistema. Não obstante o estigma social da exclusão, as encarceradas têm patologias físicas, psíquicas e espirituais. Elas necessitam ser aceitas e merecem novas oportunidades para viabilizar e trilhar novos caminhos; tornando-se efetivamente protagonistas de suas histórias. Também são abordados conceitos sob o ponto de vista das bioéticas da intervenção e proteção respectivamente. Destacando que atuar na penitenciária é um chamado de Deus para evangelização e fazer Jesus Cristo conhecido é evangelizar! E nesta conexão entre Teologia e Bioética é visível a extrema vulnerabilidade do ser humano.

Em síntese, o artigo expõe e enaltece o significativo valor do trabalho desenvolvido através das parcerias PUCPR/SEJU/Pastoral da Universidade. Esse programa em prol das encarceradas é uma vertente que pode nascer com a bioética de proteção e com a ação teológica, favorecendo a dignidade da pessoa em todos os aspectos. Ademais, a comunidade encarcerada necessita de atenção e há o desafio de encontrar o “Divino” nestas mulheres, pois o que efetivamente dá sentido à vida do ser humano é doar-se em cuidados aos seus semelhantes.

MULHERES ENCARCERADAS

Na penitenciária vivem 460 mulheres encarceradas, aproximadamente 20% não têm parentes próximos e sequer recebem visitas! A maioria, cerca de 80%, estão presas por envolvimento com o tráfico de drogas. Segundo Dimenstein (2011, p. 27), há vários fatores que levam as mulheres entrar para o mundo do crime e os que mais se destacam são: o desamparo familiar, o meio em que vivem e a falta de formação educacional, etc. Fatores que dificultam a inserção no mercado de trabalho que garanta o sustento básico de si próprio e até de familiares, pois muitas são chefes de família. Infelizmente encontram no mundo do crime a facilidade para suprir suas necessidades imediatas.

Uma característica peculiar que impressiona em relação às encarceradas é que aproximadamente 90% são mães. As encarceradas com bebês até os 6 meses de idade, ficam isoladas das demais. Na PFP há um espaço exclusivo para as encarceradas e seus filhos, onde há uma creche que fica separada das demais galerias. Na creche convivem cerca de 40 crianças de 0 a 3 anos de idade e que estão sob os cuidados das detentas. Algumas mães são distantes do elo “mãe e filho” (vínculo afetivo), não conseguem interagir com o filho. Essa ausência maternal pode estar relacionada com a realidade que envolve as mães na atual situação, onde estão sem identidade pessoal e social. É visível que estas crianças não têm noção do que há no mundo externo; visto que não conhecem familiares, outras crianças, animais, plantas, etc. Algumas são arredias ao verem as pessoas se aproximar e outras quer atenção! O olhar do visitante vai muito além dos concretos, grades e barreiras humanas que os separam da primeira infância e também das mães que são jovens e privadas de liberdade.

A faixa etária predominante é de 18 a 29 anos. São jovens apresentáveis e considerando seus aspectos fisionômicos é difícil afirmar que são delinquentes. Percebe-se que estas jovens precisam de apoio para poder resgatar sua autoestima e viver como ser humano honrado, digno, livre e racional. Para Goffman (1987, p. 16), a prisão é um tipo de instituição total, onde estão pessoas expostas e ao mesmo tempo fechadas à espera de liberdade. Na prisão elas vivem o mesmo dilema, pois são iguais perante os que estão do lado de fora dos muros. Estar no cárcere é uma árdua privação, ao entrar neste ambiente a mulher deixa para trás toda sua história de vida e passa a conviver com outras realidades opostas ou até iguais. Conforme Goffman (1987, p. 17-18), em sua pesquisa menciona que a prisão como modelo de instituição total mostra o seguinte:

[...] com diferentes co-participantes, sob diferentes autoridades e sem um plano racional. [...] todos os aspectos da vida são realizados no mesmo local e sob uma única autoridade. Em segundo lugar, cada fase da atividade diária do participante é realizada na companhia imediata de um grupo relativamente grande de outras pessoas, todas elas tratadas da mesma forma e obrigadas a fazer as mesmas coisas em conjunto.

As encarceradas sofrem as mazelas que o próprio ambiente proporciona. Segundo dados do DEPEN⁶ em cada cubículo de 1,5 x 3m, convivem de três a quatro pessoas. Não há refeitório, comem nas celas e são privadas de quase tudo. Este panorama que é omitido pelos governantes, se reproduz de modo corriqueiro nos presídios brasileiros. Gombata (Revista Carta Capital 16-01-2014) explica em sua reportagem que:

⁶ DEPEN – Departamento de Execução Penal.

[...] Apesar de as mulheres presas representarem 8% da população carcerária, na última década a população prisional feminina aumentou cerca de 260% contra aumento de cerca de 105% da população prisional masculina. Mais da metade dessas mulheres está presa por tráfico de drogas. Do total de brasileiros que vivenciaram o sistema carcerário, mais de 60% reincidem, segundo dados da UNICEF, órgão da ONU. São números que demonstram, acima de tudo, um equívoco enorme nas políticas públicas, por parte da polícia, do Ministério Público, do Poder Judiciário. Se temos quase 70% de reincidência é sinal de que nada foi feito: não houve educação, não houve trabalho, não houve lazer.

É da natureza humana se interessar pelo outro mesmo que esporadicamente. E por que não voltar à atenção para a população carcerária? Hoje estão privadas do convívio social/familiar, mas a médio/longo prazo estarão inseridas na sociedade. Pode parecer uma minoria no contexto, mas são vistas como perigo. Acredita-se que no ambiente prisional as múltiplas iniciativas tornam-se ineficientes; servindo apenas como pano de fundo para os mirabolantes discursos e promessas governamentais, que são enfatizados e abreviados em estatísticas que não saem do papel. Para Oliveira (1996, p. 93) “As culpas pela violência estrutural, recaem sobre minoria desprotegida, a qual não tem como se defender contra o sistema institucionalizado e bem organizado”.

Quanto à intimidade das encarceradas na PFP, há apenas um quarto privativo para os encontros amorosos e íntimos. E para desfrutar da regalia, o companheiro precisa ser reconhecido, fazer o agendamento da visita e tão somente após os trâmites burocráticos é que podem ter visitas íntimas. Segundo a direção da PFP, os homens quando presos, geralmente não perdem seus vínculos familiares e/ou conjugais. Já com as mulheres, perder o companheiro enquanto cumpre pena é um fato corriqueiro e inevitável. Para esclarecer a questão, Santa Rita (2006, p. 50) argumenta que:

[...] Em muitas unidades prisionais femininas o direito sexual é visto como uma regalia, não sendo permitido dentro de espaços intramuros; quando a visita íntima é permitida, é realizada dentro de rigoroso sistema de normas e critérios com traços bastante excludentes, enquanto se sabe que na prisão masculina tal procedimento é mais informal, mais operativo e mais aceitável, inclusive moralmente.

Ressaltando que há depoimentos de mulheres que foram parar na prisão por “amar demais”, tornando-se cúmplices de seus companheiros, inclusive alguns são pais de seus próprios filhos! E outras foram flagradas ao visitar seus companheiros e/ou parceiros na prisão. A mulher como “amante”, não deixa de ser presença significativa para o seu “amado” e neste jogo amoroso, transgridem as normas e leis que regem o sistema carcerário. Essa diferença coexistente de gênero deixa clara tal situação. Para Wolff (IHU On-line, 2009) em entrevista concedida nos afirma que:

A experiência de gênero pode ser observada desde o processo condenatório; o pressuposto do que deva ser um comportamento feminino “adequado” e “dentro das normas” pode repercutir em posturas discriminatórias e interferir na definição da sentença pelo Poder Judiciário e depois em todo o processo de execução penal. Ainda que muitas mulheres cometeram o delito na companhia ou por comprometimentos do companheiro, a questão de gênero na prática dos delitos não se manifesta necessariamente pela dependência da mulher ao seu companheiro, já que em muitos casos o delito ocorre por ser ela a única mantenedora da família. Além disso, na maioria das vezes, seu ingresso na rede de tráfico não se dá nas posições de comando, mas em postos subalternos.

Mesmo na prisão a mulher não deixa de ser vaidosa, embora para a encarcerada é proibido quase tudo que realça a beleza feminina. Para Goffman (1987, p. 28) “[...] A pessoa geralmente espera ter certo controle da maneira de apresentar-se diante dos outros.” No ambiente prisional, muitas mulheres esperam pela generosidade das pessoas que queiram ajudá-las, oferecendo o mínimo necessário para a higiene pessoal. Não obstante as privações do cotidiano, também são compelidas a conviver com o notório desrespeito dos famigerados agentes penitenciários, principalmente no dia de visitas. É óbvio, que a inspeção minuciosa agride profundamente a imagem e ao mesmo tempo, o corpo real, o corpo imaginário, o corpo simbólico e a espiritualidade. A mulher presa é uma mulher possuída!

A encarcerada não deve ser alienada, sem as devidas informações que servem para nortear seu dia a dia, pois ficou para trás sua história de vida e conseqüentemente seus familiares, que anseiam pelo seu regresso. Foi com esse intuito que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou em 2011, a Cartilha da Mulher Presa que está disponível para leitura nos cárceres.

A Cartilha da Mulher Presa destina-se a esclarecer os direitos e deveres das mulheres encarceradas, com informações claras e diretas sobre garantias constitucionais, prerrogativas legais e administrativas. Trata-se de ferramenta voltada para a ressocialização da mulher presa, disponibilizada gratuitamente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). A cartilha é fruto do intenso e dedicado trabalho de grupo constituído pelo CNJ, formado por juízas criminais e de execução penal brasileiras, que, diariamente, estudam e praticam a execução penal, na tentativa de encontrar soluções para o aumento do número de mulheres nas prisões nacionais, sobretudo em decorrência do tráfico de drogas. A elas, juízas brasileiras, e especialmente às mulheres presas é que o CNJ dedica esta pequena cartilha, contendo valiosas informações para todas aquelas que se encontram privadas da liberdade.

PASTORAL CARCERÁRIA E O AGIR TEOLÓGICO

Os agentes da Pastoral Carcerária (PCr)⁷ em suas atividades fazem o possível para levar ao cárcere a espiritualidade cristã. Levando a Palavra de Deus através de atitudes positivas para o devido enriquecimento espiritual mútuo. É o início de mudanças que a vida oferece gratuitamente e nessas mudanças, somos provocados para a vida e vida em comunidade, respeitando as diferenças nos iguais. O documento de Aparecida (DAp, n. 451), ressalta que:

[...] O mistério da Trindade nos convida a viver uma comunidade de iguais na diferença. Em época de marcado machismo, a prática de Jesus foi decisiva para significar a dignidade da mulher e de seu valor indiscutível [...] A figura de Maria, discípula por excelência entre discípulos, é fundamental na recuperação da identidade da mulher e de seu valor na Igreja.

A misericórdia e o amor de Jesus transcendem o conhecimento e a compreensão das desigualdades humanas. Jesus em suas pregações, falava de um novo tempo, tempo de se aprimorar reconhecendo suas faltas e da maneira simples de levar a Boa Notícia a todas as criaturas; ensinando que só o amor é capaz de curar as mazelas do coração humano. “Não julgueis, para não serdes julgados; não condeneis, para não serdes condenados; perdoai, e vos será perdoado” (Lc 6,37). Neste contexto, o ser espiritual é capaz de suportar as provocações diárias e constrangedoras do ambiente prisional e mesmo assim, encontra equilíbrio emocional para a reflexão da Palavra de Deus. “O Espírito do Senhor está sobre mim, porque o Senhor me ungiu; enviou-me a anunciar a Boa Nova aos pobres, a curar os quebrantados de coração e proclamar a liberdade, a libertação aos que estão presos” (Is 61,1). Portanto a medida de amar os semelhantes é a medida do quanto nos amamos. O amor desprendido é o amor que Jesus nos ensinou e deixou seu legado para todo o sempre (Jo 13, 34-35). Nisto reconhecerão todos que sois meus discípulos se tiverdes amor uns pelos outros” (Jo 13, 34-35).

Segundo Nieto (2008, p. 138) “A prisão pode ser um momento propício e providencial para um encontro com Deus. Em sua vida livre, o preso podia estar distanciando de Deus e das práticas religiosas”. Mas encontra na Palavra de Deus a força necessária nos momentos de tantas incertezas, mesmo ciente que privação de liberdade aliada à invisibilidade é o mesmo que não existir! Estas mulheres fragilizadas encontram no trabalho voluntário dos agentes da PCr uma forma de extravasar seus mais profundos sentimentos, pois os agentes as acolhem sem interrogatórios e/ou juízo de valor. É importante ressaltar os agradecimentos

⁷ PCr – Pastoral Carcerária. No Brasil, a CNBB assumiu essa pastoral, inserindo-a como uma Pastoral Social.

aos envolvidos com as causas pastorais, embora suas limitações são decorrentes de métodos arcaicos e esdrúxulos, mas corriqueiro no cotidiano dos responsáveis pelo sistema penal. O documento de Aparecida (DAp, n. 429) afirma que:

A Igreja agradece aos capelães e voluntários que, com entrega pastoral, trabalham nos recintos carcerários. Contudo, deve-se fortalecer a pastoral penitenciária, onde se inclua a tarefa de evangelização e promoção humana por parte dos capelães e do voluntariado carcerário. [...] Recomenda-se às Conferências Episcopais e Dioceses fomentar as comissões de pastoral penitenciária, que sensibilizem a sociedade sobre a grave problemática carcerária.

No evangelho de Mateus encontramos uma belíssima reflexão: “Pois tive fome e me destes de comer. Tive sede e me destes de beber. Era forasteiro e me acolhestes. Estive nu e me vestistes, doente e me visitastes, preso e viestes ver-me” (Mt 25, 35-36). Jesus, de maneira reflexiva, fala aos seus discípulos com o intuito de orientá-los para uma vida partilhada com os vulneráveis, sem distinção. Seu amor incondicional e desinteressado prevalece.

Na prisão, a pessoa é rotulada e coisificada como mero objeto de manipulação. Mesmo sendo vítimas voluntárias do sistema; as Igrejas cristãs deveriam ver esta realidade das encarceradas sob a luz do Evangelho. A PCr deveria ser mais atuante, pois as presas necessitam de pessoas que possam auxiliá-las no processo de reconciliação com Deus, consigo própria, com familiares e com colegas de cela. Como adverte Nieto (2008, p. 117) “A paróquia é um território, uma parte da diocese; é igualmente a comunidade de cristãos que residem nesse território e que ali se congregam”. Portanto a atuação da pastoral ultrapassa os limites da boa vontade e da disponibilidade, precisa-se estar envolto com o amor onipotente de Deus e a gratuidade de Jesus em servir sem nada exigir! Afinal, estamos renovando a fala do mestre Jesus ao mencionar que a PCr precisa de ajuda. “Ao ver a multidão teve compaixão dela, porque estava cansada e abatida como ovelhas sem pastor. [...] A colheita é grande, mas poucos os operários! Pedi, pois ao Senhor da colheita que envie operários para a sua colheita” (Mt 9, 36-38).

Na Pastoral Carcerária, as atividades propriamente ditas dependem exclusivamente de como se encontra o ambiente prisional, pois há contratempos que podem impedir de realizar as atividades que são pré-agendadas e, estes são vários: desde o não cumprimento das normas da unidade prisional, rebelião das presas e também dos agentes penitenciários. Na ocorrência destes impedimentos, fica-se no aguardo de contato da administração para agendar a próxima visita.

É importante ressaltar, que dados coletados no início deste estudo são impressionantes para os visitantes, mas para quem vive no recinto torna-se uma rotina, sequer pode cogitar

uma alternativa, pois as presas não têm voz e nem vez! Outrossim, para as autoridades constituídas, o ambiente prisional não é parte do sistema que gera resultados midiáticos. Isto posto, pouco se pode esperar na melhoria do ambiente prisional. No entanto, se o Estado não faz; a sociedade deveria conscientizar-se que as encarceradas são parte integrante da sociedade que breve retornarão ao convívio social. Mesmo dentro de suas limitações, os agentes da PCr oportunizam às encarceradas, uma espiritualidade cristã que é vivenciada com muito louvor.

Teologicamente, a ação da PCr imprime na comunidade encarcerada, a solidariedade, a gratuidade, a humildade, a humanidade, a compaixão, etc. Mas só o agir teologal não consegue atender as necessidades de forma global. Elas precisam de atenção e temos o desafio de encontrar o “Divino” nestas mulheres. E nessa missão, fortalecida no amor que transforma que é Jesus Cristo, a promoção da dignidade humana deverá superar os paradigmas de outrora.

Em síntese, cada momento é único para tornarmos mais humanos. Um célebre exemplo de humanização: Cristo entrou para a humanidade! Dedicar-se ao próximo é um ato de amor ao próprio Jesus, o Ressuscitado! Doar-se parte do tempo aos excluídos requer muita dedicação e está ao alcance de todos. Toda pessoa de alguma forma é vulnerável ao erro. Prejulgar sem reconhecer as razões das que cometeram os mais variados delitos é um ato extremo de leviandade. O próprio Filho de Deus jamais julgou o pecador, orientava para que não cometesse novos pecados. “Bem mais numerosos foram os que creram por causa da Palavra Dele e diziam à mulher. Já não é por causa de teus dizeres que cremos. Nós próprios o ouvimos, e sabemos que esse é verdadeiramente o Salvador do mundo” (Jo 4, 41-42).

BIOÉTICA DE INTERVENÇÃO

O envolvimento com a encarcerada é uma missão evangelizadora. Evangelizar é fazer Jesus Cristo conhecido entre todas as criaturas, pois seu amor é plural e emana do Pai. Nesta perspectiva é possível fazer uma conexão entre Teologia e a Bioética. A Teologia procura entender quais razões que Deus usou para com a humanidade, para que todos possam buscar o seu Reino. A Bioética, ética da vida, aqui especificamente sobre a vida humana, independe da espiritualidade para estar em ação em prol da dignidade humana. Conforme Junges (2005, p. 108) “O Reino de Deus abre um horizonte mais amplo de esperança e de futuro para a humanidade inteira”.

Observa-se a desigualdade que limita as presas de uma sobrevivência digna, elas são vistas apenas como perigosas e que impõem medo no próprio ambiente prisional e de modo geral na sociedade. Nesse sentido, afirma Porto (2012, p. 120), que: “Para a bioética de inter-

venção os direitos humanos são uma conquista da humanidade porque estendem a noção de direitos a toda espécie humana, sem distinção”. Sob este prisma, é imprescindível organizar um grupo de estudos para auxiliar os membros do Programa Ciência e Transcendência, os agentes da Pastoral Carcerária e também os agentes penitenciários, pois estes são os mais próximos da comunidade encarcerada. Com a devida formação, estarão aptos e tornar-se-ão formadores de opiniões, contribuindo efetivamente na elaboração de um plano de intervenção, através da bioética de intervenção (ciência) em conjunto com a teologia (Igreja) e a ação evangelizadora da Pastoral Carcerária.

A ideia de liberdade na comunidade prisional, poder-se-ia perpassar as barreiras humanas que colocam obstáculos no processo da intervenção. É perceptível para determinados segmentos da sociedade organizada, que a prisão é apenas uma famigerada escola de contravenções. Subentendido nas entrelinhas que a prisão é local de produção da cultura do crime e que o governo fomenta este impasse. Para Garrafa e Porto (2003, p.36) “O fenômeno da globalização econômica vem agravando as diferenças entre ricos e pobres em todo planeta, embrutecendo ainda mais as relações”. E este contraste, é evidenciado cada vez em nossa sociedade, que é constituída por uma minoria que detém o capital e o poder. Ressaltando que o agir “teológico e bioético” contribui na constante formação de leigos e também com pesquisadores comprometidos com as causas sociais. Principalmente, quando se trata de pessoas privadas até de sua própria identidade, ou seja, não tem visibilidade como as mulheres encarceradas e tantos outros às margens da vulnerabilidade social, privados do mínimo necessário para sobreviver com dignidade humana. O Catecismo da Igreja Católica (CIC, n. 241) nos ensina que:

Aumentar o senso de Deus e o conhecimento de si mesmo é a base de todo *desenvolvimento completo da sociedade humana*. Este desenvolvimento completo multiplica os bens materiais e os põe a serviço da pessoa e de sua liberdade. [...] A ação social pode implicar uma pluralidade de caminhos concretos. Terá sempre em vista o bem comum e se conformará com a mensagem evangélica e com a doutrina social da igreja.

Neste contexto, as mulheres encarceradas nos ajudam a descortinar uma realidade que requer muito preparo, perpassando por todas as áreas do conhecimento e, sobretudo com a “bioética de intervenção” que procura atender os princípios da justiça, sem se posicionar perante as demais ciências, que estão voltadas aos vulneráveis. Pois o sistema penal, não é provido de toda eficácia dos direitos fundamentais que a elas são atribuídos. Leite (2014, p. 43) orienta que:

É fato que o conceito de dignidade da pessoa humana encontra-se em construção permanente, haja vista a evolução e modificação dos valores que se manifestam nas sociedades contemporâneas. Portanto, seu conceito, de forma perene, vago e aberto, necessita de constante delimitação pela práxis constitucional. Esse também é um conceito que varia de acordo com as especificidades culturais, o que, na prática, acaba sendo obstáculo para a sua universalização. [...] o direito das pessoas não serem tratadas de forma indigna é comum a todas as comunidades, mas a interpretação da indignidade difere de acordo com o local e a época.

Após algumas visitas na PFP, percebeu-se que o desejo de muitas mulheres é emancipar-se do sistema e poder refazer suas vidas, mas para isto acontecer precisa de muito empenho por parte de quem está do lado de fora dos muros. Portanto, enfatizamos sobre o prisma mencionado, a bioética de intervenção, como meio de esboçar uma direção de liberdade de pensamento e posteriormente a possibilidade da tão sonhada emancipação da prisão. Contudo, não estamos terceirizando os problemas pertinentes ao ambiente prisional à bioética de intervenção, pois agindo isolada das demais áreas do conhecimento e principalmente da Teologia, seria uma utopia! Conforme Porto (2012, p. 109) “Neste sentido, não apenas a bioética de intervenção, mas qualquer proposta teórica que pretenda responder á multiplicidade dos fatores que interferem na vida em sociedade poderia ser vista como *um projeto de natureza irrealizável*” (grifo do autor). Observou-se a indiferença das igrejas no processo de evangelização. Precisamos estreitar os laços que nos separa desta comunidade prisional para melhor evangelizar e humanizar.

BIOÉTICA DE PROTEÇÃO

No cárcere percebe-se a extrema vulnerabilidade do ser humano! Conforme explicitado é visível o total desinteresse do governo, da sociedade e das igrejas pelo tema. Observa-se que a prisão é uma instituição em avançado estágio de falência, pois não gera recursos, ao contrário, é despesa para os cofres públicos! Segundo Nieto (2008, p. 44) “A prisão é a instituição que, por sua própria finalidade, está condenada ao fracasso”. Faz-se necessário, o empenho das igrejas e da sociedade, na contribuição da dignidade e valorização do ser humano.

Portanto, vemos a possibilidade de colaborar neste processo de formação humana, tendo a ciência como aliada, através da bioética de proteção. Segundo Kottow (2004, p. 71) “A questão da vulnerabilidade das mulheres é presa fácil de discursos paternalistas, dado que, embora [...] esses discursos não levam em consideração que essas ações poderiam perpetuar a discriminação que as mulheres sofrem”. Observou-se que a pessoa ao detectar sua própria

vulnerabilidade torna-se um ser impotente e indignada com certa revolta em relação às demais pessoas que participam do seu cotidiano.

A proteção é um ato de amor, o qual, gera o acolhimento fraterno, onde o desespero e a agonia tem voz ativa entre a maioria das encarceradas. Só mesmo a compaixão e cuidados mínimos podem resultar no bem-estar destas mulheres, onde a maioria está à deriva dos mesmos ideais, que é a valorização e proteção de sua vida no cárcere e após a saída, pois não estão preparadas para a vida além dos muros. Esse agir em prol das mulheres encarceradas é uma vertente que pode nascer com a bioética de proteção e também com a ação teológica, pois ambas estão unidas a favor da dignidade da pessoa humana em todos os aspectos que sejam salutares para a edificação ética, moral e espiritual. Em se tratando, do ambiente prisional precisa de pouco diálogo e muita escuta para perceber o quanto está desprotegida a mulher presa e conseqüentemente seus familiares e sem descartar o próprio ambiente, onde vive em alta tensão. Ao detectar essa fragilidade generalizada, precisamos agir com humildade e muita prudência para que todas sejam amparadas e tenham um direcionamento que possam ser um marco em suas vidas, tanto dentro ou fora da prisão.

De vital importância é referenciar neste contexto, a afirmação de Kottow (2004, p. 72) “A predisposição dos destituídos a sofrer danos ou serem vítimas de ações malévolas é uma preocupação direta e essencial da bioética, o que nos leva a discutir a exploração”. Sem enaltecer a bioética da proteção, mas esta tem argumentos consolidados nas ciências humanas e sobretudo na Teologia. Portanto, pode ser vista como um ato essencial e também referencial para a tomada de decisão em relação à valorização da vida humana com a devida dignidade. Ressaltando que a atuação protetora, trabalha de dentro para fora, ou seja, primeiro faz-se o planejamento para depois atuar. Visto que estamos tratando da desigualdade de vulnerabilidade da pessoa, pois esta é o sujeito da missão evangelizadora. O documento de Aparecida (DAp, n. 29 e 32) trata de uma bela realidade que é:

[...] A alegria do discípulo não é um sentimento de bem-estar egoísta, mas uma certeza que brota da fé, que serena o coração e capacita para anunciar a boa nova do amor de Deus. Conhecer a Jesus é o melhor presente que qualquer pessoa pode receber, tê-lo encontrado foi o melhor que ocorreu em nossas vidas, e fazê-lo conhecido com nossa palavra e obras é nossa alegria.

Todo cuidado se faz necessário ao aplicar os conceitos da bioética de proteção, pois pode haver dúvida interpretação dos envolvidos, no caso, os favorecidos como também a sociedade. Portanto ao conceituar a bioética de proteção, precisa evidenciar um conjunto de estudos interdisciplinares que contribuem no processo da proteção, principalmente no ambiente

prisional, pois neste local encontra-se todo tipo de vulnerabilidade, as quais, estão sujeitas a vários questionamentos. Mesmo sabendo que a referida bioética está direcionada aos pobres, desprotegidos, desamparados, miseráveis e aos que estão às margens de toda carência dos recursos ofertados ao ser humano, corremos os riscos de termos atitudes paternalistas. Neste contexto, diz Schramm (2012, p. 138) é necessário observar “Por outro lado, a bioética de proteção [...] não pode aplicar-se a indivíduos e populações que conseguem enfrentar a sua condição de “vulnerável” com seus próprios meios ou com os meios oferecidos”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A finalidade do artigo é apresentar algumas contribuições e reflexões pertinentes ao ambiente prisional. Sobre as temáticas abordadas, é óbvio que há muito para refletir e agir em prol da dignidade destas mulheres encarceradas na Penitenciária Feminina do Paraná.

A complexidade e contraste que separa a ‘sociedade’ da comunidade encarcerada é algo que chama a atenção de quem reconhece no próximo o “irmão”, pois só mesmo com os olhos em direção aos ensinamentos deixados pelo maior entre todos os homens, Jesus Cristo, consegue-se compreender e situar-se neste universo desafiador que é o ambiente prisional. A PUCPR, Pastoral da Universidade, em parceria com a SEJU, começou a fazer sua parte em benefício das encarceradas. A proposta geral do Programa Ciência e Transcendência: educação, profissionalização e inserção social é de médio/longo prazo. Além das mulheres encarceradas, a proposta também visa estar aproximando as famílias e tentar reatar os laços desfeitos. Há casos de mulheres que têm familiares em outros estados e até no exterior!

O problema social do crime nunca se resolverá em definitivo focando-se somente no sistema prisional, ou seja, tendo como único objetivo que a pessoa fique fechada cumprindo pena. O que pode mudar o sentido da vida do ser humano é a educação de fato. Porém, como transformar esse quadro caótico, sem investimento na educação de seu povo? Em verdade, é revoltante assistir impassível os governantes não direcionando adequadamente recursos necessários para a devida qualificação profissional, tampouco à educação básica! Educar é um ato de amor, portanto, além do ensino propriamente dito é preciso humanizar e semear a espiritualidade, levando o conhecimento da Palavra de Deus para que seja instrumento de profunda reflexão, de caridade e luz para que estas mulheres encontrem sentido de viver de forma diferente da atual.

São modestos subsídios para futuras discussões com as igrejas, sociedade civil organizada e também com órgãos governamentais, para encontrar meios para uma ação mais humanizada com as encarceradas.

É público e notório que nas prisões as encarceradas são rotuladas e coisificadas como meros instrumentos e/ou objetos de manipulações. Oxalá! Que as questões abordadas no presente artigo obtenha respaldo, principalmente na Teologia e Bioética, objetivando oferecer melhores perspectivas às mulheres encarceradas. Contribuindo efetivamente na eliminação das precárias condições de sobrevivência e também na formação de agentes pastorais e voluntários para trabalhar a questão do diálogo e solidariedade com as mulheres encarceradas.

REFERÊNCIAS

BÍBLIA. Bíblia de Jerusalém. Nova edição, revista e ampliada. São Paulo: Paulus, 2010.

CATECISMO DA IGREJA CATÓLICA. 9^a. ed. Petrópolis: Vozes; São Paulo: Loyola, Paulinas, Paulus, Ave-Maria, 1999. Citado como CIC.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. Cartilha da Mulher Presa. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/programas/comecar-de-novo/publicacoes/cartilha_da_mulher_presa_1_portugues_4.pdf. Acesso em: 23 ago. 2014.

CONSELHO EPISCOPAL LATINO-AMERICANO (CELAM). Documento de Aparecida. São Paulo: Paulus, Paulinas, 2007. Citado como DAp.

DIMENSTEIN, Gilberto. O cidadão de papel: a infância, a adolescência e os Direitos Humanos no Brasil. São Paulo: Ática, 2011.

GARRAFA, Volnei; PORTO, Dora. Bioética, poder e injustiça: por uma ética de intervenção. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leocir. **Bioética: poder e injustiça.** São Paulo: Loyola/Centro Univ. São Camilo/Soc. Bras. de Bioética, 2003.

GOFFMAN, Erving. Manicômios, Prisões e Conventos. São Paulo: Perspectiva, 1987.

GOMBATA, Marsílea. O Brasil prende em massa, mas não sabe o que fazer com os detentos. Revista Carta Capital, 16-01-14. Disponível em <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/527370-o-brasil-prende-em-massa-mas-nao-sabe-o-que-fazer-com-os-detentos> > Acesso em: 10 ago. 2014.

JUNGES, José Roque. As interfaces da Teologia com a Bioética: In: **Perspectiva Teológica.** Ano 37, n. 101, p. 105-122, jan./abr. 2005.

KOTTOW, Michel H. Comentários sobre Bioética, vulnerabilidade e proteção. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leocir. **Bioética: poder e injustiça.** São Paulo: Loyola/Centro Univ. São Camilo/Soc. Bras. de Bioética, 2003.

LEITE, Carlos H. Bezerra. **Manual de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NIETO, M. Evaristo. **Vade-mécum do agente da Pastoral Carcerária**. São Paulo: Paulinas, 2008.

OLIVEIRA, O. M. **Prisão: um paradoxo social**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1996.

PORTO, Dora. Bioética de intervenção: retrospectiva de uma utopia. In: GARRAFA, Volnei; MARTINS, Gerson Z.; BARBOSA, S. Nascimento. **Bioéticas, poderes injustiças: 10 anos depois**. Brasília: CFM/Cátedra Unesco de Bioética/Soc. Bras. de Bioética, 2012.

SANTA RITA, Rosangela Peixoto. **Mães e crianças atrás das grades: em questão o princípio da dignidade da pessoa humana**. (Dissertação de Mestrado-Universidade de Brasília, 2006). Disponível em http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/6377/1/2006_Rosangela%20Peixoto%20Santa%20Rita.pdf. Acesso em 30 jul. 2014.

SCHRAMM, F. R. É pertinente e justificado falar em bioética de proteção?. In: GARRAFA, Volnei; MARTINS, Gerson Z.; BARBOSA, S. Nascimento. **Bioéticas, poderes e justiça: 10 anos depois**. Brasília: CFM/Cátedra Unesco de Bioética/Soc. Bras. de Bioética, 2012.

WOLFF, Maria Palma. **A prisão. Uma instituição destinada a segregar, excluir e até a eliminar**. Revista do Instituto Humanitas Unisinos, ON-LINE, a. IX, n. 293, 2009. Disponível em http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2553§ion=293. Acesso em 12 ago. 2014.

O DIREITO DE PERSONALIDADE EM CONSONÂNCIA COM A ALIENAÇÃO PARENTAL: UMA PERSPECTIVA JURÍDICA SOBRE A FORMAÇÃO DO SUJEITO

GECIANE SOARES DO NASCIMENTO ¹
VALDECILIANA DA SILVA RAMOS ANDRADE ²

RESUMO

Os direitos da personalidade buscam, principalmente, assegurar a dignidade humana do homem. Tais direitos são inatos e inalienáveis à condição humana. Inserida nessa perspectiva temática, a questão da Alienação Parental torna-se assunto de interesse urgente, frente aos casos cotidianamente expostos em situações de litígios no âmbito da Vara de Direito de Família. A Síndrome da Alienação Parental pode ser resumida como sendo um conjunto de ações ou omissões causadas por um dos genitores ou parente próximo, com o intuito de denegrir a imagem do genitor alienado e desfavorecer sua convivência com o filho. À luz desse contexto, tem-se o objeto deste estudo que trata do direito de personalidade e a relação com a alienação parental. Para discutir o assunto, utilizou-se, como marco teórico, as abordagens advindas dos estudos de Flávia Piovesan (2013), Douglas Phillips Freitas (2012), Maria Berenice Dias (2015) e Alan Minas e Daniela Vitorino (2014). Este estudo teórico desenvolveu-se em torno dos estudos bibliográficos que versam sobre o tema, bem como das entrevistas de vítimas de Alienação Parental, publicadas nestes estudos. O estudo perpassa os conceitos introdutórios acerca da personalidade dos sujeitos no âmbito psíquico e legal; trata da identificação sobre a questão do direito à personalidade no que tange aos aspectos constitucionais; por fim aborda a dimensão que envolve a Alienação Parental e suas vítimas. A fim de combater a prática de Alienação Parental, faz-se premente o conhecimento do que seja a Alienação Parental, visto que os sujeitos não sabem, ou não têm a devida compreensão daquilo que estão vivendo. Assim, o passo inicial a ser definido é procurar a prevenção de atos de Alienação Parental, mediante a divulgação, estudo e discussão das consequências entre profissionais e pais. Caso já se tenha instalado a Alienação Parental, é importante que o genitor alienado procure profissionais (psicólogos, psiquiatras, assistentes sociais) capacitados para lidar com esse tipo de situação e, caso necessário, ingresse junto ao Poder Judiciário, a fim de tomar as medidas necessárias para coibir prática tão danosa e responsabilizar o genitor alienante.

Palavras-chave: alienação parental; direitos da personalidade; dignidade.

¹ Trabalho apresentado no GT IV – *Bioética, Direitos Humanos, Democracia, Pluralidade e Sociedade*, do I CONIBDH. Aluna regular do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV) é doutora em Educação pela Universidade Federal do Espírito Santo, mestre em História Social das Relações Políticas (UFES). Professora do quadro permanente da UFES, desenvolve pesquisas junto ao LAHIS e sobre temáticas relacionadas à Educação e Direitos Humanos, geciane@ufes.gov.br.

² É professora da Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e atua na área de linguagem jurídica e de metodologia de pesquisa. Desenvolve estudos e pesquisas na área do discurso jurídico, de produção de texto científico e de oratória, valdeciliana@fdv.com.br.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal Brasileira de 1988 estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos direitos fundamentais da República, por intermédio de seu art.1º, III. Basicamente, pode-se dizer que a dignidade humana é a soma do reconhecimento da cidadania com o indivíduo em sociedade. Nesse sentido, a realização da mínima condição de vida, se dá por meio dos direitos personalíssimos, os quais são inatos aos seres humanos (PIOVESAN, 2013, p. 318).

Com o advento da era moderna, marcada por inúmeras mudanças pelas quais a sociedade se viu inserida. Desde a inserção da mulher na esfera pública e no mercado de trabalho, passando pelas relações concernentes ao casamento e divórcio, chegando até as relações de caráter individual, traduzidas, em parte, pelos direitos à personalidade. Tem-se, em debate, uma série de elementos que passaram a constituir matéria de Direito, resguardados pelo âmbito da proteção a dignidade humana.

Todavia, por seu aspecto social, essas matérias necessitam de constante revisão e monitoramento uma vez que se atualizam, e podem ser traduzidas em práticas distintas que marcam a vida em sociedade ao longo do tempo. Dentre tais especificidades temporais, encontra-se a questão da Síndrome da Alienação Parental³.

A Alienação Parental pode ser identificada como “filha de seu tempo”, ao menos, no que se refere à normatização. Trata-se de um pressuposto jurídico que só encontrou assento nos ditames legais a partir da primeira década do século XXI. Suas marcas, bem como sua identidade estão interligadas a uma sociedade na qual as relações interpessoais estão registradas por um ritmo cada vez mais frenético, cujas consequências, por vezes, recaem sobre aqueles que não podem defender-se de ataques praticados por indivíduos que deveriam zelar pelo pleno desenvolvimento psíquico, social e jurídico dos sujeitos em formação, ou seja, crianças e adolescentes.

Dessa forma, o presente texto pretende abordar algumas questões que tratam da personalidade jurídica e da prática de alienação parental, sob um contexto mais abrangente, que abriga a formação da própria personalidade dos sujeitos.

Nesse intuito, inicialmente, o texto em questão apresenta uma conceituação que pretende esclarecer e distinguir práticas e termos, tais como; a personalidade, a personalidade jurídica e alienação parental, para em seguida, contextualizar e compreender de forma mais

³ O termo síndrome é adotado nas abordagens de caráter médico e psicológico. No Direito encontra-se de forma recorrente a denominação Alienação Parental (FIGUEIREDO; ALEXANDRIDIS, 2014).

específica, de que maneira a Alienação Parental se manifesta e as implicações que recaem para suas vítimas.

SOBRE PERSONALIDADE, PERSONALIDADE JURÍDICA E ALIENAÇÃO PARENTAL: CONCEITOS INTRODUTÓRIOS

O termo personalidade⁴ é derivado do latim *per sonare*, que significa soar por meio, trata-se de uma alusão feita às máscaras utilizadas no teatro antigo grego para a caracterização dos personagens.

No contexto dos estudos advindos da psicologia, não há consenso acerca do conceito de personalidade (BOCK; FURTADO; TEIXEIRA, 2008. p. 39) de maneira geral, a definição mais usualmente encontrada reporta o significado de personalidade como sendo:

O conjunto das características marcantes de uma pessoa, a força ativa que ajuda a determinar o relacionamento da pessoa baseado em seu padrão de individualidade pessoal e social, referente ao pensar, sentir e agir. (D'ANDREA, 2003. p. 34)

Ainda, sob este viés, a personalidade é identificada como sendo um termo abstrato, utilizado para descrever e dar uma explicação teórica do conjunto de peculiaridades de um indivíduo que o caracterizam e diferenciam dos outros.

Nesse sentido, ressalta D'Andrea (2003, p. 34), a personalidade é temporal, pertence a uma pessoa que nasce, vive e morre. Assim, a personalidade “existe em função de um meio no qual procura adaptar-se e, pertencendo a um ser vivo, tem que sofrer um processo de desenvolvimento”. Como cada indivíduo tem sua história pessoal, ou seja, é constituído por uma unidade básica, isso para Jung (1999, p. 43) pressupõe:

No âmbito da história pessoal deve-se considerar os dados *biopsicológicos* herdados, são eles; o meio isto é, as condições ambientais, sociais e culturais nas quais os indivíduos se desenvolvem; os dados adquiridos na interação hereditariedade – meio; as características e condições de funcionamento do indivíduo nessa interação, possibilitando previsões a respeito do seu comportamento em situações futuras.

Sob essa prerrogativa, a personalidade é entendida, ainda segundo o mesmo autor, como sendo a unidade individual que se desenvolve em um determinado meio, de modo que

⁴ Segundo dicionário da Língua portuguesa. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010, p. 214.

é resultado de experiências passadas e de estímulos atuais do meio. Arelados aos aspectos de ordem da psicologia somam-se os aspectos de ordem jurídica, o que faz emergir outra distinção em torno da personalidade, à faculdade denominada de *personalidade jurídica*.

Segundo Andrade (2013, p. 107), embora o conceito acerca da personalidade seja proveniente da psicologia, no contexto do Direito, esse termo assume outro prisma, qual seja, “sob o prisma legal a lei pode atribuir personalidade jurídica – capacidade de adquirir direitos e contrair obrigações – livremente, mesmo a entes destituídos de personalidade real e existência [...] porque a lei outorga-lhe este direito”. (ANDRADE, 2013, p. 107).

Ainda sobre a interpretação jurídica de personalidade, Amaral (2008, p. 252) afirma que a personalidade é qualidade inerente da pessoa, seja ela física (natural) ou jurídica, de maneira que “a personalidade é, sob o ponto de vista jurídico, o conjunto de princípios e regras que protegem a pessoa em todos os seus aspectos e manifestações”. Desse modo, é a personalidade que torna a pessoa titular de direitos e de obrigações, participante efetiva do ordenamento jurídico, autônomo e responsável pela prática de seus atos.

Vale destacar também, segundo este estudioso, que os direitos da personalidade são, essencialmente, direitos subjetivos, que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual e que conferem ao seu titular o poder de agir em defesa dos seus bens ou valores essenciais. Em relação à personalidade jurídica, os direitos da personalidade são oponíveis em face do nome, da imagem, da vida privada e da honra, e têm, excepcionalmente, caráter objetivo.

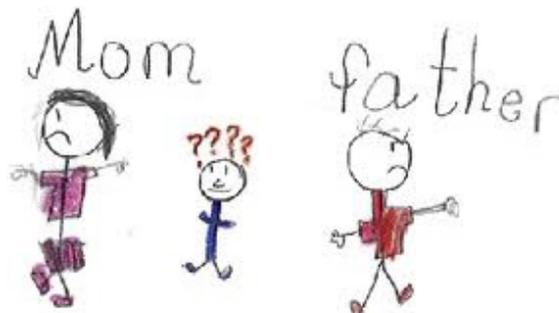
À luz deste cenário que evoca a constituição do sujeito em sua personalidade psíquica e jurídica ocorrem outros diferentes processos que também fazem parte da constituição de um dado indivíduo, que entrelaçam o desenvolver de sua personalidade e da formação de suas memórias afetivas. Atentos a tal lógica, o destaque deste texto, coaduna-se com uma observação mais pormenorizada dos casos que tratam da chamada Alienação Parental⁵.

A Síndrome da Alienação Parental (SAP) é conhecida também como “Implantação de Falsas Memórias”, trata-se, como mencionado na introdução, de uma temática caracterizada de forma positivada na doutrina no decorrer das mudanças reconhecidas na sociedade moderna, cuja definição é descrita por Freitas (2012, p. 23) como:

⁵ Um dos primeiros profissionais a identificar a Síndrome de Alienação Parental (SAP) foi o professor de psiquiatria e perito judicial da Universidade de Columbia, Richard Gardner em 1985, cujo interesse foi despertado a partir dos estudos com crianças que apresentavam sintomas nos divórcios litigiosos. A partir de suas publicações uma série de estudos e pesquisas foram desenvolvendo-se em torno do tema desde então (FREITAS, 2012, p. 20).

A síndrome de alienação parental é um modo de programar uma criança para que ela passe a odiar um de seus genitores, sem haver justificativa para isso, de modo que a própria criança ingresse na trajetória desmoralizadora desse mesmo genitor.

Para o autor, a Síndrome da Alienação parental é um processo de “implantação de novas memórias”, ou imposição de informações, geralmente falsas ou extravagantes, de modo a desmoralizar o genitor alienado, a fim de provocar sentimento de raiva e desprezo por parte dos filhos ao genitor ou o afastamento entre eles.



Ele ainda destaca que a síndrome de alienação parental é um transtorno psicológico que se caracteriza por um conjunto de sintomas pelos quais um genitor, denominado cônjuge alienador, transforma a consciência de seus filhos, mediante diferentes estratégias de atuação, com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado, sem que existam motivos reais que justifiquem essa condição.

O que, por seu turno, configura-se numa “situação patológica do ambiente familiar na qual a criança ou adolescente está inserida, normalmente em decorrência de seu desfazimento e da má resolução de sentimentos de índoles diversas” (FREITAS, 2012, p. 23).

Maria Berenice Dias (2015) define alienação parental como “nada mais do que uma ‘lavagem cerebral’ feita pelo guardião, de modo a comprometer a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou que não aconteceram conforme a descrição dada pelo alienador”.

Nesse sentido, conforme exposto, a alienação parental consiste num conjunto de ações ou omissões causadas por um dos genitores ou parente próximo, com o intuito de denegrir a imagem do genitor alienado e desfavorecer sua convivência com o filho. A própria legislação e a doutrina especializada aduzem diversos modos de prática desses atos.

Percebe-se, de acordo com os levantamentos realizados para fins deste estudo, uma prática que marca indelevelmente a vida daqueles que foram vítimas da prática da alienação parental, como descrita, por exemplo, na coletânea de textos, organizada por Alan Minas e Daniela Vitorino, intitulada “A Morte Inventada: Alienação parental em ensaios e vozes⁶”.

A partir desse esboço preliminar que tratou dos conceitos introdutórios acerca da personalidade dos sujeitos no âmbito psíquico e legal, segue uma identificação sobre a questão do

⁶ Alguns dos relatos esboçados na obra em questão foram apresentados no item 1.3 deste estudo.

direito á personalidade no que tange aos aspectos constitucionais, a fim de melhor focalizar a dimensão que envolve a Alienação Parental.

OS PRINCÍPIOS NORMATIVOS SOBRE O DIREITO DE PERSONALIDADE: INTERRELAÇÃO ENTRE FAMÍLIA E ALIENAÇÃO PARENTAL

De acordo com o Código Civil brasileiro 2002, nos arts. 2º a 4º e 13º a 17º, a definição de personalidade aparece como a aptidão da pessoa de adquirir direitos e contrair obrigações⁷.

De maneira que, a interpretação desses artigos legais, revelam segundo Andrade (2013, p. 101), que:

Dos direitos de personalidade que são inerentes à pessoa humana e, portanto a ela ligados de maneira perpétua e permanente, não se podendo mesmo conceber um indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade física ou intelectual, ao seu nome, ao seu corpo, à sua imagem e àquilo que ele crê ser sua honra.

Nota-se que os direitos à personalidade precisam ser preservados pela família, uma vez que o direito à convivência familiar consiste na possibilidade da criança ou adolescente conviver com ambos os genitores e seus familiares, num ambiente ideal de harmonia e respeito, que possibilite ao mesmo o completo desenvolvimento psicológico e social.

Dessa forma, os direitos referentes à família e suas responsabilidades jurídicas também tem assento na Constituição da República Federativa do Brasil, conforme artigo 227, *caput*, abaixo transcrito:

⁷ Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. [...]

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

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; [...]

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Como se observa, segundo as normativas apresentadas até o momento, zelar para um desenvolvimento pleno e saudável dos sujeitos em sociedade é matéria que precisa ser acompanhada frequentemente, frente às diferentes demandas que se apresentam ao longo da história da sociedade.

Como previsto também no Estatuto da Criança e adolescente que elenca como direito fundamental a convivência familiar, conforme artigo 19, *caput*:

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Neste ponto, toda e qualquer ação identificada e comprovada em juízo como sendo fruto de uma distorção ou desajuste destes direitos, podem ser interpretados, segundo Freitas (2012, 76), como práticas de alienação parental, cuja lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, conceitua como ato de alienação parental:

A interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Para o autor, a temática da Alienação Parental não é um problema novo para a sociedade, visto que seu surgimento se deu na década de 1980, entretanto, para o ordenamento jurídico brasileiro trata-se de algo relativamente recente, uma vez que foi iniciado pelo Projeto de Lei – PL n. 4.053/08, no qual resultou a promulgação da Lei n. 12.318/2010 – Lei da Alienação Parental, que versa sobre:

Parágrafo único.

- I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II - dificultar o exercício da autoridade parental;
- III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

O objetivo dessa Lei deve ser lido também como um reforço ao direito da criança protegido constitucionalmente, bem como assegurar o direito do art. 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente em que dispõe que “nenhuma criança será objeto de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”, punindo, seguindo o estatuto, na forma descrita em lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

No caso da alienação parental, no que diz respeito à retirada de convivência com o genitor, tal prática, fere, até mesmo, os direitos de personalidade da criança, e que, por serem irrenunciáveis, não se admite que o genitor tire tais direitos dos filhos. Nesse sentido, em se tratando dos direitos de personalidade afetados com a alienação parental, tem-se, principalmente, o direito à família e o direito ao nome, cujos Arts. 11 a 21 do Código Civil (CC) tratam de tais direitos da personalidade.

Nesse contexto, esclarece Dias (2015), por vezes, quando ocorre a ruptura da vida conjugal, e um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação e o sentimento de rejeição, de traição, surge o desejo de vingança que desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex companheiro ou companheira.

Para Freitas (2012, p. 26), o uso de táticas verbais e não verbais faz parte do arsenal do guardião, e se tornou uma das principais características da alienação parental, traduzido como sendo certa “lavagem cerebral no menor, a fim de inculcar hostilidade em relação ao pai ou mãe visitante”.

O que se configura simultaneamente num “verdadeiro estado de tortura”, cujas prerrogativas de ataques coadunam-se com a colaboração de um ciclo de manifestações de ódio ao alienado. Nota-se, que em alguns casos, como salienta o autor, os ataques não se restringem ao ex-companheiro ou cônjuge⁸, mas estende-se aos avós, parentes ou qualquer pessoa próxima do mesmo.

Outras vezes, segundo Coen (2014, p. 19), a prática da alienação parental configura-se por meio de um trabalho incessante levado a efeito pelo genitor alienante, de modo silencioso

⁸ Importante salientar que não se trata de uma questão de gênero, ou seja, mesmo que a maior parte dos casos retratados sobre Alienação Parental evidencie a mãe como alienadora, ainda assim, não se pode restringir tal prática apenas a figura materna, como salienta Freitas (2012, p. 111).

ou não explícito. Nem sempre é alcançada por meio de lavagens cerebrais ou discursos atentatórios à figura paterna. Em alguns casos, o cônjuge titular da guarda, diante da injustificada resistência do filho em ir ao encontro do outro genitor, limita-se a não interferir, permitindo, desse modo, que a insensatez do petiz prevaleça, como explícita.

A autora ainda evoca exemplos de ações que podem ser consideradas atos de alienação parentais, tais como inventar desculpas para evitar visitas do genitor alienado, como febre, dor de garganta, visitas familiares, festinhas de amigos, além de chantagem emocional com a criança, de modo que a faça pensar estar traindo o genitor alienante ao conviver com o outro.

Sob tais aspectos, no concernente à alienação parental, na maioria das vezes, o principal objetivo do genitor alienador é impedir tal convivência, o que, segundo Maciel (2014, p. 37) configura-se como uma postura capaz de “macula a dignidade humana também por afetar a identidade pessoal da criança”.

Em relação ao direito ao nome, aduz Wey (2014, p. 69) que é uma forma de individualização do homem na sociedade e, por isso, o Código Civil, em seu artigo 16, afirma que “toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”.

Em alguns casos de alienação parental, tem-se a ocultação da própria identidade de um dos genitores, obstando, assim, não só a convivência familiar, como também a própria identidade da criança.

AS CONDUITAS DO ALIENADOR E RELATOS DAS VÍTIMAS DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Dentre as principais práticas exercidas em casos de alienação parental, segundo levantamento realizado a partir de estudos especializados publicados nas obras aqui referenciadas, podem-se destacar algumas práticas, como sendo as mais recorrentes⁹. Para fins de compreensão didática do texto, optou-se por um recorte das características apontadas ao longo da obra organizada por Minas e Vitorino (2014), em que se pesa as principais características em torno da prática de alienação parental, como expressas a seguir:

- a) denigre a imagem da pessoa do outro genitor;
- b) organiza diversas atividades para o dia de visitas, de modo a torná-las desinteressantes ou mesmo inibi-las;
- c) não comunica ao outro genitor fatos importantes relacionados à vida dos filhos (rendimento escolar, agendamento de consultas médicas, ocorrência de doenças, etc.);
- d) toma decisões importantes sobre a vida dos filhos, sem prévia consulta

⁹ Não se trata de uma exposição exaustiva de práticas que envolvem alienação parental, o intuito aqui se restringiu a uma melhor visualização daquilo que se tem encontrado de forma recorrente nos casos que foram levados aos tribunais e que envolviam Direito de Família.

ao outro cônjuge (por exemplo: escolha ou mudança de escola, de pediatra, etc.); e) viaja e deixa os filhos com terceiros sem comunicar o outro genitor; f) apresenta o novo companheiro à criança como sendo seu novo pai ou mãe; g) faz comentários desagradáveis sobre presentes ou roupas compradas pelo outro genitor ou mesmo sobre o gênero do lazer que ele oferece ao filho; h) critica a competência profissional e a situação financeira do ex-cônjuge; i) obriga a criança a optar entre a mãe ou o pai, ameaçando-a das consequências, caso a escolha recaia sobre o outro genitor; j) transmite seu desagrado diante da manifestação de contentamento externada pela criança em estar com o outro genitor; k) controla excessivamente os horários de visita; l) recorda à criança, com insistência, motivos ou fatos ocorridos pelos quais deverá ficar aborrecida com o outro genitor; m) transforma a criança em espíã da vida do ex-cônjuge; n) sugere à criança que o outro genitor é pessoa perigosa; o) emite falsas imputações de abuso sexual, uso de drogas e álcool; p) dá em dobro ou triplo o número de presentes que a criança recebe do outro genitor; q) quebra, esconde ou cuida mal dos presentes que o genitor alienado dá ao filho; r) não autoriza que a criança leve para a casa do genitor alienado os brinquedos e as roupas de que mais gosta; s) ignora em encontros casuais, quando junto com o filho, a presença do outro progenitor, levando a criança a também desconhecê-la; t) não permite que a criança esteja com o progenitor alienado em ocasiões outras que não aquelas prévia e expressamente estipuladas.

Essas características fazem parte da rotina, em maior ou menor medida, das vítimas de alienação parental, cujos relatos portam uma série de ações e atitudes atreladas. Prova disso são os inúmeros casos de alienação parental relatados em estudos especializados, tais como os descritos na obra “A morte Inventada¹⁰”.

Essa obra, especificamente, chama atenção não somente pelos artigos elencado sobre o tema, que foram escritos por especialistas de diferentes áreas jurídicas e da psicologia, como também, pela maneira como o tema é abordado ao final de cada capítulo. Lá, encontra-se em destaque relatos de pessoas que sofreram algum tipo de alienação parental em sua infância e/ou adolescência.

De modo geral, os relatos postos em questão referem-se a pessoas que só depois de longos anos de dor e sofrimento, munidos de pensamentos confusos e conflitantes, depararam-se, por diferentes razões, com a comprovação pessoal, de que sua situação se enquadrava nas prerrogativas da prática de Alienação parental. Praticada, quase, em sua totalidade, por pessoas próximas, que contribuíram em alguma medida, na sua constituição pessoal, ou seja, na formação de sua personalidade, no desenvolvimento de sua visão de mundo e de seus laços de afetos e suas memórias.

Trata-se de relatos de pessoas comuns, ou seja, não são especialistas, o que assegura, um aspecto, ainda mais perverso que a prática de alienação parental pode causar, tendo em

¹⁰ Ver referência no final desta produção.

vista, que segundo tais relatos, pode-se passar uma vida inteira em “abuso”, sem ter uma dada compreensão sobre sentimentos que por vezes implicavam sofrimento e desconforto nos sujeitos que eram “incapazes” de compreender o que estava havendo em suas vidas.

Sobre este ponto Dias (2015) destaca que o tempo trabalha em favor do alienador. Pois, quanto mais demora a identificação do que realmente aconteceu, menos chances há de ser detectada a falsidade das denúncias. Como é impossível provar fatos negativos, ou seja, que o abuso não existiu, o único modo de descobrir a presença da alienação é mediante perícias psicológicas e estudos sociais. Os laudos psicossociais precisam ser realizados de imediato, inclusive, por meio de procedimentos antecipados, além da obrigação de serem transparentes e elaborados dentro da melhor técnica profissional.

Sob tal contexto, cujas manifestações de abusos são aparentes, somam-se os casos de alienação parental que vão além da “intriga” familiar, culminando até mesmo em denúncias no âmbito criminal contra o genitor alienado, por vezes falsas.

Na hipótese de denúncia falsa, o genitor alienante o faz como forma de reverter a guarda do menor ou suspender as visitas. Mediante o receio da veracidade das alegações, na maioria das vezes, o juiz concede a medida cautelar sem oitiva das partes, impedindo, desde então, o contato do filho com o genitor acusado.

Assim, a concessão de medida cautelar, que deveria conservar a eficácia de um direito a fim de evitar um prejuízo irreparável, infelizmente, vem sendo utilizada como uma verdadeira forma de manipulação pelo genitor alienante e punição antecipada ao genitor alienado¹¹.

Freitas (2012, p. 54), destaca com pessimismo à prática que tais atos levam ao longo do tempo, sobretudo no “afogado” Poder Judiciário do país, visto que, pode levar a um irreversível prejuízo para o genitor e o filho que tiveram seu relacionamento abalado.

Como se não bastasse o prejuízo sentimental para o genitor acusado e seu filho, o pior aspecto que pode decorrer de um caso de denúncia falsa é a criança desencadear um processo traumático de algo que sequer existiu.

¹¹ Especificamente sobre esse assunto, o livro de Douglas Phillips Freitas, intitulado “Alienação Parental comentários à Lei 12.318/2010”, torna-se uma leitura instigante e sumária, visto que seus estudos apontam para a prática, cada vez mais comum, da falsa acusação de abuso sexual, o que pode ter consequências desastrosas, uma vez que a simples acusação pode implicar numa medida cautelar *inaudita altera parte*, afastando a criança do acusado sem qualquer possibilidade de defesa. Outras vezes, uma interpretação precipitada, torna “todas as mães” praticantes de alienação dos filhos, fazendo irromper o que o autor intitula de “caça às mães”, uma alusão à histórica “caça às bruxas” medievais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos da personalidade buscam, principalmente, assegurar a dignidade humana do homem. Tais direitos são inatos e inalienáveis a condição humana, ou seja, qualquer indivíduo já nasce com esses direitos e estão ligados de maneira perpétua e permanente a eles. Pode-se dar como exemplo, o direito à vida, à liberdade e ao nome, de acordo com a autora, a maior parte dos países mundiais tem como princípio basilar a proteção dos direitos personalíssimos, uma vez que é um direito tão básico do homem.

Como apresentado neste estudo, a família é um instituto essencial à vida em sociedade, principalmente para a criança e o adolescente, uma vez que necessitam, em regra, da inserção num seio familiar que possibilitem o seu correto e saudável desenvolvimento, cujos alicerces de constituição pessoal são estabelecidos em consonância com a ação familiar de cada indivíduo.

Ocorre que, com a separação dos pais, ou mesmo estando eles juntos, um dos genitores ou familiares próximos, chamados alienantes, como forma de atingir o genitor, ou até mesmo outro familiar, o alienado, acabam por prejudicar o desenvolvimento psicossocial da criança e do adolescente, uma vez que a alienação parental consiste em mentiras e acusações falsas, na maioria das vezes.

A fim de combater a prática de alienação parental, faz-se premente segundo Figueiredo; Alexandridis (2014, 37), o conhecimento do que vem a ser a Alienação Parental, uma vez que, como constatado neste estudo, muitas vezes os sujeitos não sabem, ou não tem a devida compreensão daquilo que estão vivendo. Nesse sentido, o passo inicial a ser definido é procurar a prevenção de atos de alienação parental, mediante a divulgação, estudo e discussão das consequências entre profissionais e pais.

Caso já se tenha instalado a alienação parental, é importante que o genitor alienado procure profissionais (psicólogos, psiquiatras, assistentes sociais) capacitados para lidar com esse tipo de situação e, caso necessário, ingresse junto ao Poder Judiciário, a fim de tomar as medidas necessárias para coibir prática tão danosa e responsabilizar o genitor alienante.

A alienação parental causa muita dor e sofrimento ao genitor alienado, mas, indubitavelmente, o faz muito mais à criança, que também é vítima da alienação, uma vez que seu desenvolvimento psicológico incompleto a faz mais vulnerável à síndrome e pode resultar em traumas irreversíveis.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 251-282.

ANDRADE, R. A. **Dano moral à pessoa e sua valoração**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000. p. 57-70.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual**. Revista Derecho del Estado, n. 30, janeiro-junho 2013, p.93-124. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0122-98932013000100005&script=sci_arttext> Acesso em: 27 fev. 2015.

BOCK, A. M. B.; FURTADO, O.; TEIXEIRA, M. L. T. T. **Psicologias** – uma introdução ao estudo de Psicologia. São Paulo: Saraiva, 2008.

D'ANDREA, Flávio Fortes. **Desenvolvimento da personalidade: enfoque psicodinâmico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

COEN, Monja. A educação emocional. In: MINAS, Alan; VITORINO, Daniela. (Orgs.). **A morte inventada: alienação parental em ensaios e vozes**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 19-36.

DIAS, Maria Berenice. **Alienação parental e a perda do poder familiar**. Disponível em <www.mariaberenice.com.br/uploads/3aliena%E7%E3oparentaleaperdado poderfamiliar.pdf>. Acesso em 11/03/2015.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação parental: aspectos materiais e processuais da Lei 12. 318, de 26-8-2010**. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010, p. 214.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação Parental: comentários á Lei 12.318/2010**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

JUNG, C. G. **Cartas I**. Petrópolis: Vozes, 1999.

MACIEL, Kátia Regina. F. L. Andrade. A alienação da identidade familiar: os filhos do anonimato. In: MINAS, Alan; VITORINO, Daniela. (Orgs.). **A morte inventada: alienação parental em ensaios e vozes**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 37-48.

MINAS, Alan; VITORINO, Daniela. (Orgs.). **A morte inventada: alienação parental em ensaios e vozes**. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

WEY, Beatriz. A banalidade do mal em nossas vidas. In: MINAS, Alan; VITORINO, Daniela. (Orgs.). **A morte inventada: alienação parental em ensaios e vozes**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 69-78.

UMA ANÁLISE DO HISTÓRICO DE CONQUISTAS DOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS DOS NEGROS À LUZ DE PAUL RICOEUR

LETÍCIA POUBEL TRÉS HENRIQUES ¹

RESUMO

Os negros sofreram um processo de exclusão histórica no Brasil desde a escravidão, sendo desrespeitados em seus direitos mais básicos, dentre os quais se encontram em destaque os direitos personalíssimos. Propõe-se uma análise histórico-evolutiva da conquista de tais direitos, elaborada sob um viés hermenêutico que aplica conceitos trazidos por Paul Ricoeur por meio do método histórico. Afirma-se que os direitos personalíssimos são de inestimável importância para a efetivação da igualdade e da liberdade. Por fim, o estudo constatou a relevância da memória e da ressignificação da história para a superação de traumas coletivos e para o enfrentamento dos desafios presentes.

Palavras-chave: Análise histórica. Direitos personalíssimos dos negros. Paul Ricoeur.

INTRODUÇÃO

A história do Brasil é marcada pela exclusão de diversos grupos sociais, sendo os negros os protagonistas do quadro dos marginalizados. Devido à escravidão, a herança da desigualdade foi arrastada ao longo do desenvolvimento da sociedade brasileira. O processo histórico deve ser analisado à luz das conquistas alcançadas no âmbito do direito, para que, assim, possam ser indicadas novas metas a serem seguidas, a fim de gerar igualdade e respeito. Nesse percurso, os direitos da personalidade exercem fundamental função, pois estes buscam garantir a proteção do corpo, da imagem, do nome, da privacidade, ou seja, de muitos direitos inexistentes ou pouco efetivados para os negros na época da escravidão. ²

Assim, será traçada uma linha histórica evolutiva no que tange aos avanços rumo a uma sociedade mais justa e solidária, desde a vinda dos primeiros navios negreiros ao Brasil no século XVI até a sociedade democrática do século XXI. Dar-se-á destaque à importância da efetivação dos direitos positivados, para que o ordenamento jurídico não seja uma mera utopia, mas seja colocado em prática.

O texto é dividido em duas partes. A primeira aponta as violações dos direitos dos negros ao longo da escravidão, que teve seu fim apenas em 1888. Já a segunda, indica o início da inclusão do negro na sociedade e a positivação de seus direitos.

¹ Graduada em direito (FDV). GT IV. E-mail: leticiapoubelth@gmail.com

² GRINBERG, Keila. **Código Civil e Cidadania**. 3 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008. 47-73p.

Em meio a essa questão, a reflexão acerca da importância da memória na construção da história e a possibilidade de explorar uma resignificação do passado para lidar com os desafios que afligem a sociedade é fundamental. Dessa forma, é preciso que a história seja resignificada para que ocorram mudanças efetivas no meio social.

O DESRESPEITO AO SER HUMANO: ALGUMAS NUANÇAS HISTÓRICAS DA ESCRAVIDÃO

No início do século XVI, com a chegada dos portugueses ao Brasil, iniciou-se um longo processo de discriminação, que se arrasta até o século XXI. Os grupos excluídos e marginalizados são inúmeros, sendo os negros os maiores prejudicados ao longo da história. A escravidão dos negros se fez presente em terras brasileiras de forma extremamente exploratória e a luta pela conquista de seus direitos percorreu grande parte da linha do tempo traçada pelo país.³

Cabe destacar que a sociedade brasileira sempre passou por alterações desencadeadas por exigências econômicas. Com a vinda dos navios negreiros para o Brasil nos séculos XVIII e XIX, os interesses dos portugueses eram atendidos, uma vez que o tráfico era bastante lucrativo.

Os escravos eram tratados como objetos, ou seja, eles eram considerados propriedades e não possuíam nenhuma espécie de direitos. Durante muito tempo os negros foram tratados como coisas no ordenamento jurídico brasileiro e sofriam violências de todas as espécies. Um dos escritores que mais retratou as mazelas sofridas durante a escravidão foi o poeta Antônio Frederico de Castro Alves (1847-1871), que se tornou o pioneiro da corrente literária do romantismo condoreiro – caracterizado então como primeiro movimento na literatura preocupado em trabalhar questões sociais de forma crítica.⁴

Em seus poemas, Castro Alves destaca a perversidade com a qual eram tratados os escravos. Em sua obra “Navio Negreiro”, o poeta ressalta as condições desumanas vividas dentro dos “túmbeiros”. Em muitos trechos, o autor traz de forma lírica e eloquente o lado da sociedade esquecido pelo resto dos poetas do romantismo, fazendo vir à tona a aberração da ignorância do povo brasileiro.

No fragmento, as dores das escravas são evocadas, simbolizando o paradoxo entre a delicadeza da mãe que cuida de seu filho e a brutalidade com que eram tratadas por seus algozes:

³ COSTA, Luís César Amad; MELLO, Leonel Itaussu Almeida. **História do Brasil**. São Paulo: Spione, 1999. 216-224p.

⁴ CEREJA, William Roberto. **Literatura brasileira: em diálogo com outras literaturas e outras linguagens**. 4 ed. Reform. São Paulo: Atual, 2009. 219-222p.

Negras mulheres, suspendendo às tetas
Magras crianças, cujas bocas pretas
Rega o sangue das mães:
Outras moças, mas nuas e espantadas,
No turbilhão de espectros arrastadas,
Em ânsia e mágoa vãs!
(Castro Alves) ⁵

Destaca-se que tal condição, fazia com que os negros fossem animalizados e totalmente desconsiderados em sua integridade. Àquela época, a noção de personalidade jurídica não se estendia aos negros, não havia nenhum indício de que o negro teria quaisquer direitos individuais. ⁶

É importante ressaltar que o processo de conquista de direitos foi longo e começou de forma sutil. Não se deve deixar de mencionar que com a proclamação da independência do Brasil em sete de setembro de 1822 nada foi alterado em relação à condição do negro perante a sociedade. Todavia, no tempo do Império, surgiu um movimento positivista e liberal, que ia de encontro ao conservadorismo e aos costumes da época, ainda muito marcados por uma herança colonial. ⁷

Acentuaram-se as divergências entre um modelo liberal incipiente e o modelo escravagista. Ademais, existiam pressões externas que colaboravam para o enfraquecimento do modelo escravocrata. O primeiro fator a exercer certa influência contra a escravidão foi a vontade da Inglaterra de acabar com o tráfico negreiro, haja vista que essa atividade não lhe representava nenhuma lucratividade, pelo contrário, a preservação desse modelo de sociedade, em pleno período de Revolução Industrial, reduzia a potencialidade do Brasil como mercado consumidor.

Dessa forma, visando atingir os seus interesses, a Inglaterra decretou o Bill Aberdeen em 1845, que determinou a prisão de quaisquer navios negreiros. Tal decreto foi extremamente burlado, sendo o fim do tráfico negreiro apenas conquistado a partir da Lei Eusébio de Queirós de 1850. Porém, apesar do fim do tráfico, a escravidão persistiu por muitos anos.

Na segunda metade do século XIX, as pressões para o fim do tráfico aumentaram, cresceram os movimentos abolicionistas e a resistência dos negros ficou mais forte. Deste modo,

⁵ CEREJA, William Roberto. **Literatura brasileira**: em diálogo com outras literaturas e outras linguagens. 4 ed. Reform. São Paulo: Atual, 2009. 219-222p.

⁶ GRINBERG, Keila. **Código Civil e Cidadania**. 3 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008. 47-73p.

⁷ COSTA, Luís César Amad; MELLO, Leonel Itaussu Almeida. **História do Brasil**. São Paulo: Spione, 1999. 216-224p.

foram criadas novas leis, que embora não tenham alcançado ampla efetivação, fizeram parte de um processo liberal evolucionista.

Uma das leis criadas nessa linha positivista foi a Lei Visconde do Rio Branco de 1871, mais conhecida como “Lei do Ventre Livre”. Tal lei supostamente traria a liberdade aos negros nascidos a partir do ano de sua promulgação. Porém, existiam algumas ressalvas: a tutela da criança até os oito anos era destinada ao senhor, sendo que a partir desta idade, o “dono” escolheria entre a contração de dívida por parte do escravo, devido aos cuidados destinados a ele desde o seu nascimento, ou a utilização do negro como escravo até vinte e um anos. Assim, esta lei não surtiu grandes efeitos no sentido da conquista de liberdade.⁸

Outra lei decretada no contexto foi a Lei Saraiva Cotegipe ou “Lei dos Sexagenários”, tida como piada nacional por jornais da época. A lei ficou famosa como a lei dos coveiros dos escravos, já que ordenava a liberdade daqueles que alcançavam os sessenta anos. É justo destacar, neste ponto, que, vivendo em condições extremamente insalubres, pouquíssimos eram os escravos que chegavam a tal idade, sendo que os que com esforço conquistavam a terceira idade já se encontravam em situações de decadência e de debilitações.⁹

Por fim, em 1888 foi abolida a escravidão, cunhando a personalidade da Princesa Isabel, que assinou a Lei Áurea, como a libertadora dos escravos. Há de se ressaltar que existiram muitos agentes na conquista da liberdade para os negros e que a figura da princesa, apesar de simbólica, não foi a determinante para que tal decisão fosse estabelecida.

O fim da escravidão foi para alguns, principalmente para os abolicionistas do Oeste Paulista, um processo de excessiva morosidade; já para outros, com destaque para os conservadores do Norte Fluminense, foi uma decisão precipitada e sem cabimento.¹⁰

Já no fim do século XIX e com a proclamação da República em 1889, os negros viram-se desamparados e sem perspectiva de integração social. As possibilidades e as condições para o desenvolvimento dessa grande massa de desempregados eram pífias. Dessa forma, afirma-se que o ano de 1888 foi apenas o início de uma extensa caminhada para os negros no Brasil.

Assim, a escravidão pode ser vista como um trauma a ser superado e a fim de analisar a situação do negro em meio à sociedade, que decorre do período escravocrata, recorrer-se-á a alguns pressupostos trabalhados por Paul Ricoeur¹¹ em sua obra “Memória, História e Esquecimento”.

⁸ COSTA, Luís César Amad; MELLO, Leonel Itaussu Almeida. **História do Brasil**. São Paulo: Spione, 1999. 216-224p.

⁹ COSTA, Luís César Amad; MELLO, Leonel Itaussu Almeida. **História do Brasil**. São Paulo: Spione, 1999. 216-224p.

¹⁰ MATTOS, Hebe. **Das cores do silêncio**: os significados da liberdade no sudeste escravagista: Brasil século XIX. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998. 379p.

¹¹ RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. Tradução: Alain François [et. AL.]. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2007. 82-104p.

Paul Ricoeur diferencia os conceitos de lembrança e de recordação. O autor trabalha a lembrança como uma representação de algo ausente; a recordação seria como uma atividade intensa e contínua. Assim, o trecho da obra destaca:

A distinção entre mneme e anamnesis apoia-se em duas características: de um lado, a simples lembrança sobrevém à maneira de uma afecção, enquanto a recordação consiste numa busca ativa.¹²

Utilizando-se desses dois conceitos acima, em uma breve analogia aos estudos de Sigmund Freud em “Rememoração, Repetição e Perlaboração”, Paul Ricoeur resgata a ideia de que o principal obstáculo para a resolução dos problemas da mente são as lembranças traumáticas. A superação dos traumas teria como exigência o esforço e o trabalho para lidar com as patologias, portanto, o exercício da memória é necessário. Entende-se como patologia, a memória doente, ou seja, uma dificuldade no que tange às alterações não só da memória individual, mas também coletiva.¹³

Nessa disposição, a escravidão pode ser vista como uma patologia ou até mesmo o próprio trauma coletivo, que caso não passe por um processo de resignificação, os seus reflexos ainda irão emergir na sociedade, fazendo com que ela desencadeie uma série de transtornos como o preconceito e as desigualdades sociais.

A memória do povo brasileiro deve ser trabalhada, tendo em vista as influências das diferentes etnias que participaram do processo de fundação do Brasil. Para que os preconceitos sejam superados, torna-se necessário valorizar as diferentes culturas presentes no cenário social com um olhar de alteridade.

Finalmente, resta constatar que não se pode passar por uma barreira sem ter o esforço de escalá-la, assim também acontece com as questões sociais, que exigem dedicação coletiva para que seja obtida uma situação mais próxima do que o senso comum entende ser a harmonia.

A AQUISIÇÃO DE DIREITOS E OS SEUS DESAFIOS

A abolição da escravidão foi apenas um passo rumo à aquisição de direitos dos negros e é possível afirmar que as transformações na sociedade se dão de forma lenta e insuficiente para as necessidades da população. Tendo isso em vista, observa-se que apesar de o Brasil

¹² RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. Tradução: Alain François [et. AL.]. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2007. 82-104p.

¹³ RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. Tradução: Alain François [et. AL.]. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2007. 82-104p.

ter deixado de ser um Império e passado a ser uma República um ano após a promulgação da Lei Áurea, tal alteração do modelo de Estado não trouxe significativas mudanças na vida dos negros nem na da população em geral, já que a transferência do poder estatal foi realizada sem a efetiva participação do povo. Logo, não ficou constatada melhoria da qualidade de vida ou significativos direitos conquistados para os brasileiros nesse período de transição.

Com o Brasil República e em meio a uma onda positivista, a necessidade de se formular um Código Civil para o Brasil era latente e já vinha sendo arrastada desde o início do século XIX. Entretanto, a incompatibilidade entre uma codificação liberal e a permanência da escravidão dificultava a elaboração do código.¹⁴

A situação tornou-se ainda mais complexa, pois, em matéria de direito civil, o negro era considerado coisa, ou seja, apenas estaria arrolado no que estivesse relacionado aos bens. Por outro lado, para o Código Penal de 1830, o negro figurava como pessoa, uma vez que possuía obrigações e era obrigado a responder judicialmente por seus atos. Além disso, em algumas situações o negro era sujeito de direito, uma vez que a lei impedia o proprietário de tirar a sua vida e permitia a possibilidade de que o escravo pudesse comprar a sua liberdade por meio da carta de alforria. Deste modo, surgia o desafio de lidar com a posição transitória do direito civil do negro liberto, que caso transgredisse a lei, poderia voltar à condição de escravo.

Em suma, evidencia-se que a codificação brasileira era repleta de defeitos, um deles foi destacado nas palavras de Augusto Teixeira de Freitas que dizia que:

[...] os escravos, na prática, poderiam ser pessoas, já que eram capazes de adquirir não só direitos como também obrigações; mas recusava-se a perpetuar essa situação no código civil, não por grandes sentimentos abolicionistas, mas justamente por saber das dificuldades em estabelecer essa legislação.¹⁵

Como uma alternativa para tratar da escravidão no âmbito jurídico, Teixeira de Freitas apresentou o Código Negro, que não chegou a ser desenvolvido, mas seria uma forma de não tratar do assunto, pois acabaria por “manchar” o Código Civil.

Assim, apenas após a abolição da escravidão foi concretizada a elaboração do Código Civil Brasileiro, realizado por Clóvis Beviláqua, que foi proclamado apenas em 1916 e entrou em vigor em 1917. Esse Código não trouxe reais benefícios para o negro e, apesar da abolição da escravidão, a sua liberdade não foi completa.

¹⁴ COSTA, Luís César Amad; MELLO, Leonel Itaussu Almeida. **História do Brasil**. São Paulo: Spione, 1999. 216-224p.

¹⁵ GRINBERG, Keila. **Código Civil e Cidadania**. 3 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008. 47-73p.

Na obra “A integração do negro na sociedade de classes”, Florestan Fernandes¹⁶ retrata as dificuldades vividas pelo negro em seu processo de adaptação na sociedade. Os negros não tinham mais lugar na sociedade e não existiram políticas públicas que auxiliassem a sua integração. Muitos dos recém-libertos migraram para as grandes cidades em busca de conseguir ganhar a vida com o seu trabalho.

Entretanto, certa parcela da sociedade não tratava os negros como homens livres, impossibilitando o seu processo de inserção no mercado de trabalho. Acrescenta-se que os antigos escravos já não mais queriam realizar tarefas semelhantes as que exerciam no tempo de cativos, assim não lhes sobravam oportunidades para que se desenvolvessem em meio às demais classes.

Outro elemento que acentuou o quadro de exclusão do negro foi a vinda de imigrantes europeus para o Brasil, os quais eram incomparavelmente mais valorizados no mercado de trabalho, já que muitos apresentavam conhecimentos técnicos de uma série de ofícios, eram inseridos na ideia do capitalismo e sabiam lidar com atividades contratuais.

Florestan destaca que os negros foram “abandonados à própria sorte”, pois a maioria teve um histórico de vida degradante, realizando trabalhos forçados rústicos, alijados de formas de aprendizagem que proporcionassem condições para a sua integração social. Quase todos os negros eram analfabetos e não tinham acesso a conhecimentos tidos como sofisticados para a época. Em meio aos negros, as mulheres foram mais bem sucedidas no período pós-abolição em termos de trabalho, pois conseguiam empregos realizando atividades domésticas, como lavadeiras, passadeiras, cozinheiras, entre outras funções.

Além das dificuldades relacionadas à falta de emprego, outro fator ressaltado por Florestan¹⁷, como ponto de desequilíbrio para o grupo negro, foi a desestruturação das famílias. Há de se dizer que a maioria dos negros não tinha o ideal de família como um valor, pelo contrário, naquele período a falta de vínculos entre os familiares

fez crescer a promiscuidade e os abusos sexuais de crianças tornaram-se marcantes. Assim, os que nasciam dessas relações conturbadas dificilmente obtinham um futuro promissor, acabando por engrossar a parcela dos miseráveis na sociedade.

Como não eram depositadas expectativas de progresso nos negros, estes não frequentavam as escolas e, mais uma vez, eram segregados do processo de desenvolvimento como pessoas. Sem acesso ao conhecimento, era de fato difícil conquistar espaço em meio aos demais e realizar mudanças no quadro social.

¹⁶ FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes**: o legado da “raça branca”. 5. ed. São Paulo: Globo, 2008.29-78p.

¹⁷ FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes**: o legado da “raça branca”. 5. ed. São Paulo: Globo, 2008.119-269p.

Um agravante a mais para a exclusão dos negros eram as teorias deterministas pseudocientíficas inspiradas no darwinismo, que indicavam a suposta inferioridade evolutiva de algumas raças. Segundo os estudos do italiano Cesare Lombroso (*O homem delinquente*, 1876) os negros sofriam de “atavismo”, um atraso na escala de desenvolvimento da espécie humana, buscando justificar o seu baixo rendimento social e o maior envolvimento na criminalidade. Aliados a essas teorias existiam movimentos de incentivo ao “branqueamento” da população, uma tentativa de incentivar a miscigenação a fim de tornar a sociedade “menos escura”. Tais teorias foram perdendo a força com o passar do tempo, porém influenciaram a sociedade brasileira por mais de meio século.¹⁸

Como já ressaltado acima, as conquistas dos negros no campo do direito não foram expressivas nos anos que seguiram à abolição da escravatura. Apenas em 1962, o Estado Brasileiro ratificou a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação racial, assumindo obrigações jurídicas internacionais em matéria de direitos humanos, visando o combate à discriminação racial e a igualdade por meio da adoção de ações afirmativas.¹⁹

A Convenção, desde seu preâmbulo, ressalta que não existe base científica que indique diferentes níveis entre os seres humanos e assinala que qualquer

[...] doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, inexistindo justificativa para a discriminação racial, em teoria ou prática, em lugar algum.²⁰

Deste modo, o artigo art.1º da Convenção, traz o princípio da igualdade atrelado à ideia do combate à discriminação, apresentada no preâmbulo, e define a discriminação racial como:

[...] qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em **pé de igualdade dos direitos humanos e liberdades fundamentais**”. (grifo nosso)²¹

¹⁸ SCHWARCZ, Lilia Moriritz. **O espetáculo da raças**: cientistas, instituições e questão racial no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. 6p.

¹⁹ PIOVESAN, Flávia. **A compatibilidade das cotas raciais com a ordem internacional e com a ordem constitucional brasileira**. Disponível em: < <http://www.flacso.org.br/gea/documentos/archivos/97.pdf>>. Acesso em: 14 de novembro de 2014.

²⁰ **Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial**. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/convencao_internacional_eliminacao.pdf>. Acesso em: 14 de novembro de 2014.

²¹ **Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial**. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/convencao_internacional_eliminacao.pdf>. Acesso em: 14 de novembro de 2014.

Quanto a isso, foram propostas duas estratégias pelos instrumentos internacionais de combate à discriminação. A primeira delas tem como objetivo punir, proibir e eliminar a discriminação; a segunda tem como objetivo promover a igualdade. Destaca-se também a importância de se ter um olhar de alteridade, buscando compreender as peculiaridades dos diferentes grupos sociais.

Na busca por igualdade, a Constituição de 1988, conhecida como a “Constituição Cidadã”, condenou a marginalização do negro, reforçando que todos têm os mesmos direitos e indicando o racismo como crime, respectivamente no caput do artigo 5º e no inciso XLII do mesmo:²²

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

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; [...]

A Constituição Brasileira de 1988 é um marco da conquista de direitos para todos, sendo todas as pessoas consideradas sujeitos de direitos à luz do ordenamento jurídico do país. Surge nesse contexto, a noção de direitos da personalidade, que estão relacionados ao respeito aos indivíduos nos âmbitos psíquicos, físicos e morais.

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A SITUAÇÃO DO NEGRO NO BRASIL

Ao contrário da tradição patrimonialista valorizada ao longo da história do Brasil, inclusive no Código Civil de 1916, os direitos da personalidade não apresentam conteúdo econômico, ou seja, não estão disponíveis no comércio. Além disso, tais direitos não podem ser renunciados e nem podem prescrever com o passar do tempo, podendo ser exercidos em face de qualquer pessoa que desrespeitá-los. Os direitos da personalidade estão subdivididos no que diz respeito aos direitos do próprio corpo, do nome, da imagem (inclui a honra e a intimidade) e da privacidade no Capítulo II, Título I (artigos 11 a 21), do Código Civil de 2002.²³

²² BARRETO, Ana Cristina Teixeira. **Carta de 1988 é um marco contra a discriminação**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-nov-05/constituicao-1988-marco-discriminacao-familia-contemporanea>>. Acesso em: 13 de novembro de 2014.

²³ GRINBERG, Keila. **Código Civil e Cidadania**. 3 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008. 58-73p.

Tendo em vista o histórico de exploração do negro, pode-se afirmar que antigamente o respeito aos direitos a personalidade eram inimagináveis, uma vez que os negros nem ao menos eram considerados pessoas. Os negros eram desvalorizados em todas as esferas das relações sociais e os indivíduos não eram considerados em sua integridade, pelo contrário, todos eram apenas força de trabalho que faziam parte de uma das etapas do desenvolvimento econômico.

Os escravos eram tidos como máquinas que realizavam atividades braçais por um longo período e com condições de trabalho extremamente insalubres. Além da jornada de trabalho exaustiva, no fim do dia, os escravos também não tinham direito à privacidade, todos ficavam amontoados em senzalas, e aqueles que se revoltavam com a situação na qual viviam sofriam severas penas corporais.

No que se refere ao direito ao nome e ao registro de nascimento do negro, pode-se dizer que estes eram feitos pela Igreja por meio do documento de batismo. Mesmo sendo registrado de forma semelhante a das pessoas livres, para reforçar a ideia de que o escravo era propriedade, em seu registro, além do nome da criança, de seus pais e padrinhos, eram também trazidos os nomes de seus senhores.

Dessa forma, os direitos da personalidade aliados à ideia de dignidade da pessoa humana foram essenciais para afirmar os direitos que durante muito tempo foram descumpridos.

Outro instrumento legal que busca possibilitar a correção das desigualdades históricas é o Estatuto da Igualdade Racial, que entrou em vigor em outubro de 2010. Segundo o ministro da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR), Eloi Ferreira de Araújo, o Estatuto “é um diploma de ação afirmativa voltado para a reparação das desigualdades raciais e sociais”.²⁴

Apesar da positivação de leis que afirmam a igualdade, Florestan Fernandes²⁵ diz que no Brasil ainda existe uma falsa “democracia racial” e aponta que na maioria das vezes o racismo ocorre de forma sutil e dissimulada, impedindo a conquista de uma igualdade material, ou seja, uma igualdade que se faz presente na realidade do dia-a-dia.

Não apenas deve-se enfrentar o preconceito existente na sociedade, como também as condições análogas as de escravos, nas quais muitos trabalhadores ainda se encontram no Brasil. O conceito de trabalho escravo é trazido pelo Projeto de Lei 3842/12, que define a

²⁴ COMUNICAÇÃO Social da SEPPIR/PR. Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Social – **Estatuto da Igualdade Racial entra em vigor hoje, 20 de outubro, em todo o país**. Disponível em: <http://www.portaldainigualdade.gov.br/noticias/ultimas_noticias/2010/10/estatuto-da-igualdade-racial-entra-em-vigor-hoje-20-de-outubro-em-todo-o-pais>. Acesso em: 13 de novembro de 2014.

²⁵ FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes**: o legado da “raça branca”. 5. ed. São Paulo: Globo, 2008. 299-327p.

expressão “condição análoga à de escravo, trabalho forçado ou obrigatório” como qualquer serviço exigido sob ameaça ou violência, sendo vedada a liberdade de locomoção.²⁶

Essa situação deve ser enfrentada por meio da renúncia à herança escravagista, por dispositivos legais e principalmente pela solidariedade. A solidariedade deve ser estendida principalmente aos que têm maiores necessidades e que ainda precisam ser incluídos na comunidade social.

Nesse caso, a solidariedade envolve um complexo trabalho de perlaboração, que seria um esforço coletivo de rememoração para a superação da memória traumática.²⁷ Destaca-se que a sociedade brasileira deve superar o passado por meio de um trabalho intenso, no qual busca se desprender das lembranças recalcadas.

Ocorre que tal trabalho pode passar por diversos obstáculos, sendo o maior deles a manipulação ideológica da memória coletiva, que se dá por meio de discursos que buscam justificar o poder e impedir a libertação por meio da ressignificação. Os discursos manipuladores bloqueiam a reconstrução da história, que por sua vez dificulta a suplantação do trauma.²⁸

Assim, a sociedade apresenta o desafio de realizar uma análise de sua própria história orientada pelo respeito à personalidade e os demais direitos dos diversos grupos marginalizados para poder tomar medidas efetivas e acertar as contas com o passado.²⁹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os negros foram tratados como desiguais na maior parte do processo histórico brasileiro. Cabe à sociedade do século XXI superar os desafios que ainda impedem que todos os grupos das mais diversas etnias sejam atendidos em suas necessidades. Dessa forma, o Direito e a ação coletiva devem caminhar juntos em busca da igualdade material, tendo em vista o desenrolar dos acontecimentos históricos. Assim, toda a sociedade deve buscar garantir os direitos de cada indivíduo, valorizando os direitos da personalidade, os quais corroboram para que as pessoas sejam respeitadas em suas particularidades. Ademais, uma análise histórica que considere as características próprias e os desafios dos grupos sociais marginalizados é fundamental para o exercício da perlaboração.

²⁶ **Projeto define o conceito de trabalho análogo ao de escravo.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/417736-PROJETO-DEFINE-O-CONCEITO-DE-TRABALHO-ANALOGO-AO-DE-ESCRAVO.html>>. Acesso em: 14 de novembro de 2014.

²⁷ FREUD. **Recordar, Repetir, Perlaborar.** ESB XII, Rio: Imago, 1978.

²⁸ RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento.** Tradução: Alain François [et. AL.]. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2007. p. 83-93.

²⁹ MARANHÃO, Bernardo Costa Couto. Luto, rememoração e justiça em Paul Ricoeur. Caderno de resumos e Anais do 4º Seminário Nacional de História da Historiografia: tempo presente e usos do passado. Ouro Preto: EdUFOP, 2010.

Enfim, a efetivação de direitos e a solidariedade apenas conseguirão fazer com que a “democracia racial” não seja apenas uma fantasia, quando de fato a história for analisada com um olhar de alteridade. A história deve ser trabalhada e a memória do povo precisa ser constantemente ressignificada.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Ana Cristina Teixeira. **Carta de 1988 é um marco contra a discriminação**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-nov-05/constituicao-1988-marco-discriminacao-familia-conte-mporanea>>. Acesso em: 13 de novembro de 2014.

COMUNICAÇÃO Social da SEPPIR/PR. Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Social – **Estatuto da Igualdade Racial entra em vigor hoje, 20 de outubro, em todo o país**. Disponível em: <http://www.portaldainigualdade.gov.br/noticias/ultimas_noticias/2010/10/estatuto-da-igualdade-racial-entra-em-vigor-hoje-20-de-outubro-em-todo-o-pais>. Acesso em: 13 de novembro de 2014.

Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/convencao_internacional_eliminacao.pdf>. Acesso em: 14 de novembro de 2014.

COSTA, Luís César Amad; MELLO, Leonel Itaussu Almeida. **História do Brasil**. São Paulo: Spio-
ne, 1999.

FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes: o legado da “raça branca”**. 5. ed. São Paulo: Globo, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **A compatibilidade das cotas raciais com a ordem internacional e com a ordem constitucional brasileira**. Disponível em: <<http://www.flacso.org.br/gea/documentos/archivos/97.pdf>>. Acesso em: 14 de novembro de 2014.

Projeto define o conceito de trabalho análogo ao de escravo. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/417736-PROJETO-DEFINE-O-CONCEITO-DE-TRABALHO-ANALOGO-AO-DE-ESCRAVO.html>>. Acesso em: 14 de novembro de 2014.

FREUD. **Recordar, Repetir, Perlaborar**. ESB XII, Rio: Imago, 1978.

GRINBERG, Keila. **Código Civil e Cidadania**. 3 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

MARANHÃO, Bernardo Costa Couto. **Luto, rememoração e justiça em Paul Ricoeur.** Caderno de resumos e Anais do 4º Seminário Nacional de História da Historiografia: tempo presente e usos do passado. Ouro Preto: EdUFOP, 2010.

=MATTOS, Hebe. **Das cores do silêncio:** os significados da liberdade no sudeste escravagista: Brasil século XIX. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998.

=RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento.** Tradução: Alain François [et. AL.]. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2007.

=SCHWARCZ, Lilia Moriritz. **O espetáculo da raças:** cientistas, instituições e questão racial no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

A COLISÃO ENTRE OS DIREITOS DE LIBERDADE E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO CASO DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS

RONALDO ALVES DA SILVA ¹
CRISTINA GROBÉRIO PAZÓ ²

RESUMO

O presente trabalho visa analisar a colisão entre direitos fundamentais em casos de proibição de produção, publicação e comercialização de biografias não autorizadas. Tem como objeto os direitos da personalidade, destacando os direitos à privacidade, honra e imagem, frente à liberdade de expressão e informação. O estudo é de natureza teórica e é construído por meio de pesquisa bibliográfica, que tem por base as obras de Fábio Andrade, Carlos Roberto Gonçalves, Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Rebeca Garcia, Luis Roberto Barroso, Roberto Dias, Júlia Maurmo e Mário Oliveira, além da Constituição Brasileira de 1988 e do Código Civil de 2002. A análise norteia-se pelo litígio entre o cantor Roberto Carlos e o escritor Paulo Cesar Araújo, autor da biografia “Roberto Carlos, em detalhes”. Os direitos da personalidade do biografado foram confrontados com a liberdade de expressão do biógrafo. A interpretação tradicional não é suficiente para a solução de colisão entre direitos que ocupam o mesmo patamar e gozam do mesmo *status* no ordenamento jurídico. A ponderação, fundada na análise do caso concreto e baseada em critérios objetivos de prevalência, apresenta-se com um método eficaz para a solução dessa colisão. Os critérios principais de solução de colisão entre direitos da personalidade e liberdade e expressão são a notoriedade da pessoa e do fato, o local onde ocorreu, a veracidade do fato e a forma de obtenção da informação. No caso das biografias não autorizadas, prevalece a tese da análise *a posteriori* da colisão entre direitos, mas na prática o artigo 20 do Código Civil de 2002 permite que a produção de uma obra biográfica seja vetada pelo biografado ou seus herdeiros. Conclui-se que uma regulamentação do tema, estabelecendo critérios mais claros de reparação, é necessária para evitar uma espécie de censura prévia.

Palavras-chave: Biografia não autorizada. Direitos personalíssimos. Direitos fundamentais.

INTRODUÇÃO

Os direitos da personalidade representam um conjunto de valores que são inerentes ao indivíduo e entraram definitivamente no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). As liberdades de expressão e de informação estão entre os valores constitucionais mais evocados pelos indiví-

¹ Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. GT-IV. E-mail: ronaldoalves1975@yahoo.com.br.

² Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho – UFG. Professora da Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Email: crispazo@uol.com.br.

duos em suas relações sociais. A censura é abjeta sob qualquer aspecto e o exercício da livre expressão e do direito à informação é condição fundante para a existência da democracia. Por isso, as liberdades de expressão e de informação têm especial relevo na CRFB/88 e, por consequência, em todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Na ordem constitucional, esses blocos de direitos, liberdade e personalidade, convivem igualmente, possuindo o mesmo *status* jurídico e ocupando o mesmo patamar na escala dos valores que regem essa ordem. Nos casos concretos, contudo, esses direitos frequentemente entram em rota de colisão e a solução passa pela interpretação jurídica e a adoção de critérios que permitam estabelecer a prevalência de cada um deles nessas situações reais.

Neste trabalho, analisamos a colisão entre direitos fundamentais nas ações que questionam a publicação de biografias não autorizadas, tendo como norte o litígio entre o cantor Roberto Carlos e o escritor Paulo Cesar Araújo, autor do livro *Roberto Carlos, em detalhes*³. Apresentamos o conceito de direitos da personalidade, o desenvolvimento histórico de sua proteção, suas características e destacamos os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, além de apresentar a distinção entre pessoa pública e privada, no que tange à tutela desses direitos. Também apresentamos os conceitos de liberdade de expressão e de liberdade de informação, tendo em vista que estes direitos de liberdade frequentemente entram em rota de colisão com os direitos da personalidade⁴.

Também analisamos a importância do estabelecimento de parâmetros para a solução da colisão entre normas de direitos fundamentais (inclusive os direitos de liberdade e os de personalidade), tendo em vista que a interpretação tradicional, baseada em um método subsuntivo, não dá conta desses conflitos. Analisamos, ainda, a colisão de direitos no caso das biografias não autorizadas e quais critérios devem ser adotados para sua solução. Para finalizar, apresentamos o caso concreto da biografia “Roberto Carlos, em detalhes” e os desdobramentos das ações judiciais que resultaram num acordo, retirando o livro de circulação.

³ ARAÚJO, Paulo Cesar de. **Roberto Carlos em detalhes**. São Paulo: Planeta, 2006.

⁴ Gagliano e Pamplona Filho (2009) classificam os direitos de liberdade como direitos da personalidade, situando-os sob o âmbito de proteção à integridade psíquica e criações intelectuais. Neste trabalho, entretanto, adotaremos uma concepção mais restrita dos direitos da personalidade, separando-os dos direitos de liberdade.

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO

O indivíduo não deve ser protegido apenas em seu patrimônio, mas também em sua essência; e a busca pela proteção dessa essência desagua nos direitos da personalidade. Na CRFB/88, esses direitos estão inseridos na classe dos direitos e garantias fundamentais e são imprescindíveis para a realização do princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da nossa República. Os direitos da personalidade destinam-se “a resguardar a dignidade humana, por meio de medidas judiciais adequadas, que devem ser ajuizadas pelo ofendido ou pelo lesado indireto” (GONÇALVES, 2011, p. 191).

A tutela da personalidade está reconhecida de forma expressa no art. 5º, X, da CRFB/88: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 2013). O Código Civil Brasileiro de 2002 dedica um capítulo aos direitos da personalidade (art. 11 ao art. 21), mas não traz todos de forma expressa, tendo em vista que o rol de tais direitos é ilimitado.

Os direitos da personalidade são aqueles “inerentes à pessoa humana e a ela ligados de maneira perpétua e permanente” (GONÇALVES, 2011, p. 184). São poderes que o indivíduo exerce sobre si mesmo. De maneira mais ampla, pode-se dizer que tais direitos são “aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 136). Esses direitos pertencem à esfera extrapatrimonial da vida do indivíduo, pois garantem a tutela de valores que não podem ser reduzidos a aspectos pecuniários, ainda que a violação de alguns deles possa ensejar uma compensação financeira como forma de reparo.

Algumas características dos direitos da personalidade são traços de distinção em relação aos demais direitos. Dentre elas estão o absolutismo, a generalidade, a extrapatrimonialidade, a indisponibilidade (intransmissibilidade e irrenunciabilidade), a imprescritibilidade, a impenhorabilidade, a não sujeição à desapropriação e não limitação. Isso significa que esses direitos impõem a todos dever de respeito; são concedidos a todos os indivíduos; não têm conteúdo patrimonial direto; não podem ser transmitidos a terceiros ou serem objeto de renúncia por parte do titular; não possuem limite de prazo para seu gozo; não podem ser objeto de penhora; não podem ser desapropriados; o número desses direitos é ilimitado; são adquiridos no momento da concepção; e acompanham a pessoa até a sua morte (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009; GONÇALVES, 2011).

Historicamente, a ideia filosófica dos direitos da personalidade vem sendo desenvolvida desde a antiguidade. O cristianismo, com a concepção de dignidade do homem enquanto filho de Deus; a Escola do Direito Natural, com a ideia de direitos inatos, preexistentes ao reconhecimento estatal; e a filosofia iluminista, com a valorização do indivíduo frente ao Estado, são elementos que contribuíram para o desenvolvimento da teoria dos direitos da personalidade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009).

A consolidação desses direitos como ferramenta de proteção ao indivíduo concreto ocorre no período pós-segunda guerra mundial, especialmente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948. No Brasil, os direitos da personalidade entram definitivamente para o ordenamento jurídico com a promulgação da CRFB/88.

Numa classificação não exaustiva dos direitos da personalidade, Gagliano e Pamplona Filho (2009) valem-se da tricotomia corpo/mente/espírito para dividi-los de acordo com a proteção à: 1) vida e integridade física (corpo vivo, cadáver e voz); 2) integridade psíquica e criações intelectuais (liberdade, criações intelectuais, privacidade, segredo); 3) integridade moral (honra, imagem, identidade pessoal). Para este trabalho, ater-nos-emos aos direitos à privacidade e correlatamente, à honra e à imagem.

INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM

A inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas está expressamente registrada no texto constitucional, no art. 5º, X, da CRFB/88 (BRASIL, 2013). O direito à intimidade pode ser entendido, segundo Gagliano e Pamplona Filho (2009), como o direito de estar só. Seu elemento fundamental é a exigibilidade do respeito ao isolamento de cada indivíduo. A intimidade é a esfera mais pessoal do indivíduo, seu espaço mais recluso, considerado por ele como impenetrável, pois lá se encontram seus segredos, desejos e pensamentos. Há vários elementos concernentes à ideia de intimidade: o lar, a família, a correspondência, dentre outros.

A vida privada é a esfera das relações num âmbito familiar, circunscrito a um espaço restrito, livre da interferência da esfera pública. O conceito de vida privada circunscreve o de intimidade, sendo, portanto, mais amplo que ele. Ambos estão compreendidos em um conceito mais amplo ainda, o de privacidade (BARROSO, 2003). A vida privada consiste nas particularidades que dizem respeito ao círculo familiar do indivíduo.

O direito à honra está estreitamente ligado à privacidade, pois, em geral é a devassa dessa que fere àquela. Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2009), a honra pode se manifestar de forma objetiva – no que concerne à reputação da pessoa, compreendendo o nome e a fama que desfruta junto à sociedade – e subjetiva – correspondente ao sentimento pessoal de estima ou à consciência da própria dignidade.

A imagem de um indivíduo está ligada a seu aspecto físico, sua forma plástica (imagem-retrato), mas também à exteriorização de sua personalidade, ao conjunto de características ou qualidades reconhecidas socialmente (imagem-atributo). O direito à imagem de um indivíduo é o direito “de não ver sua efigie exposta ao público ou mercantilizada sem seu consentimento e o de não ter sua personalidade alterada material ou intelectualmente, causando dano à sua reputação” (DINIZ, 2009, p. 65).

Algumas violações contra a honra são tipificadas no Código Penal de 1940: a calúnia (art. 138), imputar falsamente a alguém fato definido como crime; a difamação (art. 139), imputar a alguém fato ofensivo à sua reputação; e a injúria (art. 140), ofender a dignidade ou o decoro de alguém (BRASIL, 2015b). Além disso, os direitos à privacidade, à honra e à imagem encontram tutela na Constituição (art. 5º, X) e no Código Civil de 2002⁵.

A DISTINÇÃO ENTRE PESSOA PÚBLICA E PRIVADA NO ÂMBITO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A compreensão da tutela dos direitos da personalidade passa pela compreensão da proteção dos direitos da pessoa pública (vida notória) e o da pessoa privada (vida anônima). Há, na doutrina do direito, o entendimento que a pessoa privada goza de proteção mais ampla da privacidade que pessoa pública. Contudo, a notoriedade não retira da pessoa o direito à intimidade. Por conta da publicidade, sua vida privada é menos recôndita que a do “cidadão comum”; no entanto, a intimidade e a vida privada são direitos invioláveis de todo e qualquer indivíduo. (ANDRADE, 2013; BARROSO, 2003; MAURMO; OLIVEIRA, 2014; POTIGUAR, 2012).

A pessoa pública não pode abrir mão de seu direito à privacidade, mesmo porque esse é um direito irrenunciável. A esfera de sua vida privada é mais estreita, mas ainda assim existe.

⁵ Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.
Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma (BRASIL, 2015a).

A esfera da intimidade de uma pessoa pode ser exteriorizada apenas por ela. A exposição, sem seu consentimento, pode ser extremamente danosa, pois a invasão desse espaço configura-se uma violência contra sua essência. Na vida de qualquer pessoa há aspectos que dizem respeito somente a ela e devem ser mantidos somente em seus domínios.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E LIBERDADE DE INFORMAÇÃO

A liberdade de expressão e a liberdade de informação são essenciais para a existência de um regime democrático, pois “a democracia pressupõe o consenso e o dissenso, o livre debate de ideias e o amplo acesso às informações necessárias à formação do convencimento” (DIAS, 2013, p. 206). Sem o respeito a esses direitos, sem a pluralidade de ideias e sua livre circulação, qualquer regime de governo pode desaguar num autoritarismo mal disfarçado.

A ordem constitucional brasileira abarca diversas facetas das liberdades de expressão e de informação: liberdade de pensamento e expressão do pensamento; liberdade de expressão da consciência e da crença religiosa; liberdade de expressão filosófica, artística e científica, liberdade de comunicação. Esses direitos são interconectados, pois a restrição do acesso à informação prejudica a manifestação da livre expressão; e a restrição da liberdade de expressão interfere no acesso à informação.

A base da liberdade de expressão é a capacidade de raciocinar sobre algo, concatenar ideias, estabelecer críticas e reflexões, imaginar, pensar. A capacidade de criar algo na mente traz consigo a necessidade de expressar essas ideias. Assim, pode-se dizer que a liberdade de expressão é “um direito fundamental assegurado a todo cidadão, consistindo na faculdade de manifestar livremente o próprio pensamento, sentimentos, ideias e opiniões por meio da palavra, escrito, imagem ou qualquer outro meio de difusão” (POTIGUAR, 2012, p. 94).

A CRFB/88 é tão incisiva na defesa da liberdade de expressão, diz Potiguar (2012), que chega a ser redundante, conforme pode ser visto em seu art. 5º, IV, VI, IX⁶. Contudo, ainda que a liberdade de expressão seja um valor fortemente defendido na Constituição, ela não possui caráter absoluto, pois não pode ser exercida de forma irrestrita. Algumas restrições lhe são impostas tanto no âmbito constitucional, quanto fora dele.

Há restrições diretas expressas na constituição, como a vedação do anonimato (art. 5º, IV), a impossibilidade de invocar a liberdade de expressão para furtar-se a um dever legal

⁶ IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...]

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; [...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (BRASIL, 2013).

(art. 5º, VIII), a violação de direitos da personalidade (art. 5º, X); há restrições indiretamente constitucionais, através de legislação infraconstitucional, como aquelas que restringem a propaganda de determinados produtos, que estabelecem sigilo de atos processuais, etc; e há restrições tácitas, que são impostas pelo ordenamento jurídico quando ocorrem colisões entre os direitos baseados em valores protegidos pela Constituição (POTIGUAR, 2012).

A liberdade de informação também está expressa na CRFB/88. A Constituição, em seu art. 5º, XIV, estatui que “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional” (BRASIL, 2013). O direito também está presente, com suas garantias, no art. 5º, V, XII, XXXIII; e art. 220.

Informação costuma ser definida como mero produto da comunicação e reduzida ao simples registro de ideias em um suporte físico. Há ainda uma definição que a considera como algo abstrato que faz referência a tudo aquilo que é capaz de provocar mudanças nas estruturas cognitivas dos indivíduos. No discurso corrente do senso comum, diz-se que informação é poder, sendo, portanto, atributo indispensável para o exercício da cidadania e dos direitos de maneira plena.

A liberdade de informação diz respeito ao direito individual de comunicar fatos e está inserida na liberdade de expressão em sentido amplo (BARROSO, 2003). Pode ser definida como um conjunto de direitos, formas processos e veículos que permitem a criação, expressão e difusão da informação de maneira livre. O traço de distinção entre a liberdade de expressão e a de informação, que esta carrega em si a necessidade do limite interno de veracidade, ou seja, o estabelecimento de um compromisso com a veracidade dos fatos. A liberdade de informação apresenta três feições, direito de informar, direito de se informar, e direito de ser informado (POTIGUAR, 2012).

O direito à informação é uma feição da liberdade de informação. O acesso à informação é a consagração desse direito e consiste no recolhimento de informações de caráter público e pessoal. Esse acesso é amplo, pois a informação é importante insumo para o exercício da cidadania e para a existência da democracia.

A COLISÃO ENTRE OS DIREITOS DE LIBERDADE E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos de liberdade (de expressão e de informação) e os direitos da personalidade estão ancorados em princípios que não admitem, *a priori*, relativizações que garantam maior ou menor grau de importância de um em relação ao outro. A colisão entre direitos da mesma categoria é recorrente na aplicação concreta das normas jurídicas, exigindo uma atividade de

interpretação por parte do operador jurídico. Quando ocorre a colisão, deve-se evitar conferir *a priori* maior importância a um bloco de direitos em detrimento de outro (GARCIA, 2012).

Os direitos de liberdade e os direitos da personalidade são direitos fundamentais, têm o mesmo status jurídico e ocupam o mesmo patamar na escala de valores que regem a ordem constitucional. Para solucionar casos de colisão entre esses direitos, o operador jurídico deve lançar mão da interpretação, no caso concreto, para estabelecer quais direitos devem prevalecer.

A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA EM CASOS DE COLISÃO DE DIREITOS

Na interpretação jurídica tradicional, quando um fato que chega às mãos do intérprete, ele o examina e busca no ordenamento jurídico a norma que deve reger aquela hipótese. Aplica então um raciocínio lógico, de natureza silogística, no qual a norma é a premissa maior, o fato a premissa menor e a conclusão a consequência do enquadramento dos fatos à norma. Por este método, realiza-se a subsunção do fato à norma e pronuncia-se uma conclusão. O intérprete não faz escolhas próprias, apenas revela o que já está na norma (BARROSO, 2003).

Contudo, o método subsuntivo não é suficiente para a solução de conflitos entre normas de direitos fundamentais, que possuem o mesmo status jurídico e ocupam o mesmo lugar na escala de valores do ordenamento. Para determinar a vontade legal, faz-se necessária uma interpretação jurídica que, mesmo baseada em parâmetros fornecidos pela lei, leve em conta os elementos objetivos e subjetivos do caso concreto. Nesta nova forma de interpretação, “o papel do intérprete deixa de ser de pura aplicação da norma preexistente e passa a incluir uma parcela de criação do Direito no caso concreto” (BARROSO, 2003). A subsunção perde sua primazia e passa a conviver com a ponderação, na qual o intérprete afere peso a cada um dos direitos e faz concessões recíprocas.

Barroso (2003) descreve a ponderação do seguinte modo:

[...] consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, sobretudo quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas (BARROSO, 2003, p. 69).

Isso significa que, nos casos concretos, ora a decisão judicial privilegiará um direito, ora outro, dependendo da importância de fazer valer e preservar cada um deles. O resultado da ponderação, contudo, não é fruto da pura vontade do intérprete, pois a decisão deve ser racional e argumentativamente fundamentada. A ideia que fundamenta a ponderação está demonstrada na lei de colisão entre princípios. Segundo Alexy (2008), a colisão entre os princípios P1 e P2

deve ser analisada com base nas condições sob as quais se verifica a violação de direitos. Em um caso concreto, P1 terá peso maior que P2, se houver razões para que P1 prevaleça sobre P2, sob as condições C, presentes nesse caso concreto. Pode-se estabelecer uma espécie de fórmula que pode ser assim demonstrada: (P1 P P2) C, com C indicando a condição de precedência de P1 sobre P2. O autor sintetiza assim essa fórmula: “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência” (ALEXY, 2008, p. 99).

Segundo Barroso (2003), a ponderação é um processo que ocorre em três etapas: 1) o intérprete deve detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas; 2) o intérprete deve examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos; 3) o intérprete deve examinar de forma conjunta os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto, de forma a apurar os pesos a serem atribuídos aos diversos elementos em disputa e definir o grupo de normas que vai preponderar no caso.

A técnica da ponderação possui parâmetros que mapeiam o caminho a ser percorrido pelo intérprete. Barroso (2003) aponta os critérios a serem utilizados quando colidem a liberdade de expressão e informação, de um lado, e os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, de outro. São eles: a veracidade do fato; licitude do meio empregado na obtenção da informação; personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia; local do fato; natureza do fato; existência de interesse público na divulgação em tese; existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos; preferência por sanções a posteriori, que não envolvam a proibição prévia da divulgação.

Os critérios de ponderação são simplificados por Garcia (2012), ao analisar a colisão dos direitos no caso de biografias não autorizadas. São eles: (a) notoriedade da pessoa e do fato; (b) forma de obtenção das informações; (c) local do fato; e (d) veracidade do fato.

A notoriedade da pessoa é a condição que a torna pessoa pública, reconhecida por seu trabalho (artistas, esportistas, empresários) ou por sua atuação no âmbito da administração pública (políticos e funcionários públicos). Contudo, ainda que a pessoa seja notória, sua privacidade está tutelada pelo direito. A notoriedade do fato diz respeito à sua veiculação pela imprensa ou seu conhecimento anterior pelo público.

A forma de obtenção das informações é um critério que vai observar a maneira como as informações divulgadas a respeito de determinada pessoa foram obtidas. Cuida-se de saber se foram utilizados meios ilícitos para obtenção da informação ou se ela está disponível em

arquivos e registros públicos. Mesmo que as informações tenham sido obtidas de forma lícita, ainda pode ocorrer violação de direitos em caso de divulgação.

O local de ocorrência do fato é importante, pois a esfera da intimidade e da vida privada do indivíduo circunscreve-se aos ambientes privados. Os fatos ocorridos em ambientes reservados têm proteção mais ampla do que os ocorridos em locais públicos. Contudo, mesmo que o fato tenha ocorrido em local público, a violação pode ser caracterizada, se houver, por parte da pessoa, uma expectativa de privacidade em relação àquele ambiente.

A veracidade do fato não diz respeito à verdade objetiva, especificamente, mas à plausibilidade. Pois a narração de um fato é subjetiva, o que enseja que haverá visões distintas acerca de sua veracidade. Contudo, ao narrar um fato deve-se buscar a correção e a exatidão. A divulgação deliberada de informação falsa, atingindo os direitos de personalidade de outrem, configura-se como violação desses direitos.

AS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O gênero biográfico, mais que um gênero literário, é também fonte histórica. A narrativa biográfica revela mais que a história de vida de um indivíduo; é também a narrativa da vida cotidiana da sociedade na qual o biografado se insere. As biografias são

importante fonte histórica que possui o condão de auxiliar a preservação, a compreensão e o estudo sistemático também de elementos políticos, sociais e culturais das nações. Sua importância é, assim, inegável, consistindo em um elemento editorial que transita por diversas áreas das ciências humanas (MAURMO; OLIVEIRA, 2014, p.39).

Biografia não autorizada é aquela na qual o biógrafo escreve à revelia do biografado ou de seus herdeiros, decidindo livremente quais informações constarão no produto final. Essa noção põe esse gênero em rota de colisão com os direitos da personalidade, especialmente o direito à privacidade, à honra e à imagem. A narrativa de vida de um terceiro caminha numa linha estreita entre a violação e o respeito a esses direitos.

A produção de biografias no Brasil sofre forte influência do Código Civil de 2002. Uma leitura literal do art. 20⁷ do Código Civil, praticamente inviabiliza a produção de trabalhos biográficos não autorizados, pois o texto normativo garante aos biografados o poder de requerer

⁷ Para Maurmo e Oliveira (2014), o art. 20 é inconstitucional por afrontar previamente a liberdade de informação, ao dar poder a um indivíduo de vetar a circulação de informações a seu respeito, ainda que isto não viole sua privacidade, honra ou imagem. O art. 21 é constitucional, pois apenas reproduz o texto constitucional do art. 5º, X.

a proibição da publicação desses trabalhos, se lhes atingirem a honra, a boa fama, a respeitabilidade, ou se forem destinados a fins comerciais. Como quase todo trabalho biográfico tem pretensão comercial, apenas aqueles autorizados previamente passam pelo crivo do Código.

Essa necessidade de autorização prévia pode configurar-se como uma afronta às liberdades de expressão e de informação. Algumas pessoas referem a ela como uma espécie de censura prévia, impedindo a livre circulação da informação, o que torna o art. 20 do Código, inconstitucional. Contudo, a livre publicação da biografia, mesmo não autorizada, pode violar os direitos à privacidade, à honra e à imagem do biografado. A solução para esse conflito entre os direitos passa pela análise do caso concreto, por meio de um processo de interpretação jurídica.

No caso das biografias, Brito (2014) diz que a colisão entre direitos de liberdade e o direito à privacidade pode ser relativizada, prevalecendo aqueles da liberdade, seja por sua posição na topografia da constituição, seja pela redução do conteúdo dos direitos da personalidade. A ponderação entre os dois blocos de direitos fundamentais “leva ao entendimento que biografar, por não ser descrição de nada por acontecer, mas de coisas já acontecidas, é atividade de quem apenas descreve o modo pelo qual o biografado viveu” (BRITTO, 2014, p. 15).

A intimidade é um direito a ser tutelado em qualquer contexto, dizem Maurmo e Oliveira (2014), pois é parte da essência de cada indivíduo. Portanto, não é possível estabelecer uma regra *a priori* para solucionar a colisão entre o direito à privacidade e a liberdade de informação. Apenas a análise de cada caso concreto, vai definir o peso que cada direito terá na decisão.

O entendimento atual em relação às biografias não autorizadas defende que a tutela do direito à privacidade seja realizada *a posteriori*. Caso haja violação de direitos, o ofendido deve buscar reparação na justiça. Esse é um entendimento perigoso, segundo Maurmo e Oliveira (2014), pois há violações que causam danos irreparáveis. Com as regras atuais de reparação de danos, poderia ser vantajoso para uma editora violar a privacidade de um indivíduo, pois o lucro da biografia compensaria os custos da indenização. Os autores propõem alterações nos critérios atuais para julgar tais violações e estabelecer a reparação (aumentando o valor das indenizações), de modo a levar biógrafos e editores a agirem com cautela.

O CASO DA BIOGRAFIA “ROBERTO CARLOS, EM DETALHES”

Paulo Cesar Araújo descreve detalhadamente em “O réu e o rei”, o trabalho de pesquisa que deu origem à biografia não autorizada “Roberto Carlos, em detalhes”, publicada em 2006. “O réu e o rei” narra também a relação emocional do autor com a música de Roberto Carlos, desde a infância até a publicação do livro, sete anos depois de ser processado pelo cantor.

Roberto Carlos ajuizou uma ação cível e outra criminal contra Paulo Cesar Araújo. Acusou o autor da biografia de invadir sua privacidade, usar indevidamente sua imagem e atingir sua honra, boa fama e respeitabilidade. Na ação cível, o cantor requeria a imediata interrupção da venda do livro e alta indenização por danos morais e materiais. Na ação criminal, pedia a condenação do autor, acusando-o de injúria e difamação.

Uma audiência de conciliação entre Roberto e Paulo César (os representantes da Editora Planeta também compareceram como réus) foi marcada pelo juiz Tércio Pires, da 20ª Vara do Fórum Criminal da Barra Funda, em São Paulo. Na audiência, realizada no dia 27 de março de 2007, o juiz “ameaçou” emitir ordem de fechamento contra a editora, caso não chegasse à solução conciliatória. A editora então aceitou o acordo, comprometendo-se com a imediata suspensão da venda dos livros, a entrega dos exemplares restantes nos depósitos da editora ao cantor, além do compromisso de recomprar os exemplares que porventura estivessem à venda no mercado.

Paulo Cesar Araújo, que até aquele momento estava sendo representado pelo advogado da editora, não concordou com os termos do acordo. Como a editora havia concordado, o réu se viu sem representação a partir daquele momento, pois “seu advogado” trabalhou para evitar prejuízo maior à editora. Paulo Cesar foi então “obrigado” a assinar um acordo com o qual não concordava e alega que o fez pela pressão psicológica a qual foi submetido.

Antes do acordo entre as partes na audiência de conciliação, o juiz Maurício Chaves de Souza Lima, da 20ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, onde corria ação cível, determinou a interrupção da publicação, da distribuição e da comercialização do livro em todo território nacional. O juiz fundamentou sua decisão, dando primazia à inviolabilidade da intimidade e alegando que no cruzamento dos princípios que norteiam a proteção da privacidade com aqueles que norteiam os princípios da liberdade de expressão e informação prevalecem os primeiros (MATSUURA, 2007).

O acordo, contudo, pôs fim às ações, tanto no âmbito cível, quanto no criminal. Paulo Cesar ainda tentou reverter a situação, entrando com recurso na 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, pedindo a suspensão da proibição da venda do livro. Seu pedido, no entanto, foi negado.

A tese da acusação nas ações de Roberto Carlos contra Paulo César Araújo fundou-se na violação de direitos da personalidade do cantor. A acusação pinçou passagens da biografia que, no entender do cantor, violava sua intimidade, honra e imagem. A defesa do réu foi fundamentada, principalmente, pelos textos normativos que garantem a livre manifestação da expressão e circulação da informação.

A acusação destacou passagens do livro para demonstrar a violação da privacidade, honra e imagem de Roberto Carlos. As passagens destacadas referiam-se, na maior parte, a histórias de cunho amoroso ou sexual. Além dessas, foi destacada a passagem que relata o acidente sofrido pelo cantor na infância, a que relata a doença do filho, a que relata a doença, agonia e morte de Maria Rita, esposa de Roberto Carlos e a que relata o envolvimento de amigos do cantor em uma acusação de estupro e corrupção de menores, ainda nos anos de 1960.

Paulo Cesar Araújo alega que todas as histórias relatadas no livro foram retiradas de fontes públicas: arquivos de jornais e revistas, outros livros publicados sobre o cantor e a jovem guarda, entrevistas a programas de televisão. Segundo o autor, todos os episódios questionados pelo cantor foram amplamente divulgados pela imprensa na ocasião em que ocorreram. Assim, o autor afirma que não viola a privacidade do cantor, posto que as histórias contadas, mesmo as que poderiam gerar danos, já eram de conhecimento público.

Como a ação foi encerrada em função do acordo entre as partes, não houve a necessidade de ponderar a preponderância dos direitos em colisão. Se as ações continuassem em curso, pode ser que ocorresse a ponderação, valendo de critérios explícitos, em outras instâncias do Poder Judiciário. Como isso não ocorreu, o que resta são especulações sobre o rumo que a solução da contenda tomaria: se com a prevalência do direito à privacidade ou com a das liberdades de expressão e informação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A colisão entre direitos que ocupam o mesmo patamar na ordem constitucional é uma questão recorrente em qualquer ordenamento jurídico. Nos casos concretos, o conflito entre direitos vai exigir do operador jurídico um trabalho de interpretação, valendo-se de critérios bem fundamentados para conferir maior importância a um ou a outro direito em conflito. As liberdades de expressão e informação e os direitos à privacidade, imagem e honra se chocam constantemente nas relações sociais cotidianas.

A discussão a respeito da publicação de biografias não autorizadas ocupa lugar de destaque no meio jurídico brasileiro, especialmente após a proibição da comercialização do livro “Roberto Carlos, em detalhes”. O caso é um exemplo da ocorrência de colisão entre direitos que possuem o mesmo *status* jurídico e ocupam o mesmo lugar na escala de valores que orientam a ordem constitucional.

A proibição da comercialização da biografia, baseada numa interpretação do art. 20 do Código Civil de 2002 em desconformidade com princípios constitucionais, iluminou o pro-

blema da falta de regulamentação do assunto. Houve manifestações contrárias e favoráveis à decisão do biografado de ajuizar ações na justiça e à própria decisão preliminar da justiça de proibir a comercialização do livro. Ainda que o desfecho do caso tenha sido um acordo que retirou o livro de circulação, a direção apontada pelo judiciário gerou desdobramentos.

Dentre esses desdobramentos está uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), em trâmite no Superior Tribunal Federal (STF). A ADI 4815⁸, proposta pela Associação Nacional dos Editores de Livros (Anel), visa derrubar a possibilidade de censura prévia no caso de produção de biografias, questionando a constitucionalidade dos arts. 20 e 21 do Código Civil Brasileiro de 2002. Esses dois artigos são utilizados como fundamento para aqueles que pleiteiam a proibição das biografias não autorizadas.

Os direitos da personalidade estão na pauta dessa discussão. A alegação de que as biografias não autorizadas causam danos a esses direitos leva à discussão acerca dos limites de cada bloco de direito em relação a outros blocos. O movimento de buscar uma regulamentação é importante, pois evitar-se-ia a proibição da produção de biografias, e afastaria o risco da censura prévia. O caminho passa pela elaboração de critérios mais objetivos e efetivos para a reparação de danos. E quando ocorrerem colisões entre direitos fundamentais de liberdade e personalidade, a análise das circunstâncias do caso concreto determinará para onde o ponteiro da balança irá pender.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual. **Revista Derecho del Estado**, Bogotá, n. 30, p. 93-124, ene./jun. 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/rdes/n30/n30a05.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2015.

ARAÚJO, Paulo Cesar de. **O réu e o rei: minha história com Roberto Carlos em detalhes**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

⁸ No julgamento da ADI 4815, o Superior Tribunal Federal decidiu afastar a interpretação dos art. 20 e 21, do Código Civil de 2002, que condicionava a publicação de biografias à autorização prévia do biografado (ou seus familiares): “O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, julgou procedente o pedido formulado na ação direta para dar interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa **biografada** relativamente a obras **biográficas** literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas)” (BRASIL. Supremo., 2015).

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 16, p. 59-102, out./dez. 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Mini Código Civil, Constituição Federal e legislação complementar**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015a.

BRASIL. **Mini Código Penal, Constituição Federal e legislação complementar**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 4815**. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Brasília, 10 de junho de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=bio&processo=4815>>. Acesso em: 23 jun. 2015.

BRITTO, Carlos Ayres. Biografias: entre o certo e o certo. **Justiça & cidadania**, Rio de Janeiro, n. 161, p.14-15, jan. 2014.

DIAS, Roberto. Liberdade de expressão: biografias não autorizadas. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n.41, p. 204-224, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/161/145>>. Acesso em: 23 mar. 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Direitos da personalidade. In: _____. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 135-179.

GARCIA, Rebeca. Biografias não autorizadas: liberdade de expressão e privacidade na história da vida privada. **Revista de direito privado**, São Paulo, v. 13, n. 52, p. 38-70, out./dez. 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Dos direitos da personalidade. In: _____. **Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 184-206.

MATSUURA, Lilian. Juiz carioca manda recolher biografia de Roberto Carlos. **Revista consultor jurídico**, 23 fev. 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-fev-23/juiz_carioca_manda_recolher_biografia_roberto_carlos>. Acesso em: 04 abr. 2015.

MAURMO, Júlia Pereira Gomes; OLIVEIRA, Mário Henrique C. Prado de. Biografias não autorizadas: um embate entre a liberdade de expressão e a privacidade. **Revista de direito privado**, São Paulo, v. 15, n. 60, p.37-56, out./dez. 2014.

POTIGUAR, Alex. **Liberdade de expressão e o discurso do ódio: a luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença**. Brasília: Consulex, 2012.

LIMITES DO HUMOR NO AMBIENTE DEMOCRÁTICO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

NATÁLIA SIQUEIRA NETTO DOS SANTOS ¹

CRISTINA GROBÉRIO PAZÓ ²

VALDECILIANA DA SILVA RAMOS ANDRADE ³

RESUMO

Este estudo tem como objeto de análise os limites do humor no atual ambiente democrático, que é envolto pelos direitos da personalidade. Neste cenário, em que as mídias virtuais estão num processo de ascensão, muitos usam do humor indiscriminadamente, como se a liberdade de expressão fosse um valor democrático acima de todos os outros, descomprometido com o respeito à dignidade do outro. Para desenvolver este estudo, recorre-se aos pressupostos teóricos dos direitos da personalidade, especialmente a honra e a imagem da pessoa humana; algumas nuances históricas do humor ocidental e brasileiro; além de uma breve análise do indivíduo contemporâneo, a partir do viés da hipermodernidade, e da sociedade de consumo, vigente no atual ambiente democrático. A fim de discutir a questão do humor, evoca-se, a título ilustrativo, o humor do *stand up comedy* e dos *talk shows* humorísticos, produzidos por alguns comediantes, para não se generalizar a categoria de comediantes. Com efeito, este estudo de natureza teórica, pautou-se na pesquisa bibliográfica centrada em Gilles Lipovetsky, Rousseau, Elias Saliba, Carlos Aberto Bittar, Jam Bremmer. Ademais, procedeu-se à análise de um caso concreto de violação de alguns direitos da personalidade (ocorrido no Brasil) por um comediante em um programa de televisão. Deste modo, pretende-se mostrar que o humor contemporâneo tem se distanciado irresponsavelmente, em alguns casos, de posturas éticas e até mesmo de suas bases fundantes artísticas e contestadoras, partindo para um humor puramente mercadológico que contribui para a perpetuação de certos discursos opressores e preconceituosos na sociedade. Assim, promove-se uma reflexão sobre o papel do humor e dos seus resultados na conscientização política e democrática, além de aludir aos limites que existem em relação à liberdade dos indivíduos.

Palavras-chave: Humor. Direitos da personalidade. Sociedade de consumo.

INTRODUÇÃO

Acredita-se que um dos grandes valores da nossa atual sociedade, a democrática, seja a liberdade de expressão. Um valor inestimável que pretende abarcar todos os indivíduos, sejam eles pessoas públicas ou não, físicas ou jurídicas, jornalistas ou leitores, políticos ou

¹ Trabalho apresentado no GT IV – *Bioética, Direitos Humanos, Democracia, Pluralidade e Sociedade*, do I CONIBDH. Aluna regular do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), natalia.siqueira94@gmail.com.

² É professora da Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e atua na área de Direito Civil, crispazo@uol.com.br.

³ É professora da Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e atua na área de linguagem jurídica e de metodologia de pesquisa. Desenvolve estudos e pesquisas na área do discurso jurídico, de produção de texto científico e de oratória, valdeciliana@fdv.com.br.

partidários de causas contrárias, nativos ou estrangeiros, homossexuais ou heterossexuais, homens ou mulheres, enfim, todos desejamos poder nos expressar, falar, sentir, ouvir o que bem entendermos.

Porém esse direito se esbarra no direito do outro quando fere a dignidade da pessoa humana e seus atributos. Um exemplo disso seria a manifestação de certas opiniões através do discurso humorístico, que será o tema tratado neste trabalho, o qual consistirá em reflexões feitas em relação a importância do humor, e sua relevância no reflexo da sociedade. Como o indivíduo quanto humorista pode-se ver influenciado pela noção dos novos valores da contemporaneidade, os valores da hipermodernidade.

Pretende-se mostrar também como a era do consumo exacerbado influenciou consideravelmente o universo do *stand up comedy*, colocando-o como produto principal da indústria do humor, tornando-o comercial, sem valores artísticos e éticos. Dentro desse contexto democrático almejamos que tanto a liberdade de expressão e os direitos da personalidade deverão conviver, mesmo que se confrontem muitas vezes. Por isso ainda é relevante a manutenção de valores éticos e morais para a manutenção da democracia contemporânea.

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E SUA RELAÇÃO COM A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O sistema normativo brasileiro em seu código civil e em sua Constituição abarcam direitos destinados a pessoa humana, que dizem respeito, por exemplo à preservação e à proteção da honra, da reputação, da privacidade e da dignidade humana em face daqueles que podem violá-los.

Abarcam também direitos que garantem a livre expressão dos indivíduos perante a sociedade, a política, o estado, a cultura, enfim, sobre o que lhe aprouverem. Mas existem aspectos particulares de cada um deles, em que um dos direitos da personalidade pode confrontar com a liberdade de expressão.⁴

DIREITOS PERSONALÍSSIMOS

Os direitos da personalidade são destinados as pessoas físicas ou jurídicas, que tem em si um caráter não patrimonial e que versam sobre a esfera pessoal dos indivíduos a fim de resguardar o princípio da dignidade humana.⁵

⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: parte geral e LINDB, 12. _ed. Salvador: Juspodivm, 2014. v.1.

⁵ ANDRADE, Siebeneichler Fábio de. A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro em perspectiva

Esse propósito foi melhor alcançado pelo Código Civil de 2002 que buscou trazer uma relação hermenêutica em seu complexo normativo com a Constituição Federal de 1988. Foi assim para possibilitar um maior alcance nas questões sociais relacionando-as com o mundo privado. O indivíduo passou a ser tratado como parte e com responsabilidades perante um coletivo democrático.⁶

A Constituição de 1988 em termos jurídicos e políticos foi um marco no rompimento do antigo regime ditatorial que instalou-se no Brasil em 1964 e, para isso, pretendeu trazer o valor da dignidade da pessoa humana como base do Estado Democrático de Direito, como dispõe o artigo 1º, inciso III da constituição. Sendo assim esse valor é posto como “núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico”⁷ norteando as demais interpretações do sistema normativo brasileiro.

A tutela dos direitos específicos da personalidade está inserida no código civil de 2002, que traz no Artigo 1º, a noção clássica de direitos existentes na pessoa em si, da sua personalidade. E dentro de uma sociedade esses direitos tutelados representam a pessoa imersa num convívio com a sociedade, como ente moral e social, proporcionando uma mesma capacidade de assumir direitos e obrigações na ordem civil. Citaremos aqui a tutela da honra e da imagem da pessoa humana.⁸

No âmbito jurídico, caracteriza-se honra como o valor moral íntimo do homem, o que se refere a sua própria consciência de dignidade pessoal (honra subjetiva) e como isso se reflete no coletivo social de forma positiva. O direito à honra protege o indivíduo perante afrontas que podem denegrir a sua boa fama social, diz respeito à defesa da reputação da pessoa (honra objetiva).⁹

A proteção jurídica da imagem refere-se a tutela desse direito como forma de prevenção a possíveis danos extrapatrimoniais, também chamado de danos morais, resguardando, por exemplo, a imagem de uma pessoa de ser publicada sem sua autorização. O conceito de imagem compreende diversos aspectos: a imagem-retrato, a imagem-atributo e a imagem voz. O primeiro aspecto de imagem diz respeito às características fisionômicas (aspecto visual) do

atual. **Revista Derecho del Estado**, Bogotá, n.30, p.93-124, ene. /jun.2013. Disponível em:<http://www.scielo.org.co/pdf/rdes/n30/n30a05.pdf>. Acesso em: 13 mar.2015.

6 TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. 4ª ed. São Paulo: Renovar, 2008.

7 PIOVESAN, Flávia (Org.). **Direito, Estado e Democracia**. In: *Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006. V.1.p. 111-112

8 BITTAR, Carlos Alberto. **O direitos da personalidade**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.v.1.

9 BITTAR, Carlos Alberto. **O direitos da personalidade**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.v.1.

titular, o segundo aos seus qualificativos pessoais, seus comportamentos que o identificam, e o terceiro ao seu timbre sonoro, o som da voz que o identifica.¹⁰

Atesta-se essa proteção validada como direitos e garantias fundamentais no texto da constituição, artigo 5º, inciso X, destacando a inviolabilidade, da intimidade e da honra de todos os cidadãos. O artigo 20, caput, do Código civil, trata especificamente dessa matéria, restringindo o uso da imagem de uma pessoa somente se a mesma ceder autorização, ou se for necessário publicizar a sua imagem para a manutenção da ordem pública ou administração da justiça, em que a mesma poderá recorrer ao judiciário caso sinta que sua honra ou imagem foram violadas.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão sempre foi um valor muito caro as sociedades democráticas, que nos remontam desde a Grécia antiga que se aprimorou a partir da modernidade. Recorrem a ela por meio de linguagem oral, artística, escrita, ou de qualquer outra forma de comunicação. É algo da essência do ser humano poder se comunicar e expressar seus anseios e opiniões de forma livre, sem restrições.¹¹

Os países que passam ou passaram por governos ditatoriais, como o Brasil, sabem da importância desse direito, pois, na maioria das vezes, é por meio dele que temos a possibilidade de exercer o nosso papel na democracia, de irmos contra aquilo que nos oprime como cidadãos em uma pátria de direitos. Ou até mesmo a liberdade de falar sobre o que quisermos, nossos temores, nossas paixões e medos sem sofrer censuras.

Pode-se considerar, então, como um bem necessário para a sobrevivência da democracia. A Carta Constitucional de 1988 protege como um direito fundamental, no artigo 5º, inciso IV “é livre a manifestação do pensamento sendo vedado o anonimato”. Porém mesmo sendo um direito fundamental, ele não pode ser visto como absoluto, e nem de alguma forma superior hierarquicamente aos direitos da personalidade, por exemplo.

¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: parte geral e LINDB, 12. _ed. Salvador: Juspodivm, 2014. v.1.

¹¹ SANTIAGO, Emerson. **Liberdade de expressão**. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/direito/liberdade-de-expressao>>. Acesso em: 1 abr.2015.

NUANÇAS HISTÓRICAS DO HUMOR E SUAS LIMITAÇÕES

Um dos maiores questionamentos da contemporaneidade está em volta da existência ou não de limites para o humor. Nos primórdios da história da humanidade o humor, em sua maior parte, sempre foi visto como um meio de criticar instituições, modelos sociais, pessoas públicas, um modo de expressão que por meio do riso, conseguia-se mascarar aquilo que se gostaria de dizer sem correr o risco de sofrer repúdio.

A expressão humorística sempre foi alvo de controle e supervisão dos dominadores e governantes, que sempre tentaram lapidá-lo. Na Grécia antiga o humor era utilizado por meio da dramaturgia, caracterizado pela sátira política e por ataques pessoais violentos, tendo seu maior representante Aristófanes. Porém esse tipo manifestação se limitava a períodos festivos, momentos específicos no convívio social em que os padrões morais e suas estruturas sociais eram de certa forma minimizados.¹²

Jan Bremmer, ao tratar do histórico do humor, diz que os gregos sempre souberam que o humor poderia ter um viés perigoso, sabiam do lado desagradável que o humor poderia ter, por isso o motivo de o guardarem para as festividades.¹³

Na Idade Média esse tipo de manifestação sofreu intenso controle da Igreja Católica, pois era ela a principal instituição responsável por delimitar os valores morais, baseados na religião cristã e nos interesses dos reis, e toda a organização da sociedade. A igreja dirigia-se ao humor até mesmo considerando-o como uma “expressão satânica”, por considerar o riso sensual e licencioso.¹⁴

Mas, mesmo assim, o humor era muito presente tanto nos meios mais populares tanto nas nobres cortes e, destacando esse lado desagradável que o humor tem, ele poderia ser identificado, por exemplo, nas cantigas satíricas de escárnio e maldizer. Essas cantigas tinham o objetivo de atingir de forma mordaz e irônica a imagem de alguém publicamente, com críticas indiretas, cheios de duplos sentidos.¹⁵

“Peter Burke tece uma crítica a noção de “agressão festiva”: as brincadeiras populares, das ruas e praças públicas da Itália pós-renascentista, não eram divertidas para todos, nem todo

¹² FLORES, Helio Chaves. A história deixou de ser agelasta? **Revista de História Saeculum**, Paraíba, n. 8/9, p. 181-189, jan./dez. 2002/2003.

¹³ BREMMER, Jam; ROODENBURG, Herman. **Uma história cultural do humor**. Rio de Janeiro: Record, 2000.

¹⁴ BREMMER, Jam; ROODENBURG, Herman. **Uma história cultural do humor**. Rio de Janeiro: Record, 2000.

¹⁵ BREMMER, Jam; ROODENBURG, Herman. **Uma história cultural do humor**. Rio de Janeiro: Record, 2000.

mundo gostava, havia vítimas, crueldades, além de espectadores e ouvintes”. O humor sempre teve esse viés de retratar “os ridículos sociais”, aqueles vistos como diferentes, excluídos.¹⁶

O humor também sempre foi uma forma menos ácida da humanidade lidar, mesmo que de modo efêmero, com as descrenças e com a triste realidade em que se encontra. É algo universal, mas com características específicas de acordo com o lugar e a época em que se encontra. O humor tem o dom de aproximar classes e pessoas e de ao mesmo tempo rir das enormes disparidades culturais, étnicas, econômicas, físicas, entre outras, que nos separam.¹⁷

A partir da modernidade, dentro de um contexto de processo civilizatório, com a progressão do Estado de Direito, as pessoas começaram a ter que se responsabilizar com ofensas públicas a outrem. Existia agora normas de condutas que delimitavam o espaço público, que, ao mesmo tempo, protegiam e afastavam os indivíduos dos costumes anteriores: “Quando não existia propriamente um espaço público - na história ocidental, grosso modo, antes da Revolução Francesa -, o humor incidia muito mais sobre a crítica dos costumes e dos comportamentos”.¹⁸

No desenrolar desse processo, o humor aos poucos passou a ter um foco político, já que o território do poder agora é o que mais se expõe no espaço público, e incide uma origem óbvia para o descontentamento popular¹⁹. O humor se tornou mais engajado politicamente, fruto da racionalidade e objetividade desses novos tempos, mas que também ao deparar com estados ditatoriais, buscou combatê-los com a ironia (a exemplo do cartunista Angeli²⁰ no Brasil), em detrimento de valores culturais conservadores e opressores.

Na atualidade, imerso em um ambiente democrático e de capitalismo consolidado, e até mesmo desgastado, o humor traz em si aspectos da sociedade de consumo, um humor que foge da arte de provocar para revolucionar, de transgredir para progredir, e caminha para um humor mercadológico, em que a piada adere ao valor comercial, sem inteligência, desastroso. É um humor vazio:

A sociedade pós-moderna[...] conseguiu neutralizar na apatia o que é o seu alicerce: a mudança. Os grandes eixos modernos[...] foram modificados à força de personalização hedonista; o otimismo tecnológico e científico caiu, as inumeráveis descobertas foram acompanhadas pelo superarmamento dos blocos, pela

¹⁶ BREMMER, Jam; ROODENBURG, Herman. **Uma história cultural do humor**. Rio de Janeiro: Record, 2000.

¹⁷ ARTONI, Camila. **Rir é o melhor remédio**. Galileu, São Paulo, 187_ed, jan. 2007. Disponível em: <[www.http://revistagalileu.globo.com/Galileu/0,6993,ECT740671-3029-2,00.html](http://revistagalileu.globo.com/Galileu/0,6993,ECT740671-3029-2,00.html)>. Acesso em: 23 mar. 2015.

¹⁸ ARTONI, Camila. **Rir é o melhor remédio**. Galileu, São Paulo, 187_ed, jan. 2007. Disponível em: <[www.http://revistagalileu.globo.com/Galileu/0,6993,ECT740671-3029-2,00.html](http://revistagalileu.globo.com/Galileu/0,6993,ECT740671-3029-2,00.html)>. Acesso em: 23 mar. 2015.

¹⁹ ARTONI, Camila. **Rir é o melhor remédio**. Galileu, São Paulo, 187_ed, jan. 2007. Disponível em: <[www.http://revistagalileu.globo.com/Galileu/0,6993,ECT740671-3029-2,00.html](http://revistagalileu.globo.com/Galileu/0,6993,ECT740671-3029-2,00.html)>. Acesso em: 23 mar. 2015.

²⁰ Em referência ao chargista Arnaldo Angeli Filho, famoso por desenvolver personagens com um humor anárquico e urbano, contestador da política e dos costumes conservadores e elitistas.

degradação do ambiente e o dismantelamento crescente dos indivíduos; já nenhuma ideologia é capaz de inflar as multidões, a sociedade pós-moderna não tem mais ídolos ou tabus, já não tem uma imagem gloriosa de si mesma, um projeto histórico mobilizador, é o vazio que nos domina.²¹

Ainda algumas reflexões do filósofo Lipoveststy à respeito do tema humor pós-moderno:

Consequência última da era do consumismo, o processo humorístico investe contra a esfera do sentido social, os valores superiores se tornam paródicos, incapazes que são de impor qualquer investimento emocional profundo. Sob o impulso dos valores hedonistas e narcisistas, os pontos de referência eminentes esvaziam-se de sua substância, entra-se em uma era democrática pós-moderna que se identifica com a dessubstancialização humorística dos critérios sociais maiores.²²

Visualiza-se a crescente influência dessa realidade no quadro humorístico atual, no Brasil, por exemplo, os comediantes que as mídias nos apresentam, nos *talks shows*, os “figurões” do *stand up comedy*, revelam indivíduos, embutidos de interesses estritamente econômicos, sem nenhum compromisso ético, são preconceituosos, que superficializam o potencial humorista emancipatório. A era da prostituição do humor, vende facilmente toda uma simbologia moral (fala-se de uma moral que pretenda respeitar todo o ser-humano e suas dignidades, não uma conservadora) em troca de quem pagar mais, da melhor audiência, e não, propriamente, da melhor piada.

AMBIENTE SOCIAL: O HUMOR NA DEMOCRACIA INSERIDA EM TEMPOS HIPERMODERNOS

Pode-se entender a produção humorística como um espelho que leva as sociedades a “mirar-se”, diz o historiador Elias Thomé Saliba. “O humorista faz um retrato instantâneo e efêmero da história das sociedades”²³, e se é um retrato ele pode mostrar aquilo que são os valores dessa sociedade. Desse modo, é relevante que se entenda a caracterização do indivíduo contemporâneo, e como ditames sociais se manifestam no humor.

Utilizaremos a leitura filosófica feita por Gilles Lipovetsky. Ele caracterizou o indivíduo Hipermoderno²⁴ como que fruto de uma interpretação exacerbada dos valores da moder-

²¹ LIPOVETSKI, Gilles. **A era do vazio**: A indiferença pura, 1^a ed. São Paulo: Manoele, 2005. v.1.

²² LIPOVETSKI, Gilles. **A era do vazio**: A sociedade humorística, 1^a ed. São Paulo: Manoele, 2005. v.1.

²³ JUNGES, Márcia. As raízes do riso e a ética emocional brasileira. **Instituto Humanitas Unisinos**, Rio Grande do Sul, v. 367, 26 jun. 2011. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=3965&secao=367>. Acesso em: 20 de mar. 2015.

²⁴ O termo Hipermoderno é utilizado pelo filósofo Gilles Lipovetsky para designar certas características do indivíduo contemporâneo. Para ele não existe a pós-modernidade, e sim uma hipermodernidade, uma caracterização dos tempos atuais que se prosseguem onde os valores da modernidade (democracia, liberdade

nidade, que não visão do autor foram tratados de forma autoritária e coercitiva (igualdade formal, liberdade restrita, ética democrática impositiva), assim, este indivíduo agora se vê em um situação desacreditada em relação a eles. Não há mais uma ética moral que sustente esses valores e padrões. A era do consumismo adequou este indivíduo à qualificar materialmente tudo a sua volta, viver em busca do prazer e da satisfação pessoal, individualista, sem muito comprometimento com outro.²⁵

[...] valores hedonistas, respeito às diferenças, culto à liberação pessoal, à descontração, ao humor e à sinceridade, psicologismo, liberdade de expressão, o que quer dizer que um novo significado de autonomia se estabeleceu deixando para trás, muito longe, o ideal que se fixava na idade democrática autoritária.²⁶

Houve uma exacerbação desses valores, toda essa cultura aberta, que pretende passar um clima *cool* as relações sociais, ou seja, não se vê mais, por exemplo, uma liberdade ancorada nos ditames de instituições morais, sociais e políticas, mas uma liberdade individualista ao extremo. Lipovetsky nos situa agora na hipermodernidade, um tempo em que excesso e vazio enfrenta-se num combate que gera autonomia, novas liberdades e produz também, como não poderia deixar de ser, novas angústias e novas expectativas.²⁷

Porém essa indivíduo contemporâneo imerso nesse suposto ambiente de libertação, não se subordina mais às regras sociais coletivas. Mas essa libertação, essa liberdade de expressão, à sinceridade, esbarra em seus próprios valores, a exemplo do respeito as diferenças, pois como um indivíduo que pensa poder falar o que quiser de quem quiser, sobre o que quiser, pode se limitar a fim de não desrespeitar e violar a integridade e dignidade do outro.

No Brasil, os comediantes de *stand up comedy* estão cada vez mais fazendo sucesso por trazerem um humor contundente e adolescente, realçado pelas mídias sociais, e influenciado por essa noção que caminha pela contemporaneidade de indivíduos dispersos do comprometimento social e da moral. Um humor que faz tudo pela fama, pela audiência, pelo dinheiro. Quanto mais arrogante, mais politicamente incorreto, mais esse tipo de comediante se exalta e se afirma. Se torna algo hedonista, um humor para o eu, que não ri junto com o outro, mas ri do outro.

Sabe-se que a democracia, principalmente no Brasil, que é um tanto quanto recente, mostra suas falhas, mas seria impossível viver em um ambiente que pretende respeitar a voz e os direitos de todos, sem discriminação com um tipo de visão democrática irresponsável. Os

individual, livre mercado, etc.) foram exacerbados, levados ao extremo, causando um desgaste nos padrões sociais, morais e políticos que serviram de base na formação da modernidade.

²⁵ LIPOVETSKI, Gilles. **A era do vazio**. 1ª ed. São Paulo: Manoele, 2005. v.1.

²⁶ LIPOVETSKI, Gilles. **A era do vazio**: Prefácio. 1ª ed. São Paulo: Manoele, 2005. v.1.

²⁷ LIPOVETSKI, Gilles. **A era do vazio**: Prefácio. 1ª ed. São Paulo: Manoele, 2005. v.1.

tempos hipermodernos trazem suas características de libertação, mas também de problemas e de questionamentos sobre como sobreviver nas democracias com pensamentos tão individuais.

Mesmo sendo difícil ou quase impossível definir o humor no Brasil ou em qualquer outro local, por ser uma experiência tão diversa, multifacetada, bastante ampla, sendo muito difícil teorizar sobre esse assunto, o humor brasileiro em sua extensão se identifica muito em um sentido paródico. Não no sentido original de “canto paralelo”, mas no sentido de rir da nossa própria realidade: “A vida do brasileiro é tão cheia de incongruências que, para fazer humor, ele faz uma paródia da vida real”.²⁸

Esse humor típico brasileiro, então que ri da nossa própria realidade, já que ela por si só já é engraçada, leva naturalmente alguns à tendência de rir dos outros excluídos, das minorias. “O ataque as minorias é uma regra do humor” é o que diz André Dahmer, cartunista brasileiro, no documentário “O Riso dos outros”²⁹, usa-se dele então, para muitas vezes, reforçar visões preconceituosas e discriminatórias que estão inseridas culturalmente nas sociedade.

Quando um comediante faz uma piada relativizando a mulher como um mero objeto sexual, a diminuindo como indivíduo, e outras pessoas ao ouvir riem disso, é porque aquilo é visto como banal e engraçado por essa sociedade. Da mesma forma ocorre com uma piada que diminui o negro ou o homossexual, ao invés de trazer uma crítica as discriminações que sofrem até hoje na sociedade.

Por exemplo, rir das minorias é rir de uma realidade que para alguns é sofrida e frustrante a cada dia. No tocante as mulheres, por exemplo sabe-se que elas lutaram e lutam até hoje por uma igualdade de gênero, por uma fuga daquilo que a sociedade patriarcal traçou para elas. O grito do Movimento Feminista, crer-se que possa ser o de todos os indivíduos independente do gênero a qual pertençam, é o de que todos precisamos ser respeitados, tratados dignamente, independente de etnia, cor, religião, sexo, profissão, entre outros.

De acordo com o dicionário Aurélio³⁰ um dos significados de humor seria a “capacidade de perceber ou expressar o que é cômico ou divertido”. Tal conceito nos fazem refletir sobre o seguinte aspecto: então o fato de você ser negro, mulher, homossexual, transexual, deficiente físico, estar acima do peso ideal, ser de outra etnia, outra religião, enfim, te faz ser então um alvo possivelmente cômico para a maioria das pessoas.

²⁸ SCARRONE, Marcelo. Entrevista Elias Saliba. **Revista de história**, Rio de Janeiro, 1 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.revistadehistoria.com.br/secao/entrevista/entrevista-marcello-scarrone>>. Acesso em: 19 mar. 2015.

²⁹ Documentário: **O RISO DOS OUTROS**. Direção: Pedro Arantes. Produtora Massa Real, 2012. 1 documentário (52 min).

³⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio Século XXI: O minidicionário da língua portuguesa**. 4 _ed. rev. ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

Essas características elencadas acima podem até ser engraçadas, desde que não seja você o possuidor das mesmas. Dessa forma, muitos comediantes de *stand up comedy* lidam nos seus shows e apresentações. Em certo modo eles devolvem a plateia aquilo que está presente em seus valores, em suas visões de mundo. Para haver graça, precisa haver um entendimento recíproco. Então se há graça na discriminação é porque ela existe e é aceita facilmente no convívio social.

Mas o problema está exatamente nesse aspecto, o humor sempre irá causar repúdio a alguém ou a algum conceito pré estabelecido. Não há consenso no humor. Porém vivemos em uma sociedade como foi dito anteriormente, regulada por limites éticos e jurídicos. O direito de se expressar da maneira mais ampla possível se esgota quando esbarra-se no direito do outro de se guardar de uma possível ofensa as suas liberdades também.

A democracia se consolida num respeito mútuo e não numa libertinagem, e sim numa liberdade limitada por responsabilidades. Esse humor de ideologia libertária irresponsável pode servir para reforçar discursos opressores envoltos sociedade e na cultura, discursos que colaboram para tornar comum e banalizado preconceitos, racismos, discriminações, exclusões de grupos e seres humanos que como todos nós exigem respeito a sua pessoa e a sua dignidade.

Rousseau, escreve em “Cartas escritas da Montanha” um trecho interessante dizendo que a liberdade para ser de todos ela deve antes ser justa:

É inútil querer confundir a independência e a liberdade. Essas duas coisas são tão diferentes que até mesmo se excluem. Quando cada um faz o que bem quer, faz-se frequentemente o que desagrada aos outros e isso não se chama um Estado livre. A liberdade consiste menos em fazer sua vontade do que em não ser submetido à vontade de outro; ela consiste ainda em não submeter a vontade de outro à nossa. [...] Não conheço vontade verdadeiramente livre que não seja aquela à qual ninguém tem o direito de opor resistência; na liberdade comum, ninguém tem o direito de fazer aquilo que a liberdade de um outro o proíbe de fazer, e a verdadeira liberdade nunca é destrutiva em relação a si mesma. Assim, a liberdade sem a justiça é uma verdadeira contradição, pois, não importa o que se pense, tudo constringe na execução de uma vontade desordenada.³¹

Vê, então, que, para se alcançar a justiça que é tão pretendida por todos os povos envolvidos numa democracia, de serem tratados como iguais, de terem o direito de voz e de poderem ser ouvidos, de terem a sua dignidade, sua honra, seus direitos garantidos e respeitados, só é possível com uma colaboração mútua entre os indivíduos dessas sociedades. Um Estado livre³² não consiste em fazer a sua vontade de forma irreduzível, sem limites, pois dessa forma estaria tirando o seu alicerce que é a busca por uma justiça democrática.

³¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Cartas escritas da montanha**. São Paulo: Unesp, 2006.

³² ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Cartas escritas da montanha**. São Paulo: Unesp, 2006.

Como seres racionais, pensamos de maneiras diversas, não há uma vontade absoluta, pois como foi dito um Estado que pretenda respeitar e garantir as liberdades de todos, precisa exercer uma certa ponderação entre essas liberdades e os direitos fundamentais dos cidadãos. Sabemos que vivemos em um coletivo, debaixo de conceitos e opiniões diferentes, mas de debaixo das mesmas normas que devem ser respeitadas em prol de um todo.

HUMOR ILIMITADO X DIREITOS DA PERSONALIDADE

Para ilustrarmos o tema limites do humor, utilizaremos um caso ocorrido com Micheli Rafaela Maximino, casada, mãe de 2 filhos, moradora de uma cidade pequena na zona da mata de Pernambuco. Ela é considerada uma das maiores doadoras de leite materno do mundo, uma causa muito nobre, pois doava este alimento essencial a hospitais para completarem seus bancos de leite destinado à bebês que não podem por algum motivo infortuno terem acesso a eles, o que contribuía para salvar vidas e até mesmo no incentivo à outras mães amamentarem.³³

Já chegou a doar 351,8 litros para unidades de saúde. Ela e seu marido percorriam 80 Km para levar o leite até uma maternidade da região interiorana. Ela começou a fazer doações desde o nascimento prematuro de sua filha caçula, que a fez despertar para a importância do leite humano, já que sua produção de leite materno excedia o necessário para sua filha.³⁴

Este “ato de amor”, em referência a expressão utilizada por Michele a esta causa, chamou atenção da mídia, para a qual Michele cedeu suas imagens com seus filhos e aparentemente no ato de doação de seu leite a um site de notícias. No mesmo mês em outubro de 2013, o apresentador humorístico de *stand up comedy*, Danilo Gentili, em seu programa na rede bandeirantes, “agora é tarde”, utilizou as imagens de Michele, **sem a autorização da mesma**, como parte de seu show comediante, e fez piadas que afetaram profundamente a vida de Michele, chegando a traumatizá-la.³⁵

Ele comparou o seu ato de doação de leite, junto ao tamanho de seus seios ao ato de masturbação, chegando a compará-la com o ator pornô Kid Bengala: “Em termos de doação de leite, ela está quase alcançando o Kid Bengala”. Seu assistente de palco Marcelo Mansfield

³³ BALOGH, Giovanna. **Maior doadora de leite materno do Brasil processa Danilo Gentili após piada.** Folha de S. Paulo, São Paulo, 20 out. 2013. Disponível em: <<http://maternar.blogfolha.uol.com.br/2013/10/29/maior-doadora-de-leite-materno-processa-danilo-gentili-apos-piada>>. Acesso em :7 mar. 2015.>

³⁴ BALOGH, Giovanna. **Maior doadora de leite materno do Brasil processa Danilo Gentili após piada.** Folha de S. Paulo, São Paulo, 20 out. 2013. Disponível em: <<http://maternar.blogfolha.uol.com.br/2013/10/29/maior-doadora-de-leite-materno-processa-danilo-gentili-apos-piada>>. Acesso em :7 mar. 2015.

³⁵ BALOGH, Giovanna. **Maior doadora de leite materno do Brasil processa Danilo Gentili após piada. Folha de S. Paulo**, São Paulo, 20 out. 2013. Disponível em: <<http://maternar.blogfolha.uol.com.br/2013/10/29/maior-doadora-de-leite-materno-processa-danilo-gentili-apos-piada>>. Acesso em :7 mar. 2015.

também teceu piadas dizendo que “Isso não é uma espanhola, é uma América Latina inteira”, se referindo a uma determinada posição sexual. Além disso utilizou a sua imagem para fazer uma montagem de uma embalagem de leite, comparando Michele a uma “vaca leiteira” que poderia até mesmo vender seu leite. Ridicularizou um ser humano.³⁶

Michele se sentiu indignada, ela e seu marido receberam ataques e ofensas nas redes sociais, ligações e mensagens agressivas, se tornou motivo de risada e comentários por onde passava nas ruas, em grupos, enfim, virou alvo de comentários vexatórios em sua cidade, ainda mais por ser uma cidade pequena do interior, e em todo o país.³⁷

Entrou em depressão, sua estabilidade física e emocional foi tão afetada que sua produção de leite foi prejudicada, reduzindo pela metade a sua produção diária. Michele parou de doar leite materno e moveu um processo judicial por danos morais em face do apresentador pois se sentiu moralmente violentada, aguardando ser recompensada pela justiça brasileira recorrendo aos direitos da personalidade.³⁸

Essa discussão é muito pertinente em nossa atualidade pois, com o avanço cada vez maior das tecnologias de informação, da disseminação das redes sociais e de sites jornalísticos, as pessoas estão cada vez mais expostas, com o risco de terem suas vidas privadas expostas e difamadas, como ocorreu com Michele que, por ter divulgadas suas imagens em um site de notícia, expôs sua intimidade, e foi vítima pública de uma piada constrangedora que afetou a sua honra.

Dessa maneira, verifica-se certo limites a um direito tão vital a nós. A liberdade de expressão é extremamente válida e essencial a democracia, mas não deve ser usada para incitar ódio, violência, discriminação seja ela qual for, nem ser usada para validar a perpetuação de discursos opressivos que permeiam a nossa sociedade e que são pensamentos e atitudes de retrocesso democrático.

Referindo-se a este caso, não é respeitoso à dignidade humana, por exemplo, usar-se de uma imagem de uma mãe que doa leite materno à crianças que correm risco de morte, e fazer piada disso, difamando a imagem de alguém, simplesmente com a justificativa de se conseguir uma boa piada, arrancar o riso da plateia, alegando que existe a liberdade de expressão, que ele tem liberdade de fazer isso, e o contrário seria censura.

³⁶ BALOGH, Giovanna. Maior doadora de leite materno do Brasil processa Danilo Gentili após piada. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 20 out. 2013. Disponível em: <<http://maternar.blogfolha.uol.com.br/2013/10/29/maior-doadora-de-leite-materno-processa-danilo-gentili-apos-piada>>. Acesso em :7 mar. 2015.

³⁷ BALOGH, Giovanna. Maior doadora de leite materno do Brasil processa Danilo Gentili após piada. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 20 out. 2013. Disponível em: <<http://maternar.blogfolha.uol.com.br/2013/10/29/maior-doadora-de-leite-materno-processa-danilo-gentili-apos-piada>>. Acesso em :7 mar. 2015.

³⁸ BALOGH, Giovanna. Maior doadora de leite materno do Brasil processa Danilo Gentili após piada. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 20 out. 2013. Disponível em: <<http://maternar.blogfolha.uol.com.br/2013/10/29/maior-doadora-de-leite-materno-processa-danilo-gentili-apos-piada>>. Acesso em :7 mar. 2015.

Micheli teve seu direito a honra violado pois foi exposta ao ridículo em rede nacional, que afetou grandemente a sua moral perante o seu ambiente de convívio, sua cidade, denegrindo a sua reputação, chegando a afetar também a si própria, que parou de doar leite materno. Uma total afronta a dignidade da pessoa humana. Além disso também teve seu direito de imagem desrespeitado, pois a utilizaram sem sua autorização e a usaram como objeto alvo de um humor vazio e depreciativo, sem respeito algum com a vítima.

Nota-se que estar em sociedade nos impõem certos limites de conjuntura ética e jurídica. A partir do momento em que um indivíduo afeta a integridade moral de outro publicamente, sem permissão para tal, ele está violando princípios constitucionais, que de certa forma impõem limites a sua liberdade de se expressar.

Tais limites podem até mesmo chegar ao humor, o que, para alguns, pode parecer transgressão, banalidades, para outros talvez possa parecer uma brincadeira de mal gosto, é o preço da democracia, é a condição para se viver num Estado livre, você tem direito a falar o que pensa mas também tem deveres a cumprir caso essa fala fira o direito de outrem.

Toda essa afronta não simboliza só algo que aconteceu com Micheli, mas simboliza toda uma falta de respeito com mães, mulheres, pessoas que são e podem ser alvos de piadas por simplesmente serem o que são. Por simplesmente fazerem parte de uma minoria, por simplesmente serem o outro que pode ser o alvo da próxima piada, do sucesso e riso alheio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O humor é uma expressão da criatividade humana que percorre costumes, povos e épocas diferente na história da humanidade. Dentre as suas diversas manifestações sempre buscou mostrar o seu lado de descontração, do riso, da alegria, do divertimento, mas também desde os primórdios das civilizações foi usado como uma arma para contestar, para criticar, para surpreender, envolver e desenvolver novos olhares, para desconstruir e construir novos ideais.

Mas perante uma sociedade que tem suas condutas controladas por normas positivadas, o humor e a liberdade de expressão também podem encontrar seus limites. E os direitos da personalidade são necessário para possibilitar uma garantia de respeito à dignidade humana em face de possíveis afrontas ao mesmo, em face à uma concepção de liberdade exacerbada e descomprometida com o outro.

Na atual conjuntura democrática em que vivemos não há a possibilidade de haver liberdades sem responsabilidades, pois desse modo não haveria forma de se promover uma justiça que caminhe para atender as diferentes forma de pensar, porém sem desrespeitar o

próximo e sem excluí-lo, mas integrando todos em prol de uma democracia comum que se adapte as gerações contemporâneas.

Este trabalho não pretendeu de forma alguma generalizar o humor, ou mesmo reduzir todos os artistas de *stand up comedy* a condição de meros comerciantes, destituindo-os de qualquer tipo de produção artística. Mas procurou tecer críticas, observações filosóficas à respeito comediantes que se auto intitularizam como “prostitutas do humor”³⁹, que provocam um riso, fruto do que há de mais discriminatório e escatológico na sociedade, apenas por fama e dinheiro que a indústria cultural de massa possa oferecer.

Todo esse processo facilitou a produção humorística, até mesmo porque rir do que já está pronto na sociedade, como os preconceitos e imaginários sociais opressores, é muito mais fácil do que fazer rir tecendo uma crítica sobre o mesmo, ou sobre qualquer outra coisa que não vitimize ou inferiorize outra pessoa.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Siebeneichler Fábio de. A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual. **Revista Derecho del Estado**, Bogotá, n.30, p.93-124, ene. /jun.2013. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/rdes/n30/n30a05.pdf>>. Acesso em: 13 mar.2015.

ARTONI, Camila. Rir é o melhor remédio. **Galileu**, São Paulo, 187_ed, jan. 2007. Disponível em: <[www. http://revistagalileu.globo.com/Galileu/0,6993,ECT740671-3029-2,00.html](http://revistagalileu.globo.com/Galileu/0,6993,ECT740671-3029-2,00.html)>. Acesso em: 23 mar. 2015.

BALOGH, Giovanna. Maior doadora de leite materno do brasil processa Danilo Gentili após piada. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 20 out. 2013. Disponível em: <http://maternar.blogfolha.uol.com.br/2013/10/29/maior-doadora-de-leite-materno-processa-danilo-gentili-apos-piada>. Acesso em :7 mar. 2015.

BITTAR, Carlos Alberto. **O direitos da personalidade**. 7_ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.v.1.

BREMMER, Jam; ROODENBURG, Herman. **Uma história cultural do humor**. Rio de Janeiro: Record,2000.

Documentário: **O RISO DOS OUTROS**. Direção: Pedro Arantes. Produtora Massa Real, 2012. 1 documentário (52 min).

³⁹ Em referência a fala do comediante Danilo Gentili no documentário: O RISO DOS OUTROS. Direção: Pedro Arantes. Produtora Massa Real, 2012. 1 documentário (52 min).

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LIN-DB**, 12. _ed. Salvador: Juspodivm, 2014. v.1.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio Século XXI: O minidicionário da língua portuguesa**. 4 _ed. rev. ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

FLORES, Helio Chaves. A história deixou de ser agelasta? **Revista de História Saeculum**, Paraíba, n. 8/9, p. 181-189, jan./dez. 2002/2003.

JUNGES, Márcia. As raízes do riso e a ética emocional brasileira. **Instituto Humanitas Unisinos**, Rio Grande do Sul, v. 367, 26 jun. 2011. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=3965&secao=367>. Acesso em: 20 de mar. 2015.

LEITE, Gisele. Limites do humor. **Recanto das letras**. Rio de Janeiro, 12 out. 2011. Disponível em: <http://www.recantodasletras.com.br/artigos/3271450>. Acesso em: 13 mar. 2015.

LIPOVETSKI, Gilles. **A era do vazio**. 1 _ed. São Paulo: Manoele, 2005. v.1.

MIGUEL, Luís Filipe. Discursos sexistas no humorismo e na publicidade. **A expressão pública, seus limites, e os limites dos limites**. 2011, 25 f. Artigo (em relação ao Grupo de pesquisa sobre Democracia e Desigualdades)- Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Cartas escritas da montanha**. São Paulo: Unesp, 2006.

SANTIAGO, Emerson. **Liberdade de expressão**. Disponível em:<<http://www.infoescola.com/direito/liberdade-de-expressao>>. Acesso em: 1 abr.2015.

SCARRONE, Marcelo. Entrevista Elias Saliba. **Revista de história**, Rio de Janeiro, 1 abr. 2012. Disponível em:<<http://www.revistadehistoria.com.br/secao/entrevista/entrevista-marcello-scarrone>>. Acesso em: 19 mar. 2015.

PIOVESAN, Flávia (Org.). Direito, Estado e Democracia. In: **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas**. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006. V.1.p. 111-112.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. 4 _ed. São Paulo: Renovar, 2008.

ENTRE CRER E SER LIVRE

BERNARDO GOIS FRAGUAS¹
CRISTINA GROBÉRIO PAZÓ²

RESUMO

O presente estudo se refere à questão da liberdade religiosa diante da pluralidade do contexto contemporâneo. Inserido nesse quadro, torna-se evidente a relação entre a prática de uma crença – ou de nenhuma – e o convívio entre as pessoas dentro de uma sociedade. Com isso, salienta-se a importância que o Direito assume a fim de garantir a realização íntima de cada pessoa, fator este que possui a escolha da prática de uma crença como um dos elementos indispensáveis para a sua composição. Assim, este estudo pretende tratar da questão dos direitos da personalidade e dos direitos fundamentais no que concerne à liberdade religiosa. Para tal, faz-se alusão a um caso conhecido como “o julgamento do macaco”, ocorrido nos Estados Unidos no ano de 1925, a fim de exemplificar como o cerceamento da liberdade religiosa pode prejudicar a realização íntima de uma pessoa. A realização deste estudo ocorre por meio de pesquisa bibliográfica, tomando como base o neoconstitucionalismo, a partir da leitura de autores dessa corrente, como Luís Roberto Barroso. O texto também traz, a fim de fundamentar o ideal exposto, a corrente filosófica do reconhecimento, defendida por Charles Taylor. Dessa forma, este estudo preconiza um ideal de convivência, tanto na relação entre indivíduo e Estado quanto na relação entre pessoas, de modo a garantir uma convivência baseada no reconhecimento e na garantia do pluralismo.

Palavras-chave: Liberdade religiosa. Pluralidade. Direitos da Personalidade.

INTRODUÇÃO

A religião sempre se constituiu em elemento presente em todas as sociedades nos mais diferentes espaços e tempos. O ato de crer, dessa forma, sempre esteve presente para o homem em todo o curso da história.

A partir desse quadro, verifica-se que o ser humano, inserido nas mais diversas sociedades ao longo do tempo, promoveu as mais diversas religiões e formas de crenças. Desenvolveu-se, assim, uma gama de religiões muito ampla e bastante diferentes entre si.

Deve-se salientar que muitos indivíduos consideram a religião e a prática da crença como elemento essencial para a realização interna. Com isso, nota-se a evidente relação entre a prática de uma crença e os direitos da personalidade.

1

2

Tal relação se afirma ainda mais quando se considera as diferentes formas de crença e, inclusive, a escolha de não proferir crença alguma. A necessidade, presentes nas sociedades atuais, de conciliar todos esses posicionamentos – muitas vezes até divergentes entre si – evoca a importância do Direito ao tratar dessa temática.

Com isso, também se salienta a importância que o Estado assume em meio a questão, podendo garantir a liberdade de crença, ou cerceá-la, ao assumir oficialmente um posicionamento e instituir mecanismos repressores das outras posições.

Diante desse quadro, o presente texto pretende analisar a questão primeiramente expondo o conceito e a importância da personalidade e a relação com a dignidade da pessoa humana. Posteriormente, será discutida a importância da liberdade religiosa a partir de um caso em que esse direito é descumprido. Por fim, será defendida uma visão de como o indivíduo deve se relacionar com o outro e consigo mesmo em relação ao ato de crer, incluindo, ao finalizar, a visão acerca de todo o conjunto social.

A PERSONALIDADE

O SER HUMANO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O ser humano, enquanto indivíduo que se comunica e se relaciona, possui, como necessidade decorrente da convivência humana, o gozo de direito e obrigações. A personalidade da pessoa se constitui, portanto, em pressuposto basilar para o exercício dos direitos e das obrigações e, por conseguinte, da própria convivência humana.

À luz do direito, a personalidade é definida, conforme afirma Bevilacqua, como “[...] a aptidão reconhecida pela ordem jurídica a alguém para exercer direitos e contrair obrigações”.³ Salienta-se, no entanto, que a ideia de personalidade jurídica se fundamenta na personalidade psíquica do próprio ser humano, relacionando-se, assim, com o próprio caráter existencial do indivíduo, embora as duas concepções não se confundam entre si.⁴

Nos tempos atuais, a personalidade, em seu sentido jurídico, doravante neste texto apenas personalidade, estende-se a todas as pessoas de forma igual, garantindo-lhes o mesmo tratamento no que concerne o exercício de seus direitos e deveres. Dessa forma, afirma Caio Mário da Silva Pereira:

³ BEVILACQUA, Clovis. **Teoria geral do direito civil**. Red Livros, 2003. p. 62.

⁴ BEVILACQUA, Clovis. **Teoria geral do direito civil**. Red Livros, 2003. p. 62.

Como o homem é o sujeito das relações jurídicas, e a personalidade a faculdade a ele reconhecida, diz que todo homem é dotado de personalidade. Mas não se diz que somente o homem, individualmente considerado, tem esta aptidão. O direito reconhece igualmente personalidade a entes morais, sejam os que se constituem de agrupamentos de indivíduos que se associam para a realização de uma finalidade econômica ou social (sociedades e associações), sejam os que se formam mediante a destinação de um patrimônio para um fim determinado (fundações), aos quais é atribuída com autonomia e independência relativamente às pessoas físicas de seus componentes ou dirigentes.⁵

A partir dessas palavras, pode-se constatar a amplitude atingida pela personalidade, chegando a se estender até às pessoas jurídicas, embora isso se aplique com certas ressalvas.⁶

Não obstante, será dado, neste texto, a fim de corresponder aos fins pretendidos, enfoque aos direitos da personalidade de natureza individual, destacando-se, dentre eles, os direitos das liberdades de convicção, de expressão e de culto; direito à privacidade; e direito à honra.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Diante do quadro exposto, evidencia-se a inexorável ligação entre os direitos da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana. Este

[...] constitui, assim, em primeiro lugar, um *valor*, que é conceito axiológico, ligado à ideia de bom, justo, virtuoso. Nessa condição, ela se situa ao lado de outros valores centrais para o Direito, como justiça, segurança e solidariedade. É nesse plano ético que a dignidade se torna, para muitos autores, a justificação moral dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.⁷

Com isso, constata-se o caráter fundamental dos direitos da personalidade, uma vez que “[...] o viés que permitirá a unificação da personalidade jurídica ao decorrer de uma ideia central é exatamente o princípio maior, constitucionalmente afirmado: a *dignidade da pessoa humana*”.⁸ Dessa forma, evidencia-se a tutela não apenas legal dos direitos da personalidade – feita pelo Código Civil Brasileiro –, mas também a tutela constitucional.

5 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. p. 213-214.

6 DONEDA, apud ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual. **Revista Derecho del Estado**, n.º 30, Bogotá: janeiro-junho de 2013, p. 109.

7 BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013. p. 294-295.

8 FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. Salvador: Editora Juspodivm, 2014. p. 157.

Ademais, pode-se ir além e afirmar que a Constituição é o fundamento dos direitos da personalidade, visto que “[...] a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma [hierarquicamente] superior”.⁹ No caso em questão, a Constituição garante, sob a forma de normas gerais, a base material dos direitos da personalidade, expressos como normas especiais no Código Civil de 2002.

Diante do exposto, evidencia-se a extrema importância dos direitos da personalidade, visto serem essenciais para o exercício da dignidade da pessoa humana e, em decorrência disso, para a própria vida humana. Apenas dessa forma se pode garantir uma sociedade com o mínimo de harmonia entre os indivíduos que a compõem.

Com isso, constata-se que os direitos da personalidade são garantidos no Ordenamento Jurídico brasileiro pelos princípios constitucionais e, na forma de leis especiais, pelo Código Civil, nos artigos 11 ao 21. Todavia, será feita uma seleção pelo direito da liberdade religiosa, com o objetivo de atingir a proposta deste texto.

A LIBERDADE RELIGIOSA

A liberdade religiosa posiciona-se, à luz da discussão realizada até aqui, como um direito essencial para a efetivação da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, ela se constitui em um direito da personalidade de caráter individual essencial para o convívio em sociedade.

Nesse contexto, ressalva-se que “a liberdade religiosa alcança tanto o direito de ter uma crença, como o de não ter crença alguma, bem como o direito de emitir opinião crítica sobre qualquer religião”.¹⁰ Com isso, fixa-se a extensão de tal direito, fundamental para todos os indivíduos exercerem o bem da liberdade no que tange a esfera religiosa, que, independente de questionamentos e afirmações, sempre se encontrou em uma posição de grande importância diante da cultura e dos costumes das sociedades.

A QUESTÃO DA (NÃO) LIBERDADE

No dia 10 de julho de 1925, teve início, na cidade de Dayton, Tennesse, Estados Unidos da América, um dos mais emblemáticos casos envolvendo a liberdade de crença. O caso em questão ficou conhecido como o “juízo do macaco”. O réu, um professor chamado John Thomas Scopes, foi acusado de violar uma lei local por ensinar a Teoria da Evolução de

⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 217.

¹⁰ GARCIA, Emerson. A religião entre a pessoa humana e o Estado de Direito. In: **Revista De Jure**, n.º 15: jul-dez. 2010. p. 143.

Darwin aos seus alunos, uma vez que tal lei proibia o ensino de qualquer teoria que negasse a concepção criacionista do cristianismo.¹¹

Todo o caso foi propositalmente provocado a fim de gerar repercussão sobre a temática, além de também gerar lucro para alguns específicos homens de negócios. Assim, Scopes concordou em aceitar a acusação para que a *American Civil Liberties Union* (ACLU) pudesse confrontar a lei local.¹²

Durante o julgamento, a área externa da Corte se viu diante de um ambiente de carnaval. Vários vendedores aproveitaram a situação para vender bíblias, brinquedos em forma de macacos e alimentos. Houve, inclusive, apresentações de dois chimpanzés para o público local.¹³

Ademais, o caso atraiu centenas de repórteres e foi o primeiro julgamento a ser transmitido por rádio. Toda a fama que o julgamento ganhou também foi em decorrência de grandes nomes do ativismo político norte-americano terem protagonizado: Clarence Darrow, renomado advogado, assumiu a defesa, ao passo que Willian Jennings Bryan, ex-candidato à presidência, encarregou-se da acusação.¹⁴

Dentro da Corte, evidenciou-se a postura dos protagonistas do julgamento. A acusação se encarregou de se basear em um fundamentalismo do texto bíblico, enquanto a defesa pretendeu trazer argumentos científicos e testemunhas de especialistas em darwinismo.¹⁵ A estratégia da defesa, todavia, foi desconstruída em virtude da determinação, realizada pelo juiz, de considerar inadmissível o testemunho de cientistas, sob a alegação de que era Scopes que estava em julgamento, e não a lei.¹⁶

Diante dessa condição, a defesa mudou de estratégia e procurou basear-se nos inscritos bíblicos. Para tal, Darrow propôs que Bryan testemunhasse diante da Corte. Com isso, Darrow pretendeu, por meio de um jogo de perguntas feitas a Brian, demonstrar que a Bíblia era plausível de interpretações diferenciadas, e até mesmo divergentes. Desconstruir-se-ia, assim, o fundamentalismo defendido por Brian.¹⁷

¹¹ PIERCE, J. Kingston. **Scopes trial**. Disponível em: <<http://www.historynet.com/scopes-trial.htm>>. Acesso em: 19 mar. 2015.

¹² PIERCE, J. Kingston. **Scopes trial**. Disponível em: <<http://www.historynet.com/scopes-trial.htm>>. Acesso em: 19 mar. 2015.

¹³ HISTORY. **Monkey trial begins**. Disponível em: <<http://www.history.com/this-day-in-history/monkey-trial-begins>>. Acesso em: 19 mar. 2015.

¹⁴ PIERCE, J. Kingston. **Scopes trial**. Disponível em: <<http://www.historynet.com/scopes-trial.htm>>. Acesso em: 19 mar. 2015.

¹⁵ PIERCE, J. Kingston. **Scopes trial**. Disponível em: <<http://www.historynet.com/scopes-trial.htm>>. Acesso em: 19 mar. 2015.

¹⁶ HISTORY. **Monkey trial begins**. Disponível em: <<http://www.history.com/this-day-in-history/monkey-trial-begins>>. Acesso em: 19 mar. 2015.

¹⁷ PIERCE, J. Kingston. **Scopes trial**. Disponível em: <<http://www.historynet.com/scopes-trial.htm>>. Acesso em: 19 mar. 2015.

Não obstante todo desenvolvimento da defesa, o júri decidiu por considerar Scopes culpado; foi, com isso, condenado a pagar uma multa no valor de 100 dólares, a menor pena prevista. Brian e sua concepção fundamentalista, entretanto, saiu manchada em decorrência da estratégia da defesa, que evidenciaram contradições no discurso de Brian, colocando-o em uma situação considerada ridícula.¹⁸

A partir do caso em questão, nota-se a postura confessional assumida pelo Estado, que garantia privilégios aos indivíduos que professavam a crença afirmada pelo próprio Estado. Com isso, os direitos personalíssimos e, por conseguinte, a dignidade de um determinado grupo encontram-se cerceados. A liberdade de crença, expressão e pensamento deixam de ser aplicadas de forma igualitária, provocando uma exclusão social.

A RELIGIÃO E O OUTRO

Diante do exposto, a fim de se proporcionar uma convivência social em que toda pessoa possa expressar a sua religiosidade ou a ausência dela de forma harmônica, faz-se necessário a instituição de um Estado laico. Dessa forma, o poder estatal não se encarregaria de privilegiar um grupo, ao passo que outro seja prejudicado e excluído.

Salienta-se, diante disso, que Estado laico (ou secular) pode ser definido como um Estado

[...] que passa ao largo da realidade religiosa subjacente ao meio social e elimina, *a priori*, qualquer influência do poder espiritual no ambiente político; laicidade guarda similitude com neutralidade, indicando a impossibilidade de a estrutura estatal de poder possuir uma “fé oficial”, privilegiando-a em detrimento das demais [...].¹⁹

Diante desse contexto, conclui-se que “O reconhecimento da liberdade religiosa decerto que contribui para prevenir tensões sociais, na medida em que, por ela, o pluralismo se instala e se neutralizam rancores e desavenças decorrentes do veto oficial de crenças quaisquer”.²⁰

Uma convivência humana relativamente harmoniosa exige o reconhecimento e a garantia do pluralismo. Cada indivíduo deve ser livre para escolher a crença que deseja professar ou escolher professar nenhuma crença. Constitui-se, portanto, função do Estado garantir essa liberdade de escolha e o próprio pluralismo.

¹⁸ HISTORY. **Monkey trial begins**. Disponível em: <<http://www.history.com/this-day-in-history/monkey-trial-begins>>. Acesso em: 19 mar. 2015.

¹⁹ GARCIA, Emerson. A religião entre a pessoa humana e o Estado de Direito. In: **Revista De Jure**, n. 15: jul-dez. 2010. p. 135.

²⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 319.

No entanto, apenas a postura estatal laica, que possibilita a coexistência de diversas formas de manifestação religiosa, não se mostra suficiente. Cabe ao Estado o reconhecimento do pluralismo, mas esse reconhecimento também se mostra essencial no convívio entre as pessoas.

Nesse contexto, observa-se que a formação da identidade íntima de uma pessoa passa pelo aspecto da escolha de posição quanto às questões religiosas. Sendo a formação da identidade pessoal algo essencial para a realização interna de qualquer pessoa. Nesse sentido, o reconhecimento da escolha religiosa do outro torna-se fundamental, uma vez que

“nossa identidade é moldada em parte pelo reconhecimento ou por sua ausência, frequentemente pelo reconhecimento *errôneo* por parte dos outros, de modo que uma pessoa ou grupo de pessoas pode sofrer reais danos, uma real distorção, se as pessoas ou sociedades ao redor deles lhes devolverem um quadro de si mesmas redutor, desmerecedor ou desprezível.”²¹

Cabe salientar que a importância que o convívio com o outro, como promotor ou cerceador da liberdade religiosa, dá-se em decorrência do caráter dialógico da vida, já que a identidade é definida mediante o convívio com o outro. Assim, afirma Taylor: “minha descoberta de minha identidade não implica uma produção minha de minha própria identidade no isolamento; significa que eu a nego por meio do diálogo, parte aberto, parte interno, com o outro”.²²

Nesse quadro, o reconhecimento da escolha religiosa se mostra essencial por ser parte da formação da identidade das pessoas. Reserva-se, assim, capacidade para cada pessoa formar as próprias convicções, constituindo, com isso, a sua própria forma de ser.

A ausência de reconhecimento, ou um reconhecimento que considere inferior a postura religiosa do outro, pode configurar-se em uma das mais fortes formas de opressão, uma vez que se internaliza a concepção posta pelas pessoas que produzem um reconhecimento *errôneo*. Nas palavras de Taylor, “a autodepreciação vem a ser um dos mais fortes instrumentos de [...] opressão”²³.

Deve-se, reconhecer, portanto, que o exercício de uma crença tem seu limite na liberdade do outro de escolher, formando, dessa forma, a sua própria identidade. Assim, a prática de impor a outro uma determinada crença – como realizado pelo Estado de Tennessee no caso ilustrado – ou a ausência de uma crença, constitui-se em um atentado contra os direitos da personalidade do outro, e, em decorrência disso, um atentado também à dignidade.

²¹ TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2000. p. 241.

²² TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2000. p. 248.

²³ TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2000. p. 242.

Acerca disso, evidencia José Afonso da Silva:

Na liberdade de crença entra a *liberdade de escolha* da religião, a *liberdade de aderir* a qualquer seita religiosa, a *liberdade* (ou o *direito*) de *mudar de religião*, mas também compreende a *liberdade de não aderir a religião alguma*, assim como a *liberdade de descrença*, a *liberdade de ser ateu* e de exprimir o agnosticismo. Mas não compreende a liberdade de embaraçar o livre exercício de qualquer religião, de qualquer crença, pois aqui também a liberdade de alguém vai até onde não prejudique a liberdade dos outros.²⁴

Diante do discorrido, nota-se que o descumprimento da liberdade religiosa atinge a esfera do privado e da realização íntima de uma parcela da sociedade, constringendo esses indivíduos a reprimirem a sua própria vontade e o poder de escolha. Tais condições impedem, claramente, o exercício de uma vida digna, valor essencial ao homem e inclusive reconhecido pela Constituição Brasileira de 1988.

A RELIGIÃO E O EU

Diante do discorrido até este ponto, pode-se concluir que a crença (ou a sua ausência), a fim de que exista em harmonia com os direitos da personalidade, deve ser internalizada, isto é, deve ser mantida no plano do foro íntimo de cada pessoa. As escolhas no que concerne ao tema devem ser escolhas propriamente pessoais, sem imposições alheias.

Assim, a religião se torna um elemento do eu, ou seja, da esfera do privado. Logo todos poderão proferir a própria crença de forma harmônica e inserido em uma sociedade tolerante. A liberdade religiosa constitui-se, portanto, em um direito individual, e, por consequência disso, nessa esfera deve ser mantida.

Evidencia-se, todavia, que o dever de não exercer imposição da religião não significa um completo fechamento para o diálogo entre indivíduos sobre o tema. Todo diálogo pode existir desde que se respeite o direito individual de crença do outro – principalmente no que tange à escolha de uma crença ou de nenhuma.

Nesse contexto, as associações religiosas devem existir enquanto conjunto de indivíduos que compartilham a mesma ou semelhante crença. Com isso, conclui-se que associações cujos fins são o de impor e expandir de forma arbitrária o seu posicionamento promovem uma agressão aos direitos personalíssimos.

Não obstante, cumpre ressaltar a importância da liberdade de associação, uma vez que “[...]propicia autoconhecimento, desenvolvimento da personalidade, constituindo-se

²⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 251.

em meio orientado para a busca da autorrealização”.²⁵ Trata-se, portanto, de um direito essencial ao ser humano.

Nesse plano, ao se considerar a escolha e prática religiosa como elemento fundamental para a formação da identidade íntima, salienta-se a possibilidade da relação religiosa passar por novas interpretações conforme o foro íntimo da pessoa considerar possível.

Fazer novas interpretações ou seguir os dogmas já determinados se constitui em uma escolha do indivíduo, decorrente de sua própria autonomia. Tais novas interpretações, devem ser consideradas tão legítimas quanto às versões tradicionais da religião, estando elas de acordo com a dignidade da pessoa humana.

A RELIGIÃO E TODOS

A liberdade religiosa constitui-se, dessa forma, em direito fundamental para o exercício da personalidade da pessoa. Trata-se, assim, de princípio essencial ao Estado Democrático de Direito²⁶, cujas raízes se encontram na pluralidade e na tolerância. Isso decorre desse modelo de Estado ter

[...] um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como formentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, aprimorando-se do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade[...].²⁷

O Estado Democrático de Direito se mostra como essencial para a garantia da pluralidade religiosa. A partir dessa visão, mostra-se como se exige que as normas jurídicas sejam interpretadas de modo a promover o reconhecimento e, por conseguinte, garantir o pluralismo cultural, proporcionando o que grupos minoritários há muito reivindicam. Nesse sentido, Habermas afirma que

²⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 301.

²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. apud STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 99.

²⁷ STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 97-98.

Essa disputa acerca da interpretação e imposição de reivindicações historicamente irresolvidas é uma luta por direitos legítimos, nos quais estão implicados agentes coletivos que se defendem contra a desconsideração de sua dignidade. Nessa “luta por reconhecimento”, segundo demonstrou A. Honneth, articulam-se experiências coletivas de integridade ferida.²⁸

Dessa forma, evidencia-se a defesa da composição de uma sociedade harmônica, na qual cada indivíduo participa da formação ao reconhecer o caráter estritamente íntimo da religião, que deve inserir-se em uma realidade marcada pelo pluralismo cultural. Assim, afirma-se a ideia da tolerância, essencial para a convivência humana. A partir disso, concebe-se que

Se o outro deve chegar à verdade, deve fazê-lo por convicção íntima e não por imposição. Desse ponto de vista, a tolerância não é apenas um mal menor, não é apenas a adoção de um método de convivência preferível a outro, mas é a única resposta possível à imperiosa afirmação de que a liberdade interior é um bem demasiadamente elevado para que não seja reconhecido, ou melhor, exigido. A tolerância, aqui, não é desejada porque socialmente útil ou politicamente eficaz, mas sim por ser um dever ético.²⁹

Conforme as palavras de Bobbio, a verdade, isto é, o posicionamento assumido por um lado, deve existir na intimidade do indivíduo. Cada indivíduo deve, portanto, reconhecer essa ideia de forma igual para todos, garantindo-se, assim, uma convivência harmônica por meio da tolerância, que se vê guiada pela ética.

O reconhecimento da liberdade religiosa e a instituição de um Estado laico garante o direito de cada indivíduo de ser diferente e de definir os próprios princípios. Dessa forma, destaca-se que “as pessoas e os grupos sociais têm o direito de ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito de ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”.³⁰

Nesse sentido, a diferença se mostra como elemento de extrema importância em virtude de ser fundamental para a realização própria, no entanto, a diferença não deve servir de razão para práticas que depreciação alheia. A diferença, assim, é fundamental enquanto forma de garantir a originalidade da pessoa, e é condenável quando se mostra como elemento promotor de hierarquias sociais.

Demonstra-se, com isso, a importância da instituição de uma realidade em que seja possível a convivência das mais distintas formas de crer. Uma realidade em que se encontre as religiões cristã, judaica e muçulmana convivendo com religiões de matrizes africanas e ao

²⁸ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002. p. 238.

²⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 212.

³⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. Uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos. **Lua Nova**, n.39. São Paulo. P. 105-124. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451997000100007&Ing=en&nrm=iso>. Acesso em 31 mar. 2015.

lado de posturas desvinculadas da religião, como o ateísmo e o agnosticismo. O Estado, com isso, deve assumir uma postura integradora, reconhecendo todas essas diversas formas de crer.

Dessa forma, proporciona-se a cada indivíduo a liberdade de assumir o posicionamento que desejar, independente dos motivos da escolha de determinado posicionamento. Com isso, evitar-se-ia a dizimação dos direitos da personalidade e o atentado ao princípio da dignidade da pessoa humana, tal qual constatado no caso do “julgamento do macaco”, exposto anteriormente.

O reconhecimento necessário quanto à pluralidade religiosa mostra-se como uma necessidade de ser executado tanto pelo Estado como pela sociedade civil. Mas esse reconhecimento não pode se limitar a apenas à aceitação da existência da postura diferente, “a exigência adicional [...] é que todos reconheçamos o igual valor de diferentes culturas; que não apenas as deixemos sobreviver, mas reconheçamos seu valor”.³¹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme todo o recorrido, evidencia-se a importância da liberdade religiosa para a realização pessoal de cada indivíduo. Com isso, nota-se a importância da regulação dessa matéria pelos direitos personalíssimos. Verifica-se, assim, a grande ameaça à personalidade e, por conseguinte, à dignidade da pessoa humana, quando se constata o descumprimento desse direito.

Dessa forma, o Estado se encontra em um lugar de extrema importância para a efetivação da liberdade religiosa. Ele deve, primeiramente, assumir-se como laico, e, em seguida, reconhecer como legítima toda crença – desde que a própria crença também esteja de acordo com o respeito aos direitos fundamentais – e também a escolha de não proferir crença alguma.

Deve-se repudiar, assim, quando o Estado executa exatamente o oposto, ou seja, quando assume um posicionamento oficial e passa a reprimir todo posicionamento que não seja o oficialmente defendido pelo Estado. Tal postura do Estado, como visto no caso ilustrado anteriormente, ataca diretamente a dignidade de cada indivíduo, restringindo a liberdade e, com isso, a capacidade de realização própria de cada indivíduo no que concerne à esfera religiosa.

Ademais, o reconhecimento da liberdade religiosa não se restringe apenas ao Estado. Cada indivíduo deve se ver inserido em uma sociedade marcada pela pluralidade. Dessa forma, a crença – ou sua ausência – deve ser um elemento de foro íntimo de cada indivíduo, repudiando-se, assim, a imposição do próprio posicionamento a outros indivíduos que não compartilham da mesma visão.

³¹ TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2000. p. 268.

Dessa forma, funda-se uma sociedade baseada na tolerância. Maximaliza-se, com isso, a capacidade de cada indivíduo de realização própria na esfera religiosa, e, em consequência disso, garante-se os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana. Além de também se promover uma convivência mais harmônica entre todas as pessoas que compõem uma sociedade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual. **Revista Derecho del Estado**, Bogotá, n. 30, enero-junio, 2013. p. 93-124. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0122-98932013000100005&script=sci_arttext>. Acesso em: 19. mar. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013

BEVILAQUA, Clovis. **Teoria geral do direito civil**. Red Livros: 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINBD. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

GARCIA, Emerson. A religião entre a pessoa humana e o Estado de Direito. In: **Revista De Jure**, n.º 15: jul-dez. 2010.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

HISTORY. **Monkey trial begins**. Disponível em: <<http://www.history.com/this-day-in-history/monkey-trial-begins>>. Acesso em: 19 mar. 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

PIERCE, J. Kingston. **Scopes trial**. Disponível em: <<http://www.historynet.com/scopes-trial.htm>>. Acesso em: 19 mar. 2015.

SANTOS, Boaventura de Souza. Uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos. **Lua Nova**, n.39. São Paulo. P. 105-124. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451997000100007&Ing=en&nrm=iso>. Acesso em 31 mar. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2000.