

DIREITO E MULTICULTURALISMO EM DEBATE

Volume 3

JOÃO MARTINS BERTASO
JACSON ROBERTO CERVI
JANETE ROSA MARTINS
TACIANA MARCONATTO DAMO CERVI
MANUEL ALBERTO JESÚS MOREIRA
FLORENCIA VELY
(ORGANIZADORES)



EDITORAS
ILUSTRAÇÃO

JOÃO MARTINS BERTASO
JACSON ROBERTO CERVI
JANETE ROSA MARTINS
TACIANA MARCONATTO DAMO CERVI
MANUEL ALBERTO JESÚS MOREIRA
FLORENCIA VELY
(ORGANIZADORES)

DIREITO E MULTICULTURALISMO EM DEBATE

VOLUME 3

Editora Ilustração
Santo Ângelo – Brasil
2025



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0>

Imagen da capa: Freepik

Revisão: Os autores

CATALOGAÇÃO NA FONTE

D598 Direito e multiculturalismo em debate [recurso eletrônico] / organizadores: João Martins Bertaso ... [et al.] - Santo Ângelo : Ilustração, 2025.
v. 3

ISBN 978-65-6135-099-0
DOI 10.46550/978-65-6135-099-0

1. Direito. 2. Multiculturalismo. I. Bertaso, João Martins (org.)

CDU: 34

Responsável pela catalogação: Fernanda Ribeiro Paz - CRB 10/ 1720



E-mail: eilustracao@gmail.com

www.editorailustracao.com.br

Conselho Editorial



Dra. Adriana Maria Andreis	UFFS, Chapecó, SC, Brasil
Dra. Adriana Mattar Maamari	UFSCAR, São Carlos, SP, Brasil
Dra. Berenice Beatriz Rossner Wbatuba	URI, Santo Ângelo, RS, Brasil
Dr. Clemente Herrero Fabregat	UAM, Madri, Espanha
Dr. Daniel Vindas Sánchez	UNA, San Jose, Costa Rica
Dra. Denise Tatiane Girardon dos Santos	UNICRUZ, Cruz Alta, RS, Brasil
Dr. Domingos Benedetti Rodrigues	UNICRUZ, Cruz Alta, RS, Brasil
Dr. Edemar Rotta	UFFS, Cerro Largo, RS, Brasil
Dr. Edivaldo José Bortoleto	UNOCHAPECÓ, Chapecó, SC, Brasil
Dra. Elizabeth Fontoura Dorneles	UNICRUZ, Cruz Alta, RS, Brasil
Dr. Evaldo Becker	UFS, São Cristóvão, SE, Brasil
Dr. Glaucio Bezerra Brandão	UFRN, Natal, RN, Brasil
Dr. Gonzalo Salerno	UNCA, Catamarca, Argentina
Dr. Héctor V. Castanheda Midence	USAC, Guatemala
Dr. José Pedro Boufleuer	UNIJUÍ, Ijuí, RS, Brasil
Dra. Keiciane C. Drehmer-Marques	UFSC, Florianópolis, RS, Brasil
Dr. Luiz Augusto Passos	UFMT, Cuiabá, MT, Brasil
Dra. Maria Cristina Leandro Ferreira	UFRGS, Porto Alegre, RS, Brasil
Dra. Neusa Maria John Scheid	URI, Santo Ângelo, RS, Brasil
Dra. Odete Maria de Oliveira	UNOCHAPECÓ, Chapecó, SC, Brasil
Dra. Rosângela Angelin	URI, Santo Ângelo, RS, Brasil
Dr. Roque Ismael da Costa GÜLlich	UFFS, Cerro Largo, RS, Brasil
Dra. Salete Oro Boff	ATITUS, Passo Fundo, RS, Brasil
Dr. Tiago Anderson Brutti	UNICRUZ, Cruz Alta, RS, Brasil
Dr. Vantoir Roberto Brancher	IFFAR, Santa Maria, RS, Brasil

Este livro foi avaliado e aprovado por pareceristas *ad hoc*.

SUMÁRIO

Capítulo 1 - “PÃO OU AÇO”: FOME E INSEGURANÇA ALIMENTAR EM MEIO À ABUNDÂNCIA E AO DESENVOLVIMENTO A PARTIR DA NARRATIVA INTERSECCIONAL DE CAROLINA MARIA DE JESUS	15
<i>Gabriela Felden Scheuermann</i>	
<i>Sandra Vidal Nogueira</i>	
Capítulo 2 - A EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS, IMPORTÂNCIA DO ENSINO E DA HERMENÊUTICA CONTRACOLONIAL NA PERSPECTIVA DE RAÇA E DE GÊNERO	35
<i>Isis Nicoly Manguera da Conceição</i>	
<i>Emebê Santos Lima</i>	
<i>Edirlei Leandro Boldt Lourenço</i>	
Capítulo 3 - A RAZOABILIDADE PRÁTICA NO DIREITO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DE JOHN FINNIS	53
<i>Adalberto Narciso Hommerding</i>	
<i>Giovana Panzenhagen</i>	
Capítulo 4 - A TEORIA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO E OS DIREITOS HUMANOS.....	69
<i>Letícia Rezner</i>	
<i>Osmar Veronese</i>	
Capítulo 5 - ACESSO À JUSTIÇA: DESAFIOS E TRANSFORMAÇÕES NA MEDIAÇÃO SOB A PERSPECTIVA WARATIANA.....	83
<i>Lisiane Falk</i>	
<i>Osmar Veronese</i>	

Capítulo 6 - ADOÇÃO HOMOPARENTAL: UMA ANÁLISE JURÍDICA E ANTROPOLOGICA SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS	101
---	-----

Tamires Eidelwein

Osmar Veronese

Gabriel Eidelwein Silveira

Capítulo 7 - A FRATERNIDADE COMO RELEITURA DO DIREITO: UMA ANÁLISE INTERSECCIONAL DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO, RAÇA E CLASSE	117
---	-----

Isis Nicoly Mangueira da Conceição

Emebê Santos Lima

Capítulo 8 - ALÉM DAS FRONTEIRAS: A INFLUÊNCIA DA TRANSNACIONALIDADE NAS DINÂMICAS MIGRATÓRIAS CONTEMPORÂNEAS	131
---	-----

Patrícia da Luz Chiarello

Jacson Roberto Cervi

Capítulo 9 - CONSENTIMENTO E RASTREAMENTO DE DADOS: COMO A LGPD LIMITA E REGULA O USO DE DADOS OBTIDOS POR MEIO DE COOKIES	145
--	-----

Letícia Mousquer Ritter

Mariane Thomas Xavier

Natália Sebastiani Machado

Capítulo 10 - AS ENERGIAS YIN E YANG NA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS	157
--	-----

Magda Helena Fernandes Medina Pereira

Leonel Severo Rocha

Capítulo 11 - BANCO DE DADOS GENÉTICOS PARA FINS DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA LEGISLATIVA	175
---	-----

Victória Karoline da Luz Silveira

Adalberto Narciso Hommerding

Capítulo 12 - BRASIL MAIS UMA VEZ NO BANCO DOS DENUNCIADOS À COMISSÃO INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS: CASO BOATE KISS	195
<i>Ana Carolina Willers Castanho</i>	
<i>Luana Maíra Moura de Almeida</i>	
Capítulo 13 - DAS POLÍTICAS PÚBLICAS À IGUALDADE DE GÊNERO NO CAMPO: UMA ANÁLISE SOBRE O ACESSO À APOSENTADORIA RURAL.....	209
<i>Bibiana Fernanda Bick de Oliveira</i>	
<i>Francieli Iung Izolani</i>	
Capítulo 14 - DIÁLOGOS INTERCULTURAIS ENTRE MATERNAGEM E CULTURA GLOBAL E DE POVOS INDÍGENAS BRASILEIROS	227
<i>Marigley Leite da Silva de Araujo</i>	
<i>Rosângela Angelin</i>	
Capítulo 15 - DIREITO, ANOMIA SOCIAL E INSEGURANÇA JURÍDICA: UMA LEITURA DO DIREITO BRASILEIRO A PARTIR DAS EXPECTATIVAS NORMATIVAS.....	243
<i>Luise Pazini de Albuquerque</i>	
<i>Adalberto Narciso Hommerding</i>	
Capítulo 16 - DIREITO À LITERATURA: CONTRIBUIÇÕES DE HARPER LEE EM O SOL É PARA TODOS	259
<i>Giovana Panzenhagen</i>	
<i>Taciana Damo Cervi</i>	
Capítulo 17 - EDUCAÇÃO MERCADOLÓGICA: O LEILÃO DO SABER E OS DIREITOS CONDICIONADOS	273
<i>Fabrício da Silva Aquino</i>	
<i>Leonardo Severo Soares</i>	
<i>Maria Cristina Gomes da Silva D'Ornellas</i>	

Capítulo 18 - GARANTIA DE ACESSO À EDUCAÇÃO INFANTIL PARA FILHOS DE MÃES TRABALHADORAS: JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	285
---	-----

Affonso Henrique Soares Pazdziora

José Alcebíades de Oliveira Junior

Capítulo 19 - INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA SEGURIDAD SOCIAL: AVANCES, DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES	297
--	-----

Felicitas M. Biré Barberán

Florencia C. Vely

Capítulo 20 - JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O TEMA 1.234 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: NOVOS PARÂMETROS JUDICIAIS.....	315
---	-----

Renan Ricardo Jung

Capítulo 21 - LA REVINCULACIÓN FAMILIAR COMO HERRAMIENTA DE INTEGRACIÓN SOCIAL EN EL MARCO DEL SISTEMA PENITENCIARIO ARGENTINO TESISAS: PATRICIA ALEJANDRA RAMIRES LICENCIADA EN TRABAJO SOCIAL.....	327
---	-----

Alejandro Foley

Florencia C. Vely

Capítulo 22 - MUDANÇAS NO PENSAMENTO DO PLANEJAMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: AS INTERFACES DA CULTURA POLÍTICA PARTICIPATIVA NO PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO SITUACIONAL SOB A PERSPECTIVA DA VALORIZAÇÃO HUMANA.....	349
--	-----

Jonathan Dalla Rosa Melo

Capítulo 23 - O MOVIMENTO NEGRO E A ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987: UMA ANÁLISE À LUZ DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA	363
--	-----

Stefany Caroline Santos Okoh

Jussara Maria Moreno Jacintho

Capítulo 24 - OS DESAFIOS DO HOMESCHOOLING NO BRASIL	377
<i>Amanda Bischoff^a</i>	
<i>Taciana Marconatto Damo Cervi</i>	
Capítulo 25 - OS NEURODIREITOS NO SISTEMA INTERNACIONAL E PROTEÇÃO DE NOVOS DIREITOS PARA A HUMANIDADE.....	393
<i>Rafaela Gonçalves Godois</i>	
<i>Miriane Maria Willers</i>	
Capítulo 26 - PARA ALÉM DA MATERNIDADE, IMPORTA A PARENTALIDADE: DEVERES ORIUNDOS DA PARENTALIDADE	409
<i>Geovana Maciel da Fonseca</i>	
<i>Noli Bernardo Hahn</i>	
Capítulo 27 - QUEBRA DE PARADIGMAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: UM OLHAR A PARTIR DA ATUAÇÃO DOS MOVIMENTOS FEMINISTAS	421
<i>Bruna Luisa Schwan</i>	
<i>Rosângela Angelin</i>	
Capítulo 28 - RAZOABILIDADE: O SEXTO NÍVEL TRANSVERSAL DE META-RACIONALIDADE LEGISLATIVA NA TEORIA DE MANUEL ATIENZA.....	435
<i>Victória Karoline da Luz Silveira</i>	
<i>Adalberto Narciso Hommerding</i>	
Capítulo 29 - RELATIVISMO CULTURAL Y ÉTICA	455
<i>Facundo Guadagno Balmaceda</i>	
<i>Santiago Alvarez</i>	
Capítulo 30 - SUCESSÃO DE BENS DIGITAIS NA REFORMA DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO	465
<i>Camila Cabral</i>	
<i>Janete Rosa Martins</i>	
<i>João Delciomar Gatelli</i>	

Capítulo 31 - VOCES SILENCIADAS: EL ABUSO SEXUAL
INFANTIL COMO VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS
FUNDAMENTALES EN MISIONES..... 483

Aldana Belén Correa

Maria Pilar Ojeda

Florencia Vely

Capítulo 1

“PÃO OU AÇO”: FOME E INSEGURANÇA ALIMENTAR EM MEIO À ABUNDÂNCIA E AO DESENVOLVIMENTO A PARTIR DA NARRATIVA INTERSECCIONAL DE CAROLINA MARIA DE JESUS

Gabriela Felden Scheuermann¹

Sandra Vidal Nogueira²

Introdução

*Vi ontem um bicho na imundície do pátio
catando comida entre os detritos.
Quando achava alguma coisa,
não examinava nem cheirava: engolia com voracidade.
O bicho não era um cão,
não era um gato, não era um rato.
O bicho, meu Deus, era um homem.*

Manuel Bandeira

A alimentação é considerada um direito básico fundamental, consagrada na Constituição Federal como um direito social (art. 6º) e na Declaração Universal dos Direitos Humanos como um direito humano (art. 25). Todas as pessoas possuem direito ao acesso a alimentos seguros e de qualidade (segurança alimentar), em quantidade suficiente para uma vida digna. Sendo um direito social e, portanto, um direito programático, é fundamental a ação do Estado por meio de políticas públicas para a garantia e efetivação do direito à alimentação e

1 Doutoranda em Direito pelo PPGD da URI/SAN. Mestranda em Políticas Públicas e Desenvolvimento pela UFFS/Cerro Largo. Mestra em Direitos Especiais pelo PPGD da URI/SAN. Professora do Curso de Direito da URI/Cerro Largo. E-mail: gabischeuermann.gf@gmail.com

2 Doutora em Educação pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Pós-Doutora pela URI Campus Santo Ângelo (RS). Professora do quadro permanente no PPGDPP – UFFS Cerro Largo (RS). E-mail: sandra.nogueira@uffs.edu.br

da segurança alimentar.

No entanto, a partir de dados coletados no 2º Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia de Covid-19 no Brasil - II Vigisan (Brasil, 2022) é possível observar que a fome e a insegurança alimentar aumentaram. Conforme o Inquérito (Brasil, 2022), no fim de 2020, 19,1 milhões de brasileiros conviviam com a fome. Em 2022, são 33,1 milhões de pessoas sem ter o que comer. Isso representa um salto de 9% para 15,5%. Em um recorte de gênero, as pessoas mais afetadas pela fome e pela insegurança alimentar são mulheres e, em um recorte de raça, pessoas negras e pardas também são as mais afetadas.

Mesmo com os dados que demonstram o aumento da fome e da insegurança alimentar no Brasil, o tema central desta pesquisa parece ser uma realidade distante, pouco debatida em textos acadêmicos ou em trabalhos científicos. Para Josué de Castro, parece que este assunto – a fome – é um tabu e, por isso, há quase que uma pobreza bibliográfica de conteúdo. No Brasil, a retratação da fome e da miséria ganha palco por meio da literatura, como o caso de *Os Sertões* de Euclides da Cunha, *Vidas Secas* de Graciliano Ramos e *Quarto de Despejo: o diário de uma favelada* de Carolina Maria de Jesus. Por isso, opta-se por trazer à pesquisa não só um olhar científico, mas um olhar literário e interseccional sobre a fome e a insegurança alimentar no Brasil.

Dentre as possibilidades literárias, a obra de Carolina Maria de Jesus foi a escolhida e especialmente por dois motivos: (1) os relatos trazidos por Carolina são de 1955 a 1960, ou seja, está dentro do período da história brasileira de maior crescimento em relação ao desenvolvimento industrial (período em que Juscelino Kubitschek estava no governo); (2) a realidade de Carolina ainda existe e representa a de muitas mulheres brasileiras, em que a situação de desigualdade é agravada pelo gênero e pela cor, sendo fundamental olhar para a fome e para a insegurança alimentar com lentes interseccionais.

Diante disso, esta pesquisa tem como objetivo geral analisar, de forma crítica e a partir da literatura interseccional, o paradoxo existente entre a fome e a insegurança alimentar no Brasil em meio à abundância e ao desenvolvimento (pão *ou* aço). Desse modo, o problema de pesquisa centra-se no seguinte questionamento: de que forma uma abordagem interseccional, que considere a sobreposição de opressões e fatores

sociais, como gênero, raça e classe, na formulação de políticas públicas voltadas ao combate da fome e da insegurança alimentar, pode auxiliar na remoção das privações de liberdade e alcançar o desenvolvimento? Em relação à metodologia, adota-se o modo de raciocínio dedutivo, partindo das ideias de Josué de Castro e Amartya Sen (premissa maior) para analisar a realidade da fome e da insegurança alimentar sob um olhar interseccional a partir da narrativa de Carolina Maria de Jesus (premissa menor). Além disso, a pesquisa classifica-se como bibliográfica e, majoritariamente, ela é qualitativa.

A fome e a insegurança alimentar como uma questão político-econômica: possibilidade de diálogo entre Josué de Castro e Amartya Sen

E assim no dia 13 de maio de 1958 eu lutava contra a
escravatura atual – a fome!
(Jesus, 2015, p. 28).

A fome e a insegurança alimentar são conceitos interrelacionados e bastante próximos. Mas não significam a mesma coisa. A fome é um fenômeno que sempre existiu no mundo e pode ter diversas causas: guerras, crises, falta de alimentos, desigualdade social, pobreza ou falta de acesso à terra. Existem casos de fome que foram marcantes na história do mundo, como o Holodomor em que a fome foi utilizada como arma de guerra durante o regime soviético de Joseph Stalin ou do “grande salto para frente” que aconteceu entre 1958 e 1962 na China, em que 45 milhões de chineses morreram de fome (Sen, 2010, p. 203). E existem casos mais recentes de agravamento da fome, como a pandemia de Covid-19, que aumentou ainda mais a fratura da desigualdade social brasileira e, ainda, existem casos de fome que são, muitas vezes, silenciados pelo próprio Estado, que são as fomes que habitam nas periferias das cidades.

De modo geral, a fome está relacionada a falta de alimentos. Não necessariamente à falta de alimentos no sentido de produção ou de disponibilidade, porque pode existir fome em meio à abundância, mas de falta de *acesso* a alimentos, que pode ser ocasionada, como mencionado, por falta de renda, por falta de política pública, por

desigualdade social, dentre outros motivos. Assim, a fome acontece quando a pessoa não ingere alimentos suficientes para nutrir o corpo (Valente, 2003), ocasionando um quadro grave de privação, atingindo o corpo e a própria saúde (Brasil, 2022).

A insegurança alimentar é um conceito mais amplo e não diz respeito somente a falta de alimentos no sentido quantitativo, mas engloba também o aspecto qualitativo, ou seja, alimentos de qualidade que podem ser acessados de forma permanente (todos os dias). A Lei nº 11.346 de setembro de 2006, que cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN), conceitua a segurança alimentar como o “[...] direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais [...]” (Brasil, 2006, art. 3º). Ou seja, a segurança alimentar está relacionada ao direito a uma alimentação adequada e suficiente, englobando tanto o aspecto quantitativo como qualitativo.

Assim, comprehende-se que a insegurança alimentar acontece quando as pessoas não possuem acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, ou seja, devido às barreiras (econômicas e sociais) de acesso à alimentação, a pessoa pode comer hoje, mas não sabe se terá comida amanhã, de modo que comer torna-se um ato irregular e não permanente. Além de que nem todos os alimentos que ela possui acesso são, de fato, nutritivos, pois como será demonstrado a partir da realidade de Carolina Maria de Jesus, o alimento, às vezes, vem do lixo.

De acordo com o Ministério da Saúde (Brasil, 2023), baseado na Escala Brasileira de Insegurança Alimentar (Ebia), existem três níveis de insegurança alimentar: leve, moderada e grave. A insegurança alimentar leve refere-se quando há o “comprometimento da qualidade da alimentação em detrimento da manutenção da quantidade percebida como adequada” (Brasil, 2023, n.p.). Isso pode acontecer quando a pessoa possui pouca condição econômica e acaba privilegiando a quantidade do que a qualidade dos alimentos. A insegurança alimentar moderada está relacionada a “modificações nos padrões usuais da alimentação entre os adultos concomitante à restrição na quantidade de alimentos entre os adultos” (Brasil, 2023, n.p.), ou seja, há uma redução quantitativa dos alimentos, afetando os padrões de alimentação em razão da falta/ausência de comida.

Por fim, a insegurança alimentar grave caracteriza-se pela “quebra do padrão usual da alimentação com comprometimento da qualidade e redução da quantidade de alimentos de todos os membros da família [...]” (Brasil, 2023, n.p.) e, por isso, está diretamente relacionada com a fome, pois existe uma ausência de alimentação que compromete tanto a qualidade como a quantidade de comida, recaindo na fome, ou seja, na ausência de alimento suficiente para o corpo. Desse modo, compreende-se que embora a fome e a insegurança alimentar não signifiquem a mesma coisa, estão diretamente relacionadas, pois a fome manifesta-se devido a um nível de insegurança alimentar (o nível três – grave).

Em 2022 foi divulgado os resultados do II Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 (II VIGISAN), os quais demonstraram o aumento da fome e da insegurança alimentar no Brasil. Mas o Inquérito alerta que o aumento não se deve somente a pandemia, mas ao desmonte de políticas públicas na área dos direitos sociais em virtude de governos neoliberais, como a extinção do Programa Alimentar de Aquisição de Alimentos (PAA) e do Programa Bolsa Família (PBF)³, substituídos pelo Alimenta Brasil e Auxílio Brasil, mas “reconhecidos por analistas como frágeis em suas concepções e objetivos, além de limitados em abrangência populacional” (Brasil, II VIGISAN, 2022, p. 22).

A quantidade de domicílios em situação de insegurança alimentar é, de acordo com o II Inquérito, preocupante. São 125,2 milhões de pessoas em insegurança alimentar e mais de 33 milhões em situação de fome (insegurança alimentar grave), conforme é possível observar na tabela abaixo (Tabela 01).

3 O Bolsa Família, criado em 2003 pelo Presidente Lula, foi revogado pela Medida Provisória 1.061/2021, que criou o Auxílio Brasil, de autoria do Presidente Jair Bolsonaro. No entanto, em 2023 o Presidente Lula sancionou a Lei n. 14.601, que recriou o Programa (Brasil, Câmara dos Deputados, 2023).

Tabela 01: Segurança Alimentar (SA) e níveis de Insegurança Alimentar (IA): Distribuição percentual de domicílios por condição de Segurança Alimentar e dos níveis de Insegurança Alimentar e número dos moradores por estas condições

Brasil e localização dos domicílios	Domicílios (%)				Moradores (por mil habitantes)			
	SA	IA Leve	IA Moderada	IA Grave	SA	IA Leve	IA Moderada	IA Grave
	2021/2022				2021/2022			
Brasil	41,3	28,0	15,2	15,5	88.160	59.667	32.387	33.103
Urbano	42,2	27,9	14,9	15,0	77.158	51.031	27.212	27.405
Rural	36,2	28,3	16,9	18,6	11.032	8.635	5.165	5.681

Fonte: II VIGISAN (2022, p. 37).

A privação do direito à alimentação, gerando situações de fome e de insegurança alimentar, não envolve apenas a falta de disponibilidade/existência de alimentos, mas está relacionado com fatores políticos e econômicos (Schappo, 2021), inclusive, como mencionado, com o desmonte de políticas públicas sociais em governos neoliberais. Por isso, acredita-se na possibilidade de diálogo entre as ideias de Josué de Castro e de Amartya Sen, pois ambos vão convergir na defesa de que a fome não é um problema natural, mas social e politicamente construído.

Josué de Castro, brasileiro, dedicou grande parte da sua trajetória profissional (como médico, pesquisador, político, ativista) ao problema da fome e da miséria no Brasil e no mundo. Como médico, em 1932 realizou um Inquérito sobre as condições de vida das classes operárias em Recife, depois começou a trajetória como professor em Geografia Humana e tornou-se um ativista com forte atuação em políticas públicas: participou do estabelecimento do salário-mínimo durante o governo de Getúlio Vargas, da fundação dos Arquivos Brasileiros de Nutrição, da Fundação da Sociedade Brasileira de Alimentação e em 1943 foi designado diretor do Serviço Técnico de Alimentação Nacional (STAN) (Josué..., 2024). Além disso, Castro foi, em 1952, eleito Presidente do Conselho Executivo da FAO, Organismo das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (Josué..., 2024). Sobre os livros publicados

que retratam a fome e a miséria, dois merecem destaque: *Geografia da Fome: o dilema brasileiro – pão ou aço* e *Geopolítica da Fome*.

Amartya Sen é um economista, professor e pesquisador indiano conhecido por seu trabalho e contribuição na área econômica voltada para o bem-estar social e para a capacidade de escolha (liberdade substantiva) das pessoas. Nas obras *Desenvolvimento como Liberdade*, *A ideia de Justiça* e *Uma casa no mundo: memórias* Sen aparece como um grande defensor de políticas públicas implementadas pelo Estado a fim de combater as desigualdades sociais e ampliar o desenvolvimento como um todo (Costa, 2018). Em 1998 ganhou o Prêmio Nobel de Economia e foi um dos idealizadores, juntamente com o paquistanês Mahbub UI Haq, do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), além de ser fundador do Instituto Mundial de Pesquisa em Economia e Desenvolvimento (Costa, 2018).

Ambos abordam a temática da fome: Josué de forma mais específica e Amartya Sen como forma de privação de liberdade que impede o desenvolvimento das pessoas. A temática da fome, como alertou Josué de Castro em *Geografia da Fome: o dilema brasileiro – pão ou aço* (1984) foi por muito tempo silenciada, como se não fosse um problema existe no Brasil. Como se a fome, a miséria, a pobreza e as imagens de crianças esqueléticas e desnutridas fossem somente uma realidade de países como a Somália, a Síria, o Iêmen. Segundo Castro (1984, p. 29), “é realmente estranho, chocante, o fato de que, num mundo como o nosso, caracterizado por tão excessiva capacidade de escrever-se e de publicar-se, haja até hoje tão pouca coisa escrita acerca do fenômeno da fome”, sendo um assunto delicado, perigoso e, de certo modo, um tabu, mesmo que estejamos “vivendo em um mundo assolado por fome e subnutrição disseminadas e por repetidas fomes coletivas” (Sen, 2010, p. 196).

Castro desmistifica as concepções que consideram a fome como um fenômeno natural e considera a criação da miséria através de diversos processos de exploração econômica, inclusive em razão do próprio capitalismo (Schappo, 2021). Para ele, “a fome é a expressão biológica de males sociológicos e está intimamente ligada com as distorções econômicas [...]” (Castro, s.d., p. 02).

Quais são os fatores ocultos desta verdadeira conspiração de silêncio em torno da fome? [...] Trata-se de um silêncio

premeditado pela própria alma da cultura: **foram os interesses e os preconceitos de ordem moral e de ordem política e econômica da nossa chamada civilização ocidental que tornaram a fome um tema proibido**, ou pelo menos pouco aconselhável de ser abordado publicamente (Castro, 1984, p. 30, grifou-se).

No mesmo sentido, Sen (2010, p. 198) afirma que a fome não está relacionada somente com a produção de alimentos, “mas também com o funcionamento de toda a economia [...] e com a ação das disposições políticas e sociais que podem influenciar o potencial das pessoas para adquirir alimentos [...]. Assim, as fomes podem acontecer sem que haja nenhum declínio na produção ou na disponibilidade de alimentos (Sen, 2010, p. 202), como nos casos de desemprego, pobreza e desmonte de políticas públicas.

Por isso, a fome pode ser considerada uma forma de privação de liberdade gerada por fatores políticos e econômicos, afetando diretamente o desenvolvimento. Sen (2010, p. 197) afirma que o crucial ao analisar a fome é a “liberdade substantiva dos indivíduos e das famílias para comprar alimento suficiente, e não apenas sobre a quantidade de alimentos disponíveis no país em questão”, de modo que uma pessoa pode passar fome e encontrar-se em um nível grave de insegurança alimentar mesmo com abundância de alimentos ao seu redor “se ela perder o seu potencial para comprar alimentos no mercado, devido a uma perda de renda, por exemplo” (Sen, 2010, p. 197).

A questão da fome existente em meio à abundância de alimentos é retratada em uma passagem de Castro (1984, p. 31, grifou-se) sobre a Índia em 1877:

Veja-se o caso da Índia, por exemplo. Segundo nos conta Réclus, nos últimos trinta anos do século passado morreram de inanição mais de vinte milhões de habitantes; **só no ano de 1877 pereceram de fome cerca de quatro milhões**. E, no entanto, de acordo com a sugestiva observação de Richard Temple — ‘enquanto tantos infelizes morriam de fome, o porto de Calcutá continuava a exportar para o estrangeiro quantidades consideráveis de cereais. Os famintos eram demasiado pobres para comprar o trigo que lhes salvaria a vida’. É lógico que **os grandes importadores**, negociantes de Londres, Rotterdam e outras grandes praças européias [sic], que tiravam grandes proveitos de suas importações da Índia, **faziam**

o possível para abafar na Europa os rumores longínquos desta fome longínqua, a qual, se tomada na devida consideração, poderia atrapalhar os seus lucrativos negócios.

Por isso, nem todos os indicadores de riqueza, como o PIB, ou de quantidade de alimentos que o país produz (e muitas vezes exporta), demonstram a realidade sobre a fome e a miséria, pois muito além do que uma questão de riqueza e de tecnologias, o desenvolvimento é visto, para Sen (2010, p. 11), como um “processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam”. O PIB é importante, mas deve ser considerado como um meio para expandir as liberdades. Como antes mencionado, a fome é uma privação de liberdade, diretamente relacionada com a pobreza, pois “rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome” (Sen, 2010, p. 12). Noutras palavras, enquanto algumas pessoas podem escolher se hoje querem comer frango ou gado, outras pessoas sequer sabem se vão ter comida naquele dia (insegurança alimentar).

Por fim, importante mencionar que a questão da fome e da insegurança alimentar existe mesmo em períodos em que o país está, aparentemente, alcancando grandes conquistas econômicas e tecnológicas de desenvolvimento, motivo pelo qual no título do livro de José de Castro aponta “*dilema brasileiro - pão ou aço*”. O livro foi publicado pela primeira vez em 1946, período que o Brasil passava pelo processo de redemocratização depois do governo autoritário de Getúlio Vargas (1930/1945). O dilema *pão ou aço* foi uma maneira encontrada por Castro para criticar o processo de industrialização acelerado que estavam em curso no país.

Para Lima (2021), o dilema entre o pão e o aço refere-se às políticas de industrialização por substituição de importações, colocadas em primeiro lugar no Governo de Getúlio Vargas, que impôs custos altíssimos às populações mais pobres. Assim, “tanto o protecionismo aumentava os custos de vida, quanto a concentração de investimento no projeto de industrialização relegavam a segundo plano o desenvolvimento da produção agrícola para abastecimento interno” (Lima, 2021, n.p.). E não só durante o governo de Vargas, mas também de Juscelino Kubitschek. Mesmo nos “anos dourados”, houve muita miséria, fome e pobreza no Brasil, o que será visto com a narrativa de Carolina Maria de Jesus no próximo tópico.

Assim, percebe-se que mesmo em meio à abundância de alimentos e mesmo em meio a avanços desenvolvimentistas, existe fome

e insegurança alimentar, deixando claro que o problema é também econômico e político.

Carolina Maria de Jesus e a necessidade de um olhar interseccional para o combate à fome e a insegurança alimentar no Brasil

Quando eu vejo meus filhos comendo arroz e feijão, o alimento que não está ao alcance do favelado, fico sorrindo à toa. Como se eu estivesse assistindo um espetáculo deslumbrante
(Jesus, 2015, p. 49)

Depois de compreender que a fome e a insegurança alimentar são também questões econômicas e políticas, pois trata-se de uma privação de liberdade que perpassa pela pobreza, pela miséria e pela ausência de um agir estatal efetivo, chega-se à análise da narrativa de Carolina Maria de Jesus no livro *Quarto de Despejo: diário de uma favelada*. A escolha está baseada em dois argumentos centrais. Primeiro: o momento em que o diário é escrito (de 1955 a 1960), que é justamente o período conhecido como os “*anos dourados*” do governo de Juscelino Kubitschek (1956-1961), trazendo a retórica do desenvolvimentismo no Brasil e dialogando também com Amartya Sen, para quem o desenvolvimento não se resume apenas em acumular riquezas.

Segundo: políticas públicas efetivas precisam considerar a interseccionalidade, pois dados recentes, como os disponíveis no II VIGISAN, têm demonstrado que são mulheres negras as maiores vítimas da fome e da insegurança alimentar. E Carolina, em sua narrativa, é capaz de representar várias Carolinas que ainda (r)existem no Brasil. Diante disso, em um primeiro momento considera-se relevante conceituar interseccionalidade para, depois, mergulhar em alguns recortes do cotidiano de Carolina Maria de Jesus.

A partir de estudos interseccionais, autoras como Kimberlé Crenshaw, Patrícia Hill Collins, Sirma Bilge, Bell Hooks e Lélia Gonzales afirmam que muitas teorias e pautas dos movimentos feministas nascem de mulheres brancas localizadas em um lócus social privilegiado, possibilitando neutralizar experiências de opressão que recaem de forma específica sobre o gênero (sexismo). Mulheres localizadas em um lugar que lhes permite um lugar de fala privilegiado acabam, muitas

vezes, desconsiderando vivências de opressão de mulheres-outras, ou, como chama Gonzáles (2020), das amefricanas. Rafia Zakaria (2021) denomina esta neutralidade branca de “feminismo branco”.

Com isso, na luta contra o patriarcado o termo “mulheres” tornou-se universal e, segundo Bell Hooks (2023), mulheres privilegiadas conseguiram tornar as suas preocupações as questões que deveriam ser o foco. Mulheres brancas se concentraram (e, de certa forma, ainda concentram) a luta na opressão que sofrem por serem mulheres, mas acabam ignorando as diferenças interseccionais que existem para além do gênero, como raça e classe. É inegável que o movimento feminista conquistou direitos em busca da igualdade de gênero. E, de modo algum, quer-se negar as conquistas e a importância do movimento. Graças à teoria e à prática do feminismo o mundo não é mais o mesmo (Gonzáles, 2020).

No entanto, não se pode negar que o feminismo esteve – e ainda está – preso a uma visão eurocêntrica e universalizante das mulheres, incapaz de reconhecer outras intersecções que atravessam realidades e perpetuam desigualdades. Não só os movimentos feministas desconsideraram o recorte racial de mulheres, como também muitos movimentos antirracistas desconsideraram o recorte de gênero. Noutras palavras, historicamente, as lutas pelo fim da desigualdade sempre estiveram atreladas ou ao gênero ou a raça ou a classe.

Nas décadas de 1960 e 1970, as ativistas negras estadunidenses enfrentaram o quebra-cabeças que fazia suas necessidades relativas ao trabalho, educação, emprego e acesso à saúde simplesmente fracassarem nos movimentos sociais antirracistas, no feminismo e nos sindicatos que defendiam os direitos da classe trabalhadora. Cada um desses movimentos sociais privilegiou uma categoria de análise e ação em detrimento de outras: por exemplo, raça no movimento em favor dos direitos civis; gênero no movimento feminista; classe no movimento sindical (Collins; Bilge, 2021, p. 17).

O conceito de interseccionalidade foi, inicialmente, desenvolvido por Kimberlé Crenshaw, que centralizou a análise nas mulheres negras e nas categorias de raça, gênero e classe como intersecções de opressão que podem atingir simultaneamente as mulheres, ou seja, mulheres negras podem ser vítimas de opressão sexista (lutas feministas) ao mesmo

tempo que também são vítimas de racismo (lutas antirracistas) e por muito tempo ambos os movimentos separaram tais opressões.

Para Crenshaw (1989, p. 149),

I am suggesting that Black women can experience discrimination in ways that are both similar to and different from those experienced by white women and Black men. Black women sometimes experience discrimination in ways similar to white women's experiences; sometimes they share very similar experiences with Black men. Yet often they experience double-discrimination—the combined effects of practices which discriminate on the basis of race, and on the basis of sex⁴.

A interseccionalidade é um sistema de opressão interligado que introduz maior complexidade em uma série de tópicos, como saúde, segurança alimentar, justiça reprodutiva e mudanças climáticas (Collins; Bilge, 2021) e, desse modo, maior complexidade nas políticas públicas. Considerando que o objetivo maior das políticas públicas é garantir o acesso de direitos básicos às populações e, com isso, promover o desenvolvimento justo e igualitário, é fundamental que no momento da elaboração o governo tenha em mente a interseccionalidade como ferramenta para combater às desigualdades, evitando cair no ciclo vicioso colonial-racista-patriarcal que mantém os privilégios sociais, abrindo portas para alguns e construindo barreiras para outros.

Para ilustrar a relação entre interseccionalidade, fome, insegurança alimentar e ausência de políticas públicas, opta-se pela obra *O Quarto de Despejo: diário de uma favelada de Carolina Maria de Jesus*, pois considera-se que o Brasil é formado por diversas Carolinas: mulheres, negras, mães solas, moradoras da periferia e pobres. O livro é um diário escrito por Carolina, catadora de lixo, moradora da Comunidade Canindé em São Paulo e mãe de três filhos, que retrata as dificuldades diárias de sobrevivência diante do descaso estatal e da ausência de políticas públicas efetivas.

O diário, como já mencionado, foi escrito durante o período dos “anos dourados” no Brasil por meio do Plano de Metas do Governo

4 Tradução livre: “Estou sugerindo que as mulheres negras podem sofrer discriminação de maneiras semelhantes e diferentes daquelas vivenciadas por mulheres brancas e homens negros. As mulheres negras às vezes sofrem discriminação de forma semelhante às experiências das mulheres brancas; às vezes, elas compartilham experiências muito semelhantes com os homens negros. No entanto muitas vezes sofrem dupla discriminação: efeitos combinados que discriminam com base na raça e no sexo”.

de Kubitschek, demonstrando a contradição do desenvolvimentismo que desconsidera o bem-estar social e dá ênfase somente para a industrialização e aumento da riqueza (PIB). Tanto que neste período é inegável o crescimento econômico. Faro e Silva (2002, p. 86) apontam que o “[...] sucesso do plano pode ser ilustrado pela taxa média de crescimento do PIB de 8,27% no período 1957-61 contra 6,06% no quinquênio 1952-1956, e 3,49% no período 1962-66 [...]”.

Isso, porém, não significa uma melhor redistribuição de renda ou redução da miséria. Para Carolina de Jesus – em seus apontamentos do dia 16 de maio de 1958 – a fome continua sendo uma companheira constante: “Eu amanheci nervosa. Porque eu queria ficar em casa, mas eu não tinha nada para comer [...]. Eu quando estou com fome quero matar o Janio, quero enforcar o Adhemar e queimar o Juscelino” (Jesus, 2015, p. 28). Em outra passagem, Carolina (Jesus, 2015, p. 29) desabafa:

O que o senhor Juscelino tem de aproveitável é a voz. Parece um sabiá e a sua voz é agradável aos ouvidos. E agora, o sabiá está residindo na gaiola de ouro que é o Catete. Cuidado sabiá, para não perder esta gaiola, porque os gatos quando estão com fome contempla as aves nas gaiolas. E os favelados são os gatos. Tem fome.

Carolina, em várias outras passagens ao longo do livro, relata a situação de miséria que vivia enquanto o Brasil carregava o lema do desenvolvimentismo de Kubistchek e trazia esperança para as pessoas em situação de pobreza. “Eu tinha fé no Kubistchek” (Jesus, 2015, p. 33). Em um relato feito em 20 de maio de 1958, Carolina deixa claro que a fome é algo que parece não existir no Brasil do “avanço industrial”. É o tabu que Castro disse existir em relação ao tema da fome. Carolina (Jesus, 2015, p. 34) diz: “para mim o mundo em vez de evoluir está retornando a primitividade. Quem não conhece a fome há de dizer: ‘quem escreve isto é louco’”.

A ausência de um governo ativo e intervencionista e, portanto, a ausência de políticas alimentares e nutricionais voltadas à população mais vulnerável, é bastante evidente nos relatos de Carolina. “O Brasil precisa ser dirigido por uma pessoa que já passou fome. A fome também é professora” (Jesus, 2015, p. 49). Além disso, ao denunciar a omissão do Estado no combate à fome, Carolina demonstra a inefetividade de setores da Assistência Social no cumprimento de suas tarefas: “Eu não

vejo eficiencia [sic] no Serviço Social em relação ao favelado. Amanhã não vou ter pão.” (Jesus, 2015 p. 41).

A fome é relatada em diversas passagens. Talvez uma das mais marcantes seja a do dia 27 de maio:

Percebi que no Frigorífico jogam creolina no lixo, para o favelado não catar a carne para comer. Não tomei café, ia andando meio tonta. **A tontura da fome é pior do que a do álcool. A tontura do álcool nos impele a cantar. Mas a da fome nos faz tremer.** Percebi que é horrível ter só ar dentro do estomago (Jesus, 2015, p. 38, grifou-se).

Mas não só a fome é representava nos relatos ao longo do livro. A insegurança alimentar que, como mencionado, envolve também a qualidade dos produtos, está presente em diversas passagens, especialmente nas que Carolina precisa buscar comida no lixo: “achei um cará **no lixo**, uma batata doce e uma batata solsa. [...] Não tinha gordura. Puis a carne no fogo com uns tomates que eu catei [...]. Puis o cará e a batata. E agua. Assim que ferveu eu puis o macarrão que **os meninos cataram no lixo** (Jesus, 2015, p. 41, grifou-se). Em outra passagem: “o José Carlos chegou com uma sacola de biscoitos que **catou no lixo**. Quando eu vejo eles comendo as coisas do lixo penso: **E se tiver veneno? É que as crianças não suporta a fome**” (Jesus, 2015, p. 40, grifou-se, sic).

A fome é tão acentuada que diversas vezes Carolina pensa no suicídio como a única saída, inclusive no suicídio coletivo: dela e de seus filhos, o que demonstra que a fome é algo que atinge também a mente e a psique das pessoas, que não suportam mais (sobre)viver na miséria.

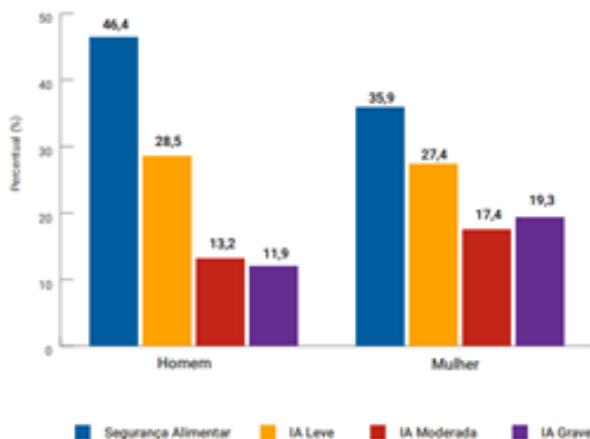
Hoje não temos nada para comer. **Queria convidar os filhos para suicidar nos. Desisti. Olhei meus filhos e fiquei com dó.** Eles estão cheios de vida. Quem vive, precisa comer. Fiquei nervosa, pensando: será que Deus esqueceu-me? Será que ele ficou de mal comigo? (Jesus, 2015, p. 174, grifou-se).

Infelizmente o que Carolina de Jesus relatou em 1960 ainda é uma realidade brasileira. Segundo dados extraídos do 2º Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia de Covid-19 no Brasil (II Vigisan), enquanto a segurança alimentar (SA) foi encontrada em 47,9% dos domicílios com responsáveis homens, naqueles onde as mulheres eram a referência apenas 37,0%

apresentaram a mesma classificação. Ou seja, mais de 6 em cada 10 (63,0%) domicílios com responsáveis do sexo feminino estavam em algum nível de insegurança alimentar (IA). Destes, 18,8% em situação de fome (Imagen 01).

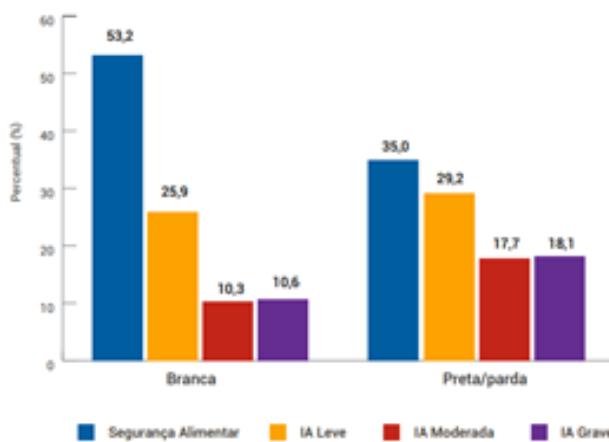
Além disso, 6 de cada 10 domicílios cujos responsáveis se identificavam como pretos ou pardos viviam em algum grau de IA, enquanto nos domicílios cujos responsáveis eram de raça/cor de pele branca autorreferida mais de 50,0% tinham SA garantida (Imagen 02).

Imagen 01: Distribuição da SA e de IA segundo sexo



Fonte: II Vigisan (2021/2022)

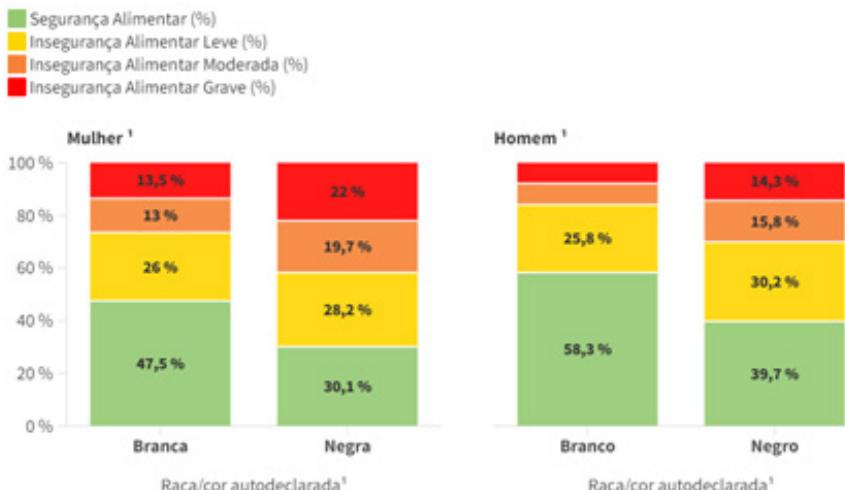
Imagen 02: Distribuição da SA e de IA segundo raça



Fonte: II Vigisan (2021/2022)

Os dados indicam que as desigualdades reforçam que o gênero e a raça ainda são fatores determinantes no acesso a uma alimentação adequada, conforme Imagem 03.

Imagen 03: Percentual de domicílios segundo condição de Segurança Alimentar (SA) e níveis de Insegurança Alimentar (IA), por sexo e raça/cor autodeclarada da pessoa de referência



Fonte: II VIGISAN (2021/2022)

Ou seja, mulheres negras são as mais afetadas em relação a insegurança alimentar, uma vez que são negras (critério racial) e são mulheres (critério de gênero). Portanto, não há como negar a importância da interseccionalidade na construção de políticas públicas que tenham como objetivo combater a fome e garantir a segurança alimentar.

Considerações finais

Embora o direito à alimentação seja considerado um direito básico fundamental, previsto tanto na Constituição Federal como na Declaração Universal dos Direitos Humanos, existem muitos brasileiros em situação de insegurança alimentar, quadro que se agravou especialmente depois da Pandemia de Covid-19. Isso significa que existem pessoas que não possuem acesso a alimentos de forma contínua e regular, na quantidade e na qualidade ideais para uma vida digna.

Como Carolina Maria de Jesus, muitos brasileiros não sabem quando vão poder se alimentar novamente nem o que terão para comer.

Assim, resgatando o problema de pesquisa apresentado “*de que forma uma abordagem interseccional, que considere a sobreposição de opressões e fatores sociais, como gênero, raça e classe, na formulação de políticas públicas voltadas ao combate da fome e da insegurança alimentar, pode auxiliar na remoção das privações de liberdade e alcançar o desenvolvimento?*” tem-se como resultado deste artigo que para garantir o direito fundamental à alimentação e a segurança alimentar é preciso que o Estado, no momento de agir e intervir por meio de políticas públicas, leve em consideração a interseccionalidade, ou seja, a sobreposição de opressões, como gênero, raça e classe, pois, conforme apontado nos dados, as mulheres negras são as que mais sofrem com a fome e a insegurança alimentar no Brasil.

Mesmo essenciais, não basta apenas existir políticas públicas que tenham como objetivo o combate à fome, até porque muitas delas são genéricas e universais, desconsiderando as interseccionalidades mencionadas. O assistencialismo estatal não substitui a necessidade de se pensar políticas efetivas e pensadas, desde o momento da formulação, de forma interseccional para abranger as Carolinas Brasil a fora. A fome não é um problema de falta de alimentos: é um problema de acesso aos alimentos e, por isso, um problema político e econômico.

Efetivar o direito à alimentação e, desse modo, garantir a segurança alimentar, exige medidas que não apenas amenizem a fome, mas busquem a superação de outros fatores geradores desta condição, como a desigualdade social, que cria privações de liberdade e, como consequência, impede o efetivo desenvolvimento do país. Assim, para deixar de existir fome em meio à abundância e ao desenvolvimento, é necessário políticas que vão além da oferta ou do acesso ao alimento em si (o que é importante, mas não fundamental para resolver o problema), demandando estratégias eficazes para a efetivação de outros direitos sociais (como a saúde, a moradia) que atendam todas as necessidades básicas de modo a garantir a liberdade substantiva a todos as pessoas.

Referências

AKOTIRENE, Carla. **Interseccionalidade**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Sancionada lei que recria o programa bolsa família**. Publicado em 21 de junho de 2023.

Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/973711-SANCIONADA-LEI-QUE-RECRIA-O-PROGRAMA-BOLSA-FAMILIA>

BRASIL. **II Inquérito Nacional sobre insegurança alimentar no contexto da pandemia de Covid-19 no Brasil**: II Vigisan. São Paulo: Fundação Friedrich Ebert, 2022. Disponível em: <https://olheparaafome.com.br/wp-content/uploads/2022/06/Relatorio-II-VIGISAN-2022.pdf>

BRASIL. **Lei n. 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, Brasília, 2006.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Glossário Saúde Brasil**: Insegurança Alimentar e Nutricional. Publicado em 18/01/2023. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-brasil/glossario/insegurança-alimentar-e-nutricional>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agenda 2030**. Brasília, DF, 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/hotsites/agenda-2030/>

BURLANDY, Luciene; BOCCA, Cláudia; MATTOS, Ruben Araujo de. Mediações entre conceitos, conhecimento e políticas de alimentação, nutrição e segurança alimentar e nutricional. **Revista Nutrição**, Campis, jan./fev., 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rn/a/ptdzxwzm5vVDb8nmtwSVPLh/?format=pdf&lang=pt>

CASTRO, Josué de. **Geografia da fome**: o dilema brasileiro – pão ou aço. Rio de Janeiro: Edições Antares, 1984.

CASTRO, Josué de. **A fome**. [S.l], s.d. [2024]. Disponível em: https://www.pjf.mg.gov.br/conselhos/comsea/publicacoes/artigos/arquivos/art_fome.pdf

COLLINS, Patricia Hill. Aprendendo com a outsider within: a

significação sociológica do pensamento feminista negro. **Sociedade e Estado**, v. 31, n. 1, p. 99-127, 2016.

COLLINS, Patrícia Hill; BILGE, Sirma. **Interseccionalidade**. São Paulo: Boitempo, 2021.

COSTA, Thaís Alves. O desenvolvimento humano a partir de Amartya Sen e Adam Smith. **Revista PERI**, v. 10, n. 01, Florianópolis, 2018. Disponível em: 2347-Texto do artigo-10051-1-10-20180904.pdf

CRENSHAW, Kimberlé. Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. **The University of Chicago Legal Forum**, article 8, Iss 1, 1989. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1052&context=uclf>

CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialista em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. **Estudos Feministas**, n. 10, jan./jun., 2002.

GONZALES, Lélia. **Por um feminismo afro-latino-americano**. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

HOOKS, Bell. **O feminismo é para todo mundo**: políticas arrebatadoras. 20.ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 2023.

JESUS, Carolina Maria de. **Quarto de despejo**: diário de uma favelada. São Paulo: Ática, 2015.

FARO, Clovis de; SILVA, Salomão Lipcovitch Quadros da década de 1950 e o programa de metas. In: GOMES, Angela de Castro Gomes (org.). **O Brasil de JK**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002.

JOSUÉ de Castro. **Centro Josué de Castro** [recurso on-line]. Recife, 2024. Disponível em: Josué de Castro - Centro de Estudos e Pesquisas Josué de Castro (josuedecastro.org.br). Acesso em 14 jun. 2024.

LIMA, Thiago. A terra é redonda. **Instituto Humanitas Unisinos**. Publicado em julho de 2021 [recurso on-line]. Disponível em: <https://www.ihu.unisinos.br/categorias/611050-josue-de-castro-o-combatente-da-fome>

LORDE, Audre. **Irmã outsider**: ensaios e conferências. Belo

Horizonte: Autêntica, 2021.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Rio de Janeiro: Companhia de Bolso, 2010.

SCHAPPO, Sirlândia. Fome e insegurança alimentar em tempos de pandemia da Covid-19. **Ser social**, v. 23, n. 48, Brasília, 2021. Disponível em: https://periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/view/32423/28783

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: Uma revisão da literatura.

Sociologias. Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul./dez. 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/soc/a/6YsWyBWZSdFgfSqDVQhc4jm/?format=pdf&lang=pt>

VALENTE, Flávio Luiz Schieck. Fome, desnutrição e cidadania: inclusão social e direitos humanos. **Saúde e Sociedade**, v. 12, n. 1, 2003. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sausoc/a/GXfv6d4vzZxvwTRrh8pFyzD/?format=pdf&lang=pt>

ZAKARIA, Rafia. **Contra o feminismo branco**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021.

Capítulo 2

A EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS, IMPORTÂNCIA DO ENSINO E DA HERMENÊUTICA CONTRACOLONIAL NA PERSPECTIVA DE RAÇA E DE GÊNERO

Isis Nicoly Mangueira da Conceição¹

Emebê Santos Lima²

Edirlei Leandro Boldt Lourenço³

Introdução

O estudo questiona como a hermenêutica proporciona um conhecimento efetivo e prático sobre os direitos fundamentais, uma vez que o conhecimento dos direitos constitucionais é determinante para o acesso e a concretização das garantias individuais, formando cidadãos conscientes dos direitos que desempenham um papel emancipador em seu desenvolvimento como indivíduos.

Este trabalho se justifica pela ausência de uma hermenêutica e de uma educação em direitos humanos antirracista, o que dificulta o acesso e a concretização de direitos fundamentais e sociais, impedindo a emancipação social. Ressalta-se a importância da hermenêutica, para além de seu aspecto jurídico, diante das constantes mudanças no mundo, em que novas questões legais surgem regularmente. A hermenêutica jurídica capacita os estudantes a adaptar as normas existentes para enfrentar esses novos desafios, garantindo a relevância contínua do direito na sociedade.

A metodologia baseou-se em pesquisa básica de natureza qualitativa, discutindo a realidade do desconhecimento dos direitos

1 Bacharela em Direito. Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes – UNIT, *campus* Farolândia.

2 Bacharel em Direito. Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes – UNIT, *campus* Farolândia.

3 Formado em Letras, Direito e Filosofia. Mestrando em Direito e Justiça Social FURG.

fundamentais na perspectiva da racialidade das pessoas. Utilizou-se a pesquisa bibliográfica, e como método de abordagem, adotou-se o método dedutivo.

O artigo está estruturado da seguinte forma: primeiramente, será analisada a educação em direitos humanos, isto é, o que ela é e qual sua proposta (2); em seguida, será discutido o direito humano ao pensamento decolonial, ou seja, além daquele pensamento hegemônico e eurocêntrico, isto é, permitindo que os grupos marginalizados possam se manifestar e demonstrar que também têm cultura e costumes (3); depois, a complexidade dos direitos humanos e a prática antirracista (4); e, por fim, a descolonização da hermenêutica jurídica (5).

Educação em direitos humanos

A educação em direitos humanos é essencial nos dias de hoje. Com as diversas formas de violência e agressões aos direitos fundamentais dos seres humanos, aqueles que atingem diretamente a dignidade humana, percebe-se que educar em direitos humanos é uma forma viável e necessária para proteger, promover e estimular os direitos humanos na vida cotidiana de todos.

Essa educação se dá por meio das diretrizes e princípios dos direitos humanos. Trata-se de um projeto com viés pedagógico em prol da elucidação crítica, reflexiva e madura acerca da proteção dos direitos inerentes aos seres humanos.

Existem diversos documentos de orientação que visam estimular e orientar a prática em direitos humanos na sociedade. O Brasil é um país que segue essas orientações e vai além, criando documentos específicos. Ou seja, há o Plano Mundial de Educação em Direitos Humanos, o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos e as Diretrizes Nacionais de Educação em Direitos Humanos. Isso demonstra o engajamento do país em fazer dar certo, mas ainda há a necessidade de conseguir implantá-los na cultura e nos costumes dos brasileiros.

A educação em direitos humanos pode ser definida como um conjunto de atividades de educação, de capacitação e de difusão de informação, orientadas para criar uma cultura universal de direitos humanos. Uma educação integral em direitos humanos não somente proporciona conhecimentos sobre os direitos

humanos e os mecanismos para protegê-los, mas que, além disso, transmite as aptidões necessárias para promover, defender e aplicar os direitos humanos na vida cotidiana. A educação em direitos humanos promove as atitudes e o comportamento necessários para que os direitos humanos de todos os membros da sociedade sejam respeitados (PMEDH, 2006, p. 01).

Percebe-se que se trata de um conjunto de atividades pedagógicas, práticas e informações que elucidam os cidadãos de tal forma que criam uma cultura sem barreiras internacionais em prol dos direitos humanos. A cultura não se forma do dia para a noite, mas ao longo do tempo, e é por isso que a educação sobre esses direitos é importante. Ela auxiliará os indivíduos, desde crianças, a refletirem e praticarem os direitos humanos. O documento, com seus princípios e diretrizes, serve como parâmetro para a implementação de uma cultura humanística que defenda a dignidade dos seres humanos.

Aponta-se que essa educação deve ser integral, tornando-se necessário que os direitos humanos sejam trabalhados de forma gradual, desde a educação fundamental até o ensino superior. Estudar direitos humanos e ter conhecimento sobre eles não é suficiente, embora seja essencial. É necessário transmitir as práticas de modo que os cidadãos as apliquem no seu cotidiano. Ou seja, é fundamental que eles leiam, reflitam, pratiquem, promovam e protejam os direitos humanos.

A intenção desses direitos é serem práticos e trazerem vantagens para a convivência social, permitindo que as pessoas se entendam de forma amigável e não como inimigas devido a preconceitos. A educação em direitos humanos tem como objetivo auxiliar os cidadãos a serem mais respeitosos uns com os outros.

As atividades de educação em direitos humanos devem transmitir os princípios fundamentais dos direitos humanos, como a igualdade e a não discriminação e, ao mesmo tempo, consolidar a sua interdependência, indivisibilidade e universalidade. Do mesmo modo, essas atividades devem ser de natureza prática e devem estar encaminhadas ao estabelecimento de uma relação entre os direitos humanos e a experiência dos educandos na vida real, permitindo que eles se inspirem nos princípios de direitos humanos existentes no seu próprio contexto cultural. Mediante essas atividades, os educandos são dotados dos meios necessários para determinar e atender as suas necessidades no âmbito dos direitos humanos e buscar soluções compatíveis com

as normas desses direitos. Tanto o que é ensinado como o modo como é ensinado devem refletir os valores dos direitos humanos, estimular a participação a esse respeito e fomentar ambientes de aprendizagem nos quais não existam temores nem carências (PMEDH, 2006, p. 01).

Os direitos humanos têm como princípios essenciais a igualdade, a não discriminação, a interdependência, a indivisibilidade e a universalidade. A igualdade refere-se ao tratamento igual entre todos os cidadãos. A discriminação de gênero, sexualidade, orientação sexual, cor, etnia, entre outras, é contrária à defesa dos direitos humanos, fazendo da não discriminação um princípio fundamental desses direitos. Todos os direitos são indivisíveis, ou seja, não existe um direito em detrimento de outro; eles devem se complementar (direitos civis, políticos, sociais, econômicos, etc.). Indivisíveis no sentido de complementariedade e universais, pois são para todos em prol de todos, sem que nenhum grupo minoritário seja mais ou menos que outro.

Observa-se que eles têm caráter práticos, pois não adianta somente ler a Declaração de 1948, mas de analisar o contexto cultural e social a volta e pensar em como aplicá-los de forma eficaz para auxiliar no desenvolvimento e harmonia social. Que a sociedade tem problemas é inegável, desde preconceitos até violências extremas, assim é fundamental formar indivíduos que consigam formular soluções para tais problemas.

Observa-se que os direitos humanos têm um caráter prático; não adianta apenas ler a Declaração de 1948, é necessário analisar o contexto cultural e social ao redor e pensar em como aplicá-los de forma eficaz para auxiliar no desenvolvimento e na harmonia social. É inegável que a sociedade enfrenta problemas, desde preconceitos até violências e agressões extremas, e é fundamental formar indivíduos capazes de formular soluções para tais problemas.

É necessário que os docentes saibam como transmitir os valores e as diretrizes dos direitos humanos em prol da aprendizagem. Um ambiente sem hostilidades, no qual os alunos se sintam à vontade para falar e expor suas realidades e as realidades ao seu redor em busca de solucionar os problemas da sociedade, é essencial. Isso implica a formação de cidadãos sérios e comprometidos com causas sociais.

Es necesario repensar el modo en que el Derecho y los Derechos Humanos se han constituido, ya que la forma en que se han

estructurado encuentra sus raíces en la cultura occidental y entenderlo puede ayudar a la comprensión de la perspectiva de exclusión que se ha mantenido a lo largo de la mayor parte de la historicidad moderna occidental (GALLEGOS-ALOR; WOLKMER, 2020, p. 347).⁴

É essencial pensar os direitos humanos e o Direito de forma crítica e reflexiva, considerando as realidades de cada local, pois esses direitos foram elaborados com base na realidade ocidental. Talvez os constituintes não tenham cogitado a proporção que o documento alcançaria, com vários países sendo signatários e compartilhando desses valores. Assim, deve-se questionar para quem os Direitos Humanos foram criados e em prol de quê.

Defende-se que os direitos humanos têm neutralidade, referindo-se à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, cujos artigos não apresentam discriminação ou qualquer analogia a agressões ou colonização, apesar de terem sido elaborados no território ocidental que colonizou diversos países. Todavia, deve-se olhar de forma positiva, mas crítica e ativa, para esses direitos.

Assim, nos dias de hoje, é cada vez mais necessário pensar e agir segundo os direitos humanos. É melhor que haja a conscientização das crianças e adolescentes desde cedo, em prol de uma formação voltada para a resolução dos problemas sociais. Cada sociedade tem suas peculiaridades, portanto, cada uma deve pensar e agir de acordo com suas necessidades. Dessa forma, é preferível educar as crianças para que cresçam com a esperança (não no sentido religioso) de uma sociedade melhor, do que permitir que cresçam sem ela e, por conseguinte, acabem se tornando individualistas, ou seja, sem pensar na coletividade.

O objetivo é auxiliar na formação de cidadãos maduros, conscientes e práticos, que defendam a própria espécie humana com base nos direitos humanos. É fundamental aprender com os erros do passado para não os repetir.

4 É necessário repensar a forma como o Direito e os Direitos Humanos foram constituídos, uma vez que a forma como foram estruturados encontra as suas raízes na cultura ocidental e a sua compreensão pode ajudar a compreender a perspectiva de exclusão que se tem mantido ao longo da maior parte da historicidade ocidental moderna (GALLEGOS-ALOR; WOLKMER, 2020, p.347 – Minha tradução).

Direito humano ao pensamento contra colonialidade

Refiro-me ao direito humano de adotar um pensamento decolonial, no sentido de ser uma obrigação e um dever de os cidadãos esclarecer-se e agir contra atitudes coloniais, como a valorização dos valores europeus em detrimento dos valores brasileiros. Há uma valorização excessiva da cultura europeia, como se tudo o que viesse de lá fosse melhor. Não digo que não devemos aprender com eles, pois, em questão de educação, eles estão anos à frente do Brasil. No entanto, é importante reconhecer que a colonização de Portugal foi violenta para os grupos originários.

Para encontrar soluções para os problemas sociais do Brasil, é necessário considerar a realidade brasileira, e não a europeia. O inverso também é verdadeiro, mas sem desvalorizar um continente (Américas e Europa) em detrimento do outro, no sentido de inferiorizar um em relação ao outro. Assim, busca-se o direito humano de pensar e adotar uma perspectiva contra colonialidade em face dos eventos ocorridos no território que hoje é chamado de Brasil, pois:

Desde la perspectiva descolonial se busca dejar de privilegiar la atención a los centros hegemónicos, para abordar la perspectiva de la subalternidad en el espacio estructural de la colonialidad del ser, del poder y del conocimiento, teniendo presente las “voces del Sur” y sus formas de resistencia acerca de la raza, género, etnia, casta, edad y clase (GALLEGO-ALOR; WOLKMER, 2020, p.345)⁵.

A intenção não é valorizar de forma acrítica a cultura e os costumes hegemônicos (o que não significa deixar de reconhecer o que é bom). É importante ter em mente que a Europa possui conhecimentos que podem servir como base e exemplo em algumas situações, mas esses conhecimentos e soluções são adequados para a realidade deles, não para a das Américas. Sendo continentes diferentes, não é apropriado permitir que a cultura e os costumes europeus predominem sobre os das Américas. Da mesma forma, não é correto valorizar a cultura norte-americana mais do que a sul-americana.

5 Na perspectiva decolonial, procuramos deixar de privilegiar a atenção aos centros hegemónicos, para abordar a perspectiva da subalternidade no espaço estrutural da colonialidade do ser, do poder e do conhecimento, tendo em mente as “vozes do Sul” e as suas formas de resistência sobre raça, gênero, etnia, casta, idade e classe (GALLEGO-ALOR; WOLKMER, 2020, p.345 – Minha tradução).

No Brasil, cada região tem suas próprias características culturais e costumes, exigindo soluções específicas devido às diferenças regionais dentro do mesmo país. Se isso é verdadeiro para diferentes regiões do Brasil, o que dizer de países diferentes? A resposta é pensar a partir da cultura, dos costumes, das violações, das agressões e dos problemas sociais específicos de cada região do Brasil. Deve-se analisar a probabilidade de uma solução vir de outra região dentro do país e, caso haja necessário, considerar soluções externas, mas dentro do continente americano; e por último de outros continentes.

O conhecimento deve vir de pesquisadores do Sul, de maneira que não haja interferência colonial. É preciso conscientizar os pesquisadores sobre essa questão, demonstrando que a América tem capacidade de produzir conhecimento tão bom quanto o da Europa. As necessidades das mulheres europeias são diferentes das necessidades das mulheres brasileiras, assim como as necessidades dos homossexuais europeus são diferentes das dos homossexuais brasileiros. Cada país deve buscar soluções baseadas em sua própria realidade e não tomar como base as culturas externas, a menos que haja uma forte compatibilidade e semelhança.

É inegável que existem teorias de filósofos europeus e norte-americanos que são “universais”, ou seja, que podem servir como parâmetro. No entanto, é necessário ter cuidado e atenção crítica quanto à viabilidade dessas teorias, para evitar que perpetuem a “colonização” do pensamento dos americanos, sejam eles do Sul ou do Norte. Cada país, estado ou município deve saber lidar com os seus problemas.

Dessa forma, fica evidenciada a necessidade do direito humano à educação em direitos humanos e ao pensamento decolonial. O primeiro auxilia na compreensão e aplicação dos direitos humanos no cotidiano; o segundo ensina a necessidade de pensar além das teorias eurocêntricas e hegemônicas. No caso da América Latina, é fundamental pensar segundo as necessidades específicas dessa região, ou seja, não substituir as teorias de pesquisadores brasileiros, por exemplo, pelas de um pesquisador da América do Norte, pois isso desconsidera o trabalho intelectual e as necessidades específicas de cada ambiente.

Existe a possibilidade de vários pesquisadores viajarem para fora de seus países para conhecer outras realidades e, assim, auxiliar nas pesquisas do país de origem. Portanto, intercâmbios para o exterior

são essenciais, desde que os pesquisadores voltem e apliquem as teorias, como estudos comparativos, no país que financiou suas pesquisas. Acreditar somente nas ideias e estudos vindos dos Estados Unidos ou das regiões da Europa é pensar de forma colonial, como se somente eles pudessem criar e produzir ciência e teorias. Deve-se valorizar o país que oferece todas as condições para alcançar avanços significativos além do que se tem atualmente.

Ademais, o pensamento do quilombola, Nego Bispo, em “Colonização, Quilombos: modos e significações” (2015), reflete sobre a colonialidade, enquanto uma estrutura que perpetua desigualdades estruturais, aponta a importância de práticas educativas que rompam com epistemologias eurocêntricas. Na sua perspectiva, os saberes ancestrais e das vivências das comunidades oprimidas, e povos originários, devem ser utilizados na educação da sociedade, para que haja a promoção de uma pluralidade. Com a devida valorização as experiências e vivencias quilombolas, com objetivo de impedir o epistemicidio, e assim, chegaremos a uma educação libertadora. Defendendo uma abordagem contra-hegemônica, que reconheça e respeite os corpos marcados pela colonialidade e recupere narrativas silenciadas.

Assim, a cosmovisão dos povos contra-colonizadores é inseparável de suas práticas, já que reflete não apenas modos de existir, mas também de resistir às imposições coloniais. A contra-colonização, retrata um debate teórico e prático que oferece ferramentas para compreender e fortalecer as estratégias de resistência de povos negros e indígenas que recusaram a colonização, preservando seus saberes, territórios e modos de vida. (Porfírio e Oliveira, 2021).

Pensamento que é fundamental para uma educação em direitos humanos comprometida com a desconstrução das epistemologias eurocêntricas e a valorização de conhecimentos ancestrais. Como destacam a crítica contra-colonial defendida por Antônio Bispo dos Santos não se limita a uma análise teórica, mas se ancora na vivência política e “orgânica” de povos como os quilombolas, cuja existência é, em si, uma prática de enfrentamento à colonialidade.

Destarte, a educação em direitos humanos, quando relacionada com a cosmovisão afro-pindorâmica, reconhece os direitos a partir das experiências coletivas de resistência e busca construir práticas pedagógicas que promovam a emancipação e a justiça social. Essa

abordagem educacional intersecciona raça, gênero e ancestralidade como fundamentais para romper com as estruturas coloniais, consolidando uma sociedade verdadeiramente plural e democrática.

A complexidade dos direitos humanos e a prática antirracista

A discussão sobre a nova natureza da condição humana, desde o século XVI até atualmente, é controversa na categorização do ser humano sob o conceito aparentemente universal dos direitos humanos, estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Considerando os desastres resultantes do conflito entre as grandes potências na distribuição dos lucros da pilhagem colonial, os processos de descolonização e a conquista da independência nacional pelos países anteriormente subjugados às metrópoles, situados nos primeiros momentos da Guerra Fria, a Declaração Universal continua sendo um marco significativo na busca pela humanização da humanidade até hoje.

Nessa perspectiva, é crucial reconhecer que seus fundamentos ideológicos e filosóficos, ou seja, culturais, são estritamente ocidentais. Essa constatação não diminui a importância do documento, mas nos ajuda a contextualizá-lo dentro de seu ambiente específico, o que pode ser fundamental para explicar algumas das dificuldades encontradas em sua implementação prática posteriormente. Não podemos compreender os direitos humanos sem considerar seus contextos culturais ocidentais.

Tais lutas que, de fato, possibilitam a universalização desse conceito como base ética e jurídica para todas as práticas sociais voltadas à criação e garantia de instrumentos necessários para alcançar bens materiais e imateriais exigíveis para viver com dignidade.

Com isso, o sentido de direito firmado no ocidente espalhou-se globalmente como um mínimo ético necessário para defender a dignidade. Dessa forma, a complexidade dos direitos humanos fica evidente quando confrontados com concepções culturais que não possuem sequer o conceito de direito em sua linguagem, como acontece com os povos indígenas em suas cosmovisões, o que resulta em sérios conflitos interpretativos sobre os direitos humanos, que devem ser geridos sem imposições ou colonialismos, o que também tratamos enquanto complexidade cultural.

Além disso, a complexidade se aprofunda ao considerarmos que a justificação para a universalidade dos direitos baseia-se em um conjunto pretendido de premissas empíricas: todos os seres humanos têm direitos reconhecidos nos textos internacionais simplesmente por terem nascido. Os direitos são apresentados como uma realidade já existente, estabelecida de uma vez por todas, que todos possuem independentemente de suas circunstâncias particulares. Isso pode ser visto como algo positivo, pois parece universalizar o que é afirmado na Declaração Universal.

Apesar de normas como o código de trânsito ou os textos internacionais de direitos humanos afirmarem nossos direitos, na realidade nos deparamos com os fatos concretos que vivemos, e os resultados finais podem ser muito diferentes para diferentes pessoas. Isso depende da posição que cada um ocupa nos processos que facilitam ou dificultam o acesso aos bens materiais e imateriais necessários para alcançar a dignidade em cada contexto cultural.

Isso acontece porque a linguagem dos direitos é sempre normativa e não descriptiva. O direito não afirma o que é, mas o que deve ser. Quando dizemos que somos iguais perante a lei, na verdade estamos dizendo que devemos ser iguais perante a lei. A igualdade não é um fato dado de antemão; é algo que deve ser construído através de intervenções sociais e públicas de diversos tipos.

Por exemplo, no âmbito do trabalho privado, apesar do desenvolvimento econômico e social das democracias ocidentais, o trabalho doméstico ainda não é reconhecido como uma atividade criadora de valor social, sendo frequentemente visto apenas como uma obrigação familiar que recai principalmente sobre as mulheres, seja trabalhando fora de casa ou exclusivamente dentro do ambiente doméstico, onde a violência de gênero se manifesta com toda a sua gravidade.

Acontece o fato da norma não seja aplicável devido à falta de recursos econômicos, à falta de vontade política para implementá-la, ou até mesmo devido a barreiras culturais e sociais que impedem sua efetivação.

Segundo Grondin (2012, p. 69), a tradição não é objetivável no entendimento, mas o determina imperceptivelmente como um “horizonte de significados e intenções já aceitos” (Palmer, 2006, p. 35).

Isso implica que a rede intricada da formação teórica compartilhada se assemelha à ordem dos “preconceitos legítimos”. Diferenciando entre preconceitos válidos e inválidos, o intérprete se vê inevitavelmente influenciado pelo sentido transmitido – sendo afetado pelo passado –, mas apenas quando capaz de discernir entre ser “paciente” ou “agente” do sistema herdado como “tradição”. Gadamer (2014) enfatiza a “formação teórica” como conceito fundamental em todas as ciências humanas, destacando sua necessidade porque o ser humano não é naturalmente o que deveria ser. Hegel, similarmente, considerou a formação como uma forma de “elevação”, reforçando:

elevação à universalidade não se reduz à formação teórica nem significa apenas um comportamento teórico em oposição a um prático, mas sobre o conjunto da determinação essencial da racionalidade humana. A essência universal da formação humana é tornar-se um ser espiritual, no sentido universal. Quem se entrega à particularidade é inculto (*ungebildet*), é o caso de quem cede a uma ira cega sem medida nem postura. Hegel demonstra que, no fundo, essa pessoa carece de poder de abstração: não consegue abstrair de si e ter em vista um sentido universal, pelo qual paute sua particularidade com medida e postura (GADAMER, 2014, p. 48).

Segundo Habermas (2004), a “tradição” emerge como o “sujeito” das trajetórias interpretativas estruturadas no mundo da vida e se unifica no agir comunicativo dos agentes. Assim, a rede de práticas comunicativas é constituída por uma série de atitudes, identidades, competências e modos de percepção.

chamo cultura ao inventário de saber a partir do qual dos participantes da comunicação extraem as suas interpretações, quando pretendem entender-se sobre algo. A sociedade compõe-se das ordens legítimas através das quais os participantes da comunicação regulam a sua pertença a grupos sociais e asseguram a solidariedade. Nas estruturas de personalidade engloba todos os motivos e habilidades que permitem ao sujeito falar, agir, e, ao mesmo tempo, assegurar sua própria identidade. Se por um lado, para os que agem de uma forma comunicativa a cultura constitui o cone de luz, dentro do qual se deparam entidades, podendo ser representadas ou tratadas como algo de tangível, por outro, as normas e as vivências afiguram-se-lhes como algo que se inscreve no mundo social ou num mundo subjetivo, a que podem referir-

se numa atitude conforme às normas (HABERMAS, 2004, p. 107).

Na ampliação da hermenêutica jurídica para um sentido mais abrangente, o conceito de formação ganha poder, pois evidencia o desenvolvimento de uma capacidade para julgar adequadamente a diversidade empírica da experiência (Grondin, 2012, p. 64). Torna-se cada vez mais crucial para a hermenêutica jurídica compreender a consciência que os juristas têm do pensamento dogmático no contexto da aplicação do direito.

Nesse sentido, o antirracismo no âmbito judiciário para com a hermenêutica jurídica, é um campo crucial para a promoção da igualdade racial e justiça social. Como bem explica Angela Davis, ao criticar o sistema judicial como um instrumento de perpetuação das desigualdades raciais. Davis, ativista e acadêmica, discute como as estruturas jurídicas muitas vezes refletem e reforçam os preconceitos raciais enraizados na sociedade. Em suas obras, ela chama a atenção para a necessidade de uma reforma radical do sistema judicial para garantir que ele verdadeiramente promova a justiça para todas as pessoas, independentemente de sua origem étnica.

Nesse mesmo posicionamento, Bell Hooks, enfoca a interseção entre raça, classe e gênero na análise das dinâmicas judiciais. Em seus escritos, Hooks destaca como as pessoas negras e de outras minorias são desproporcionalmente afetadas por práticas judiciais discriminatórias, como o encarceramento em massa e o tratamento desigual perante a lei. Ela argumenta que uma abordagem antirracista no judiciário requer não apenas mudanças nas políticas jurídicas, mas também uma transformação cultural e social mais ampla para desafiar os estereótipos e preconceitos arraigados.

O pensamento de autores como Kimberlé Crenshaw também é essencial para entender as complexidades do racismo institucional no sistema judicial. Crenshaw é conhecida por desenvolver a teoria da interseccionalidade, que examina como diferentes formas de opressão, como raça, gênero e classe, se intersectam e se reforçam mutuamente. Ela demonstra como a aplicação das leis de maneira “neutra” muitas vezes resulta em injustiças para aqueles que pertencem a múltiplas minorias, reforçando a importância de uma abordagem antirracista que leve em conta essas interseções.

A interseccionalidade é a definição do problema em que se procura definir as consequências estruturais e dinâmicas da relação entre os fatores de subordinação. Explora de que maneira o racismo, o patriarcalismo, a opressão de classe e outros sistemas discriminatórios favorecem e criam desigualdades básicas que estruturam as posições relativas de mulheres, raças, etnias, classes e outras. A interseccionalidade trata também como políticas públicas específicas ocasionam opressões (Crenshaw, 2002). Tem-se, portanto, a necessidade de tratar as intersecções que vulnerabilizam grupos, sejam eles étnicos ou raciais. Por esse motivo, o gênero deve ser estudado em conjunto com os fatores de raça e classe, já que estes se articulam, e não devendo ser analisado de forma única (Crenshaw, 2002).

A interseccionalidade deve ser utilizada ao analisar de forma efetiva a violência em face de mulheres negras. No fim do século XX, indagou-se sobre a categoria da “mulher”, que continha significado único e homogêneo para os primeiros estudos feministas, que carregava de forma implícita sempre a condição de mulher “branca” e burguesa” (Vigoya, 2015).

Atualmente os estudos que tratam do “feminismo de cor”, ao expor as vivências de mulheres negras, indígenas, árabes e outras, bateram de frente com a categoria única de mulher definida anteriormente, evidenciando a existência de outros sistemas de dominação, para além do gênero (Vigoya, 2015). Esses estudos contribuíram para a construção da ferramenta analítica de interseccionalidade (Leite; Vasconcelos; Santos e Drebes, 2021).

A interseccionalidade surge entre os fenômenos da subordinação e discriminação, conforme explica Kimberlé Williams Crenshaw (2002, p. 177): “a associação de sistemas múltiplos de subordinação tem sido descrita de vários modos: discriminação composta, cargas múltiplas, ou como dupla ou tripla discriminação”.

Como bem explica Crenshaw, as mulheres racializadas normalmente posicionam-se em lugares onde o racismo, xenofobia, classe e gênero se relacionam. Consequentemente, estão “à mercê do intenso tráfego dessas vias” (Crenshaw, 2002, p.177). Os corpos interseccionais, que sofrem com a violência e o silenciamento, são consequências da superinclusão, fenômeno que ocorre quando o problema que afeta um

grupo é generalizado, desprezando as especificidades dos subgrupos presentes.

Além disso, Ta-Nehisi Coates traz uma perspectiva histórica profunda sobre as raízes do racismo nos Estados Unidos e como essas histórias se manifestam no sistema judicial contemporâneo, argumenta que a injustiça racial está profundamente enraizada na estrutura legal e cultural do país, e que qualquer esforço sério para a reforma judicial deve confrontar essa história de discriminação e marginalização.

Com isso, o antirracismo no âmbito judiciário não se limita à aplicação formal da lei, mas também exige uma análise crítica das estruturas e práticas que perpetuam a desigualdade racial.

Descolonizando a hermenêutica jurídica

A descolonização do conhecimento jurídico emerge como um imperativo crucial no contexto contemporâneo, confrontando as estruturas e narrativas dominantes que perpetuam desigualdades e injustiças históricas. Por isso a importância de explorar os fundamentos e as razões fundamentais para descolonizar o conhecimento jurídico, destacando suas implicações e desafios no campo da justiça social e da igualdade.

Em “Os Condenados da Terra” (*Les Damnés de la Terre*), Frantz Fanon (2008) argumenta como é essencial superar as estruturas coloniais para entender verdadeiramente as experiências das populações colonizadas. Enfatiza a necessidade de uma hermenêutica que não apenas critique o colonialismo, mas que também explore as vivências subjetivas dos povos colonizados, resgatando suas vozes e suas realidades próprias.

Assim, pensa-se a colonização não apenas como imposição da dominação política e econômica sobre vastas regiões do mundo, mas também como fundante das estruturas de conhecimento e os sistemas jurídicos que perpetuam até os dias de hoje. O direito, enquanto instrumento de poder normativo, frequentemente utilizado para legitimar e perpetuar relações de dominação colonial. A descolonização do conhecimento jurídico visa desafiar e transformar essas estruturas legadas, reconhecendo e reparando as injustiças históricas e promovendo uma visão mais inclusiva e pluralista do direito.

A história do direito, em si, está intrinsecamente ligada aos processos de colonização e imperialismo. Durante séculos, os sistemas jurídicos coloniais foram usados para subjugar populações indígenas, minorias étnicas e culturais, e para consolidar o controle sobre territórios e recursos. As leis e instituições coloniais frequentemente marginalizavam e desconsideravam os sistemas de justiça tradicionais e locais, impondo normas e valores eurocêntricos como universais e superiores.

Essa descolonização questiona essa hegemonia legal e busca descentralizar os conhecimentos e práticas jurídicas, reconhecendo a diversidade cultural e epistemológica das tradições jurídicas ao redor do mundo. Propõe uma abordagem crítica que desconstrói as narrativas coloniais e resgata saberes e perspectivas historicamente marginalizadas.

Porém um desafio enfrentado é a resistência institucional, inércia acadêmica e a necessidade de reconstruir sistemas jurídicos que sejam verdadeiramente inclusivos e equitativos. Implica também um profundo reexame das bases filosóficas e epistemológicas do direito, questionando as concepções de universalidade, neutralidade e objetividade que muitas vezes obscurecem formas alternativas de justiça e ordenamento social.

Outro desafio é a integração das perspectivas e experiências dos grupos marginalizados no desenvolvimento e aplicação do direito. Isso requer não apenas a revisão de currículos acadêmicos e práticas pedagógicas, mas também a promoção de diálogos interculturais e interdisciplinares que ampliem o entendimento do direito como um fenômeno dinâmico e contextual.

Apesar dos desafios, a descolonização do conhecimento jurídico tem ganhado reconhecimento e apoio crescentes, especialmente em contextos pós-coloniais e entre comunidades jurídicas críticas ao redor do mundo. Movimentos sociais, acadêmicos e juristas têm colaborado para desenvolver abordagens jurídicas mais inclusivas e responsivas, que reconheçam e respeitem as pluralidades culturais e históricas.

Perspectivas futuras incluem a necessidade contínua de pesquisa e prática que promovam a justiça epistêmica e a soberania jurídica dos povos, bem como a criação de novas formas de conhecimento jurídico que integrem princípios de solidariedade global e sustentabilidade ambiental.

Aqui, têm-se que a descolonização do conhecimento jurídico não é apenas uma questão teórica, mas uma exigência ética e política para construir sociedades mais justas e equitativas. Ela desafia as estruturas de poder estabelecidas e abre caminho para uma compreensão mais rica e inclusiva do direito, capaz de reconhecer e enfrentar as injustiças históricas e contemporâneas. Ao reconhecer a diversidade e a complexidade das experiências jurídicas ao redor do mundo, a descolonização do conhecimento jurídico promove um futuro onde o direito seja verdadeiramente um instrumento de emancipação e transformação social.

Descolonizando a hermenêutica jurídica

Discutiu-se aqui, a necessidade de uma educação e hermenêutica que desafie as estruturas de poder global, baseadas na colonialidade, e para desconstruir essas relações é fundamental para promover uma interpretação autêntica das experiências subalternas e descolonizar efetivamente os paradigmas de estudos pós-coloniais.

A interpretação das normas jurídicas dentro de seu contexto histórico, social e cultural é crucial para a aplicação eficaz do direito em sociedades dinâmicas. O tema da hermenêutica jurídica e seu papel na compreensão das mudanças sociais e das necessidades contemporâneas na interpretação das normas jurídicas.

Enquanto campo do direito que se dedica ao estudo da interpretação das normas legais, ela (hermenêutica) aborda os diferentes métodos utilizados para situar as normas jurídicas em seu contexto histórico, social e cultural. Por isso, é crucial discutir como esses métodos permitem aos juristas entender não apenas o texto da lei, mas também seu significado em relação à evolução da sociedade e às necessidades contemporâneas.

Com isso, uma hermenêutica jurídica antirracista emerge como uma necessidade imperativa no contexto contemporâneo, onde as desigualdades raciais continuam a ser perpetuadas por estruturas legais que muitas vezes refletem preconceitos arraigados. Ao adotar uma abordagem antirracista na interpretação das normas jurídicas, torna-se essencial reconhecer e desafiar as assimetrias de poder e privilégio que moldam as decisões judiciais e suas consequências sociais.

Nesse sentido, uma hermenêutica jurídica antirracista deve ser sensível às interseções de raça, gênero, classe e outras formas de identidade, reconhecendo como essas diferentes dimensões podem influenciar a aplicação da lei. Isso implica questionar e transformar as práticas jurídicas que perpetuam o racismo estrutural e promover uma interpretação das normas legais que seja verdadeiramente inclusiva e emancipatória.

Referências

- ARENDT, Hannah. **A vida do espírito: o pensar, o querer, o julgar.** Tradução de Cesar Augusto R. de Almeida, Antônio Abrantes e Helena Franco Martins. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.
- ÁVILA, Humberto. **Constituição, liberdade e interpretação.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 33-80.
- BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.
- BROCHADO, Mariá. **Apontamentos sobre Hermenêutica Jurídica.** Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2011.
- COATES, Ta-Nehisi. Between the world and me. New York: Spiegel & Grau, 2015.
- CORETH, Emerich. **Questões fundamentais de hermenêutica.** Tradução de Carlos Lopes de Matos. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária/Editora da Universidade de São Paulo, 1973.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. **Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (N.º 4. Género y derechos humanos de las mujeres).** 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2JzjGb5>. Acesso em: 20 jun. 2024.
- CRENSHAW, Kimberlé. **Mapping the margins: intersectionality, identity politics, and violence against women of color.** Stanford Law Review, v. 43, p. 1241-1299, 1991.
- DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe.** Tradução de Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016.

FANON, Frantz. Os condenados da terra. Tradução de Josely Vianna Baptista. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2008.

FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 23-33.

GALLEGOS-ALOR, Tawny Raquel; WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico y Teoría Crítica Descolonial como Fundamento para Replantear la Cuestión del Género.** Revista Direito e Práxis, [S. l.], v. 13, n. 1, p. 342–366, 2022. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/50747>. Acesso em: 20 jun. 2024.

HOOKS, Bell. **Ensinando a transgredir: a educação como prática da liberdade.** Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

NUSSBAUM, Martha. **Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie.** São Paulo: Martins Fontes, 2013.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS - OEA. **Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, “Convenção de Belém do Pará”.** 9 jun. 1994. Disponível em: <http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.par.htm>. Acesso em: 20 jun. 2024.

PORFÍRIO, Iago; OLIVEIRA, Lucas Timoteo de. Antônio Bispo dos Santos. In: **Enciclopédia de Antropologia.** São Paulo: Universidade de São Paulo, Departamento de Antropologia, 2021.

THOREAU, Henry. **Desobediência civil.** eBooks. 1849. Disponível em: <https://bit.ly/34ajMj3>. Acesso em: 20 jun. 2024.

UNESCO. **Plano de ação: Programa Mundial para Educação em Direitos Humanos.** Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf000147853_por. Acesso em: 10 jun. 2024.

Capítulo 3

A RAZOABILIDADE PRÁTICA NO DIREITO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DE JOHN FINNIS

Adalberto Narciso Hommerding¹

Giovana Panzenhagen²

Introdução

Grandes manifestações históricas, responsáveis por influenciar as concepções do ser no mundo no curso do tempo, ocorreram no berço da antiga Grécia. Dentre elas, de certo modo com maior relevância, encontra-se o nascimento do Direito Natural ou jusnaturalismo. O Direito Natural segue despertando, na realidade contemporânea, o interesse de teóricos. É o caso, por exemplo, de John Mitchell Finnis, professor de Oxford, que busca compreender o papel do ser em sociedade.

Por isso, o presente trabalho busca analisar a metodologia de John no âmbito da razoabilidade prática e sua possibilidade de aplicação ao Direito. Para tanto, a metodologia aplicada ao presente estudo consiste no método hipotético-dedutivo com procedimento histórico, hermenêutico e monográfico, utilizando de pesquisa indireta de revisão bibliográfica.

Aplicar a perspectiva do Direito Natural ao positivismo jurídico é buscar interpretar a ordem jurídica à luz do sujeito e dos interesses humanos, sendo, inegavelmente, de suma importância à constituição da

1 Pós-Doutor em Direito pela Universidad de Alicante, Espanha; Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS; Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Professor de Graduação, Pós-graduação, Mestrado e Doutorado em Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus de Santo Ângelo-RS. Juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: anhommerding@tj.rs.gov.br

2 Discente do 10º semestre do curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) Campus de Santo Ângelo. E-mail: gipanzenhagen@hotmail.com

sociedade e do Direito, como alicerce dos direitos naturais e humanos. Destaca-se, nesse sentido, a relevância das percepções acerca da razão prática, buscando compreender o ser do direito quando da interpretação das situações práticas.

Nesse viés, a realidade contemporânea do Direito brasileiro, em especial, no âmbito das decisões judiciais vem enfrentando considerável afastamento de interpretações que agreguem os saberes éticos-filosóficos à normatividade jurídica. Diante deste contexto é imprescindível destacar a figura do teórico John Finnis. O jusfilósofo é reconhecido mundialmente e começa a instigar o interesse da Academia, e a brasileira não fica longe disso, ao discutir questões de cunho jusfilosóficas, despertando as ideias do jusnaturalismo e as combinando com o positivismo contemporâneo.

Também o tema é fundamental para o mundo jurídico e para a sociedade, pois John Finnis apresenta importantes concepções acerca da função social do indivíduo, reavivando na sociedade a importância das ações coletivas que visam à instituição do bem comum e a dos processos hermenêuticos, sendo salutar a pesquisa acerca da sua influência no contexto atual do Direito.

Diante do acima exposto, em razão da teoria de John Finnis e da necessidade de compreensão das razões do agir em contextos decisórios, a pergunta que imediatamente salta como fio condutor da pesquisa é: quais são as condições da possibilidade de aplicação da teoria de John Finnis no Direito?

A partir da pergunta condutora do estudo, previamente, tem-se como hipótese que em Finnis há um representante da tradição naturalista, entrelaçando-a à perspectiva do Direito Positivo. Nesse sentido, a lei natural apresentar-se-ia como uma forma de complementação ao estudo do positivismo jurídico. Assim, com a congruência das noções da razoabilidade prática e valorização dos bens humanos tem-se um ordenamento mais estável e seguro, com deliberações razoáveis e justas.

A obra de John Finnis, portanto, apresenta grande relevância para o Direito, em especial em decorrência da sua abordagem da razoabilidade prática, com vista a realização dos bens humanos. Ainda, Finnis apresenta em sua teoria questões referentes à instituição do Direito, que na busca razoável pelo bem comum pode alcançar a justiça e auxiliar a concretizar o Estado Democrático de Direito.

Para levar a termo a pesquisa em tela, o trabalho encontra-se dividido em três momentos. Em uma primeira parte, pesquisa-se sobre a teoria de John Finnis, a fim de conhecer um pouco mais as questões referentes à razoabilidade prática. Em momento posterior, aborda-se a aplicação da razoabilidade prática ao direito. Por fim, no terceiro capítulo, reflete-se acerca de quais seriam as condições da possibilidade de aplicação da teoria de John Finnis no Direito.

O bem comum e a razoabilidade prática em John Finnis

O filósofo e teórico do Direito John Mitchell Finnis nasceu na década de 40 em Adelaide, na Austrália. Após se formar em Direito na universidade de sua cidade natal, seguiu seus estudos na Universidade de Oxford, na Inglaterra, concluindo o seu Doutorado sob a orientação de Herbert Lionel Adolphus Hart, um estudioso de renome no âmbito da filosofia moral e com grande destaque na área da jurisprudência analítica. A pesquisa de Finnis seguiu, assim, nas ideias da razão prática, recebendo fortes influências não apenas de Hart, mas de autores como Aristóteles, Santo Tomás de Aquino, Hans Kelsen, Jeremy Bentham e Lon Fuller. (MONTEIRO DE OLIVEIRA, 2021).

Diante de tais referências no mundo filosófico-jurídico, John Finnis viria escrever a obra *Natural Law and Natural Rights*, publicada no ano de 1980 e vista como a obra, em inglês, mais relevante sobre o direito natural do século XX. (SOMENSI DE OLIVEIRA, 2002). Em outros termos, como refere Luiz Felipe de Andrade e Silva Sahd, “A questão do retorno recente, na década de 1980, do direito natural, se de fato ele desapareceu em algum momento da história do ocidente, passa invariavelmente pela analytical jurisprudence de John Finnis.” (ANDRADE; SAHD, 2013, p. 194). Por isso, John Finnis destaca-se por propor uma nova e contemporânea teoria do Direito Natural.

John Mitchel Finnis defende que os bens humanos, alcançados pelo raciocínio prático, constituem o agir humano por meio da razoabilidade prática. Nesse sentido, para Finnis, alguns bens humanos só poderão ser assegurados por meio de instituições jurídicas e da aplicação da razão prática. Assim, em suma, sua obra objetiva identificar e aprofundar a caracterização dos bens humanos, para que juntamente com a compreensão dos requisitos de satisfação da razoabilidade prática

torne-se clara a identificação das lacunas presentes nas instituições responsáveis pela garantia dos bens humanos. (FINNIS, 2007).

Nesse sentido, a identificação dos bens humanos apresenta-se de suma importância para a determinação das condições para a efetivação da razoabilidade prática. Assim, para Finnis, os bens humanos seriam “[...] aspectos primários do bem-estar individual, apreendidos pelo raciocínio prático. Esses valores constituem o critério fundamental para o agir humano e serão realizados por meio da razoabilidade prática.” Seriam, assim, os preceitos fundados na razão prática que se caracterizariam como indispensáveis ao modo do ser humano em se conduzir. (VIEIRA, 2016, p. 78).

Nesse mesmo sentido, Finnis elencaria, então, os sete bens básicos considerados como requisitos para a realização da razoabilidade prática. Seriam eles: a vida; o conhecimento; o jogo; a experiência estética; a amizade ou a sociabilidade; a razoabilidade prática; e a religião. (VIEIRA, 2016). Resta claro que em Finnis o conceito de bem comum não segue a ideia utilitarista no sentido de ser aquele que é favorável ao maior número de pessoas, mas, sim, uma ideia de bem comum dividida em três comunidades de ação. (SOMENSI DE OLIVEIRA, 2002).

Em vista dessa proposta, apresenta-se a primeira comunidade de ação, na qual o bem comum seria aquele em que cada membro da comunidade de ação alcançasse seus objetivos pessoais. Depois, na comunidade de atuação, se perceberia o correto agir, uma ação dentro das regras. E, por último, na comunidade da amizade, um bem comum seria caracterizado pelo sentimento de autorrealização dos membros da comunidade, ou seja, daqueles que seriam chamados de amigos. (SOMENSI DE OLIVEIRA, 2002). O bem comum, em Finnis, seria, assim,

Um conjunto de condições que tornam aptos os membros de uma comunidade a alcançar por si mesmos objetivos razoáveis, ou realizar razoavelmente por si mesmos o(s) valor(es) pelos quais eles têm razão em colaborar uns com os outros (positiva e/ou negativamente) em uma comunidade. (FINNIS, 1980, p. 155 *apud* SOMENSI DE OLIVEIRA, 2002, p. 113).

Os bens humanos, portanto, seriam determinados de forma objetiva pelo fato de não estarem ligados a uma convenção ou aos desígnios individuais dos seres humanos. É nesse contexto que se insere a conceituação daquilo que é prático, que seria “[...] aquilo que é

factível, uma preocupação voltada à decisão e à ação.” (VIEIRA, 2016, p. 80). Isso porque, para Finnis, como já referido, a razão prática é considerada um bem humano básico e a razoabilidade prática é vista como um requisito à realização do bem comum. (PINHEIRO; NEIVA, 2019).

Assim sendo,

Razoabilidade prática é razoabilidade ao decidir, ao assumir compromissos, ao eleger e executar projetos, ao atuar. A ação humana está vinculada, mediante a interferência da razoabilidade prática, aos modos necessários para o desencadeamento da ação. A filosofia prática, por sua vez, aparece como forma de justificar, refletir disciplinadamente sobre as realizações humanas e sobre as exigências da própria razoabilidade prática. (HOMMERDING *in* HOMMERDING; CERVI [Orgs.], 2023, p. 198)

Por conseguinte, a razoabilidade prática ligar-se-ia aos modos do agir humano voltados à necessária busca pelo bem comum do indivíduo em comunidade, acarretando um conjunto de exigências para a sua promoção.

Nesse viés, consoante Nelson Marisco, seriam nove, então, as exigências para a estruturação da razoabilidade prática. A primeira diz respeito a um plano de vida racional. A segunda exigência, por sua vez, faz referência à importância dada a todos os valores humanos, sem o enfoque em apenas alguns. Em sequência, a terceira aborda a necessidade de uma imparcialidade entre os seres humanos. A quarta e a quinta exigências dizem sobre a imprevisibilidade da vida e de como diante de tais circunstâncias que fogem do controle e não resultam no esperado não se deve cogitar que a vida perdeu seu sentido ou abandonar um compromisso frente a uma dificuldade. A sexta evidenciaria a necessidade de deixar marcas positivas em sua própria vida e na dos outros. A sétima e a oitava dizem com a proteção dos bens básicos e dos bens comuns as comunidades. A nona exigência, por fim, refere sobre o agir seguindo os caminhos de sua própria consciência. (MARISCO, 2007).

A razoabilidade prática, assim, refere-se à ideia de proteção e promoção dos bens comuns da comunidade, tendo em vista que, para John Finnis, “[...] ninguém é plenamente razoável, e, portanto, feliz, se desprezar o bem comum.” (Finnis, 2007, p. 127; 154 *apud* PINHEIRO; NEIVA, 2019, p. 243). Nessa perspectiva, percebe-se que os bens

humanos são autoevidentes, ou seja, a ascensão a estes bens ocorre por meio do uso da razão. Segundo Finnis, em vista da autoevidencia dos bens humanos básicos, dentre estes a razoabilidade prática, seria o direito, então, “[...] uma instituição positiva da razoabilidade prática em vistas ao requisito do bem comum, com a finalidade de coordenar a ação social a partir dos critérios da justiça, que são os direitos naturais ou humanos.” Daí por que a razoabilidade prática infere ao direito uma autoridade para que, por meio desta autoridade, suceda-se a efetivação do bem comum. (PINHEIRO; NEIVA, 2019, p. 244).

Em suma, para Finnis, o bem comum apresenta-se, além de tudo, como um requisito da razoabilidade prática e, portanto, o direito, por meio do amparo ao bem comum, seria detentor de autoridade. A autoridade, presente no direito, apresentar-se-ia como responsável pela proteção de direitos naturais. Esta proteção a direitos humanos realiza-se por intermédio do instituto da justiça. Para tanto, o direito necessita que tal autoridade seja efetivada de modo razoável, isto é, os indivíduos, que são agentes racionais e se encontram no papel de destinatários do direito, necessitam que as decisões jurídicas e autoritárias alcancem o seu conhecimento carregadas de razoabilidade, ou seja, que se identifiquem tais decisões como ações razoáveis que pretendem beneficiar os indivíduos, levando em consideração o bem comum. (PINHEIRO; NEIVA, 2019).

Logo, resta evidente a importância de uma clara definição a respeito do conceito e aplicação do bem comum na vida em sociedade. Diante disso, afirma Finnis que

O bem comum é o objeto da justiça. A justiça se estende às diferentes relações intersubjetivas, pois a justiça regula como deve tratar uma pessoa a outra, ou que direito tem uma pessoa a ser tratada de uma maneira determinada. O esforço da justiça está associado à tarefa de razoabilidade prática para definir esses bens humanos que a pessoa deve realizar e respeitar em comunidade. (HOMMERDING *in* HOMMERDING; CERVI [Orgs.], 2023, p. 224).

Nesse cenário, o enfoque de Finnis é a razoabilidade prática, vista como uma normatividade ideal que coordenaria as práticas humanas em favor da finalidade de um bem comum. Para o teórico australiano a efetiva realização da razão prática dar-se-ia por meio da justiça política; em outros termos, por intermédio de “[...] instituições de direito

positivo que assegurem o bem comum, entendido como o horizonte de realização dos planos individuais de vida, isto é, os meios pacíficos de convivência social segura e equilibrada com base em direitos morais [...]." Assim, a razão pública efetiva a autoridade do direito, assegurando os bens básicos ao desenvolvimento particular do indivíduo e, ainda, da coletividade. (PINHEIRO; NEIVA, 2019, p. 242).

A razoabilidade prática aplicada ao Direito

Pela proposta apresentada por Finnis percebe-se que a razoabilidade prática constitui um instrumento pelo qual se pode explorar a obtenção do bem comum na comunidade do indivíduo. Nesse sentido, refere-se a uma procura pela realização dos objetivos individuais de cada cidadão, guiando suas ações pelas normas impostas, garantindo, assim, um correto agir e uma autorrealização. É nesse segmento que se busca compreender o que John Finnis entende pela existência de um bem comum do Estado e qual seria a sua aplicação às ciências jurídicas e sociais.

Diante de tais hipóteses, Finnis responde que não seria de responsabilidade do Estado a incrementação da razoabilidade prática na população, mesmo que tal caráter seja relevante para a prosperidade de um Estado. Isso porque haveria fatores que se realizariam em outras instituições, sejam elas de âmbito pessoal, familiar e/ou demais comunidades havidas como intermediárias. Assim, não seria dever do Estado a atenção às exigências da razoabilidade prática da população, sendo o bem comum do estado limitado ao privado da vida individual de cada cidadão. (SOMENSI DE OLIVEIRA, 2002). Logo,

[...] ao Estado só cabe promover os bens que são intrinsecamente interpessoais [other-directed], intervindo coercitivamente (em sentido amplo) sempre que possam causar distúrbios na harmonia comunitária, suprindo as incapacidades das comunidades mais simples. (SOMENSI DE OLIVEIRA, 2002, p. 114).

A proposta de Finnis, assim, defende que seria o Estado, portanto, o responsável pela promoção de paz e justiça. A paz, primeiramente, poderia ser observada de três modos. O primeiro modo seria a ideia de concórdia, que sugere um consenso existente entre os cidadãos sobre o que seria fundamental à comunidade, que seria chamado de uma

tranquilidade da ordem. O segundo aspecto aborda um incentivo a referida concordância para, por fim, em um terceiro aspecto, haver uma harmonia entre as vontades dos membros da comunidade. (SOMENSI DE OLIVEIRA, 2002).

A justiça, por sua vez, seria, em síntese, a finalidade do Estado e aquilo que formaria o bem público. O conceito de justiça dividir-se-ia, assim, em três aspectos fundamentais. O primeiro elemento seria o que Finnis chama de *Other-directedness*. O termo significa aquele que guia suas ações pela régua de normas alheia ao invés de agir dentro de sua própria escala de valores. Neste primeiro aspecto, para Finnis, a justiça seria interpessoal e estaria diretamente ligada às relações e interações com o outro. Em sequência, o segundo elemento seria o *duty*, que simboliza, em breve síntese, o dever que o cidadão possui em relação àquilo que é devido a outro, que o teria por direito. O terceiro elemento, enfim, seria a *equality*, que faria referência a um equilíbrio, uma balança em que as coisas são pesadas com uma proporcionalidade. (FINNIS, 2011).

Por conseguinte, Finnis refere a justiça dividindo-a em duas dimensões: uma justiça geral, mais ampla, e uma particular, mais específica. Primeiramente, a justiça geral identificar-se-ia em uma *full practical reasonableness*, ou seja, a plenitude da razoabilidade prática, em que haveria a “[...] disposição prática para favorecer ou fomentar o bem comum das comunidades em que se participa.” A concretização dessa justiça seria, por sua vez, obra da justiça particular, que identificaria as exigências da justiça e, assim, se observaria “[...] o que estabelecerá ou preservará um relacionamento razoável de igualdade proporcional entre nós, em relação a algum ato, abstenção, organização, ou outra questão que é externa, que afeta ou é concernente aos outros.” (FINNIS, 1999, p. 188 *apud* SOMENSI DE OLIVEIRA, 2002, p. 120-121).

Retomando a ideia de *duty*, referida por Finnis, percebe-se que haveria coisas que seriam devidas por direito. Nesse sentido, o teórico apresenta outro meio para implementar o bem comum ao Estado, no caso os direitos. Assim, “[...] o direito é o objeto da justiça e, nesse sentido, significa aquilo que é próprio de cada um, o que lhe é devido.” (SOMENSI DE OLIVEIRA, 2002, p. 126). Por esse viés os direitos humanos seriam, ainda, um nome contemporâneo para aquilo que se chamaria de direitos naturais.

O Direito, nesse sentido, possui uma relação de autoridade para as comunidades, baseando-se em normas jurídicas e sanções instituídas com intuito de resolução dos impasses deste corpo social, buscando perseguir o bem comum. Para Finnis, a parcela normativa do direito teria como base os bens humanos básicos e a razoabilidade prática, não para buscar uma solução correta, mas, sim, uma alternativa razoável para a solução dos impasses que atingem a comunidade como um todo. (VIEIRA, 2016, p. 89).

A interpretação do texto normativo legal frente à situação fática presente no caso concreto poderia causar resultados conflituosos àquele que ignora o trabalho hermenêutico e se torna um aplicador de normas, pois,

No começo, está o texto da lei – só aparentemente claro e fácil de aplicar – e no final – se este existe –, entre tecida em torno do texto, uma teia de interpretações, restrições e complementações, que regula a sua ‘aplicação’ no caso singular e que transmudou amplamente o seu conteúdo, a ponto de em casos extremos quase o tornar irreconhecível. (LARENZ, 1997, p. 294 *apud* VIEIRA, 2016, p. 90).

Conforme o disposto, o trabalho de interpretação, de hermenêutica, que perpassaria pelos conceitos da lei natural, buscando o reconhecimento das particularidades das situações da vida, seria a solução ideal a ser atrelada com o dispositivo legal na aplicação dos casos concretos. Em síntese, as normas legais teriam as suas lacunas preenchidas com o auxílio da hermenêutica. (VIEIRA, 2016).

A sociedade contemporânea, assim, compõe um Estado majoritariamente integrado por indivíduos morais com capacidade de deliberação e, portanto, o processo hermenêutico é fundamental para que, além da pura leitura do sistema jurídico positivado, e também com a utilização dos saberes ético-filosóficos, se alcance as metas do Estado Democrático de Direito, buscando uma das finalidades maiores do Estado, que é a justiça. (SIMÓES; MASCARENHAS, 2017).

Portanto, em Finnis, a razoabilidade prática reforça a existência daquilo que se conceituaria como um bem comum do Estado, caracterizado pela finalidade de implementação da paz social e da justiça. Ocorre que a implementação da justiça na sociedade depende de deliberações razoáveis e racionais por parte de seus indivíduos. Nesse sentido, a próxima seção pretende demonstrar a relação entre a teoria de

John Finnis e a importância de conciliar a normatividade positiva com a esfera da hermenêutica.

Perspectiva da metodologia de Finnis aplicada ao Direito

Seguindo o fio condutor desse raciocínio, a razão prática desvia a hermenêutica da linha especulativa e influencia a análise dos valores éticos a partir da deliberação sobre o bem agir. Conforme o pensamento aristotélico, a deliberação “[...] gira em torno de coisas a serem feitas pelo próprio agente, e as ações têm em vista outra coisa que não elas mesmas. Com efeito, o fim não pode ser objeto de deliberação, mas apenas o meio.” (ARISTÓTELES, 1991, p. 54). Em outras palavras, a deliberação está enraizada nas diretrizes da sabedoria prática, pois delibera bem aquele que tem a visão futura de lograr êxito na busca da finalidade, particular ou absoluta, de um bem supremo, resultando na boa vida em comunidade. Em suma, o correto deliberar seria o necessário para alcançar a sua excelência. (SIMÓES; MASCARENHAS, 2017).

Por isso o exercício da deliberação é intrínseco ao uso da razão prática. Para a teoria contemporânea de Finnis, as compreensões e deliberações humanas representam um ponto de partida para o raciocínio, ou seja, um princípio da razoabilidade prática. Em outras palavras, a deliberação apresenta-se como uma faculdade de escolha, em que na finalidade da ação do agente se pressupõe a contemplação de bens humanos básicos. (FINNIS, 2011). Nesse sentido, o resgate de Finnis aos ideais do direito natural em consonância com os preceitos da razoabilidade prática oportunizam aos intérpretes e aos destinatários dos direitos que acessem a esfera hermenêutica. (SIMÓES; MASCARENHAS, 2017).

Um dos grandes entraves que os Estados Democráticos (Constitucionais) de Direito encontram está na interpretação (hermenêutica) filosófica e jurídica daqueles que são os mensageiros do Direito. Nesse sentido é que Lon L. Fuller afirmará que os juristas da realidade contemporânea se preocupam mais com a produção incessante do Direito, no lugar de atentarem aos aspectos da moralidade, ignorando a clara relação entre a esfera do Direito e os institutos da moralidade de dever e de aspiração.

Nesse sentido, nas palavras de Barreto,

Os problemas com que se defrontam os tribunais, em alguns países de modo mais evidente do que em outros, fazem com que os juízes, principalmente as Cortes Constitucionais, como o Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro, tenham que decidir, não somente, e principalmente, em função das determinações da lei positiva, mas em relação a interlocutores que são responsáveis, portanto agentes morais que atuam como autores e destinatários de direitos. A decisão judicial no quadro do estado democrático de direito, cuja ordem jurídica resulta da vontade de agentes morais, pressupõe uma fundamentação necessariamente. (BARRETTTO, 2012, p. 5936 *apud* SIMÓES; MASCARENHAS, 2017, p. 2548).

Por essa ótica, ressurge a importância de conciliar a carga de concepções positivas com a leitura hermenêutica, para que, assim, as decisões judiciais, ainda que pautadas na tradição, apresentem as influências da razoabilidade prática. Portanto, é de suma importância aos chamados “autores do direito” que reservem especial atenção aos bens humanos básicos, guiando-se pelo ideal de bem comum. (SIMÓES; MASCARENHAS, 2017).

Nesse panorama, o direito positivo encontra-se na esfera do “dever ser”, devido a sua normatividade, fator que, segundo Barreto, define os indivíduos como seres racionais e autônomos, o que os torna, portanto, agentes morais. Tais agentes realizariam expressivas ações morais quando tivessem em foco a perseguição dos resultados mais benéficos a todos os indivíduos. (FREITAS, 2014). Essa busca do bem comum se dá pela via das escolhas realizadas pelos agentes, ou seja, pela deliberação. Na perspectiva do bem comum, todos os agentes morais seriam os ditos autores e destinatários de direitos e instituições. Portanto, uma das maiores falhas do sistema jurídico apresenta-se no desprezo às concepções morais, concentrando as interpretações apenas na normatividade (noutras palavras, positividade) do Direito. Assim,

A legitimidade passa a ser a palavra de ordem da política, ao passo que sistema e método são as da ciência. Dessa maneira, lidar com problema realmente humano e esgotá-lo no normativismo evitando relacioná-lo com a política e com a moral, faz parte necessariamente do projeto da modernidade e talvez consista em mais um dos seus fracassos. (SIMÓES; MASCARENHAS, 2017, p. 2555).

Portanto, resta evidente que a lei natural serve como um complemento às noções do direito positivado. A partir das noções da razoabilidade prática, ou seja, do agir humano voltado à proteção e valorização dos bens humanos ou comuns, ocorre a construção e manutenção de um ordenamento mais estável e seguro à comunidade, agregando relevo à interpretação (hermenêutica) e moral das situações concretas que se apresentam ao julgamento do Direito.

Por conseguinte, a razoabilidade prática está ligada diretamente à busca pelo bem comum do Estado, devido à sua direta vinculação ao ideal de justiça. Isso porque “Na perspectiva de Finnis, falar do bem comum significa falar da justiça, da autoridade e do direito. O direito é o caminho comum para perseguir o bem comum. A autoridade do direito, porém, depende da sua justiça. E o objeto da justiça é o bem comum.” (HOMMERDING *in* HOMMERDING; CERVI [Orgs.], 2023, p. 223). Neste raciocínio, retomando as proposições de Aquino, tem-se que, quanto mais distante do regime político está o bem comum, mais injusto este será.

Sendo o Direito representante de uma autoridade perante as comunidades, conclui-se como sendo essencial o destaque para uma atuação ligada à sabedoria prática, propondo a percepção coletiva de bem comum. Dentro da perspectiva de coletividade, em Finnis o bem comum caracterizar-se-ia também como um bem coletivo. Nesse cenário, ainda que integrado pela coletividade, cada indivíduo tem uma fração deste todo resguardada para si, sendo essa parcela protegida pelos direitos humanos. Para Finnis, portanto,

[...] falar dos direitos é um modo moderno, atual, de falar da justiça, das exigências da razoabilidade prática e, portanto, do bem comum. Os direitos humanos, assim, constituem uma forma de expressar virtualmente todas as exigências da razoabilidade prática. Eles classificam e expressam as exigências da justiça, representando uma forma de esboçar os contornos do bem comum. (HOMMERDING *in* HOMMERDING; CERVI [Orgs.], 2023, p. 226).

Em outras palavras, conforme Barzotto, “Os direitos humanos trazem o bem comum do céu das abstrações coletivas para o chão da vida concreta dos seres humanos.” Assim, os direitos humanos representam a fração de cada indivíduo no bem comum. (BARZOTTO, 2010, p. 47 *apud* SIMÕES; MASCARENHAS, 2017, p. 2563).

Em conclusão, é possível afirmar que os direitos humanos são fragmentos para a articulação do bem comum, que visa à efetivação dos bens humanos básicos para o desenvolvimento da autorrealização, isto é, a finalidade da vida em sociedade. Para tanto, o desenvolvimento do bem comum pressupõe condições básicas para a sua realização, que se revelam a partir do exercício da racionalidade prática na interpretação (hermenêutica) dos casos práticos. Assim, seria por intermédio das influências da razão prática nas deliberações dos autores e destinatários do direito que se legitimariam e fundamentariam os Estados Democráticos de Direito.

Considerações finais

Os estudos realizados nessa investigação sobre a razoabilidade prática presente na teoria de John Finnis tiveram como objetivo investigar e analisar a relação da razão prática no processo hermenêutico jurídico, e isso sob análise do bem comum. Para tanto, a pesquisa foi guiada pela seguinte pergunta condutora: quais são as condições da possibilidade de aplicação da teoria de John Finnis no Direito? Desta forma, esse último momento é utilizado para trazer as percepções a título de conclusão dos estudos realizados.

Infere-se que John Finnis identifica a razoabilidade prática como um bem humano básico; ainda, ligando-se aos modos de agir dos indivíduos, a razoabilidade é considerada como um requisito para a concretização do bem comum. Nesse cenário, Finnis conclui que alguns bens humanos só serão assegurados por intermédio da aplicação da razoabilidade prática, garantida pelas instituições do Direito. Isso porque, ao servir como uma segurança ao bem comum, o Direito torna-se detentor de autoridade. Tal característica autoritária pressupõe essencialmente aos autores do direito atributos de racionalidade, garantindo decisões jurídicas autoritárias razoáveis. A proteção dos direitos individuais e coletivos por meio de decisões racionais e razoáveis garante a instituição da justiça.

Portanto, conclui-se que a aplicabilidade da teoria de Finnis ao Direito se concretiza por intermédio do bem comum e da razoabilidade prática. Assim, nota-se que a necessidade de uma produção veloz e incessante do Direito, acaba por afastar as decisões judiciais de

aspectos morais da sociedade, apresentando-se como uma das grandes adversidades constantes no âmbito do Direito. Isso ocorre porque para alcançar e efetivar o Estado Democrático de Direito pressupõem-se deliberações e decisões fundamentadas na ordem jurídica. No contexto de bem comum, tem-se que todos os autores e destinatários do direito seriam agentes morais que, com a aplicação da razoabilidade prática, abrem os seus caminhos ao campo hermenêutico, o que é de suma importância para a prosperidade de um Estado Constitucional e Democrático de Direito.

A interpretação da ordem jurídica atrelada aos saberes ético-filosóficos indica ao Direito o acesso à justiça e a concretização do Estado Democrático de Direito. Desse modo, Finnis constata que, além de serem os direitos objeto da justiça, são também uma forma de implementação do bem comum ao Estado. O bem comum é a forma abstrata que se concretiza na vida em sociedade pelos direitos humanos. Os direitos humanos representam a parcela garantida de cada indivíduo, particularmente, no bem comum. Assim, o Direito alcança a justiça por meio da perseguição ao bem comum, concretizada por decisões judiciais que, mesmo autoritárias, percebem-se como justas e razoáveis, quando da constatação de que os preceitos da razoabilidade prática foram respeitados.

Referências

ANDRADE, Luiz Felipe Netto de; SAHD, Silva. O direito natural analítico de John Finnis. **Argumentos**. Nº 10, p.193-204, jul./dez. 2013. Disponível em: <http://repositorio.ufc.br/handle/riufc/24058>. Acesso em: 10 abr. 2024.

FINNIS, John. **Natural Law and Natural Rights**. 2. ed. Estados Unidos: Oxford University Press, 2011.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. John Finnis, lei natural e direitos naturais. In: HOMMERDING, Adalberto Narciso; CERVI, Taciana Marconatto Damo [Orgs.]. **Diálogo e entendimento: direito e multiculturalismo & políticas de cidadania e resolução de conflitos**. 12. Ed. Cruz Alta: Ilustração, 2023. p. 193-229.

MARISCO, Nelson Nemo Franchini. **Teoria da Justiça de John**

Finnis: Análise em face da tradição aristotélico-tomista. Orientador: Luis Fernando Barzotto. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2007.

MONTEIRO DE OLIVEIRA, Matheus. **A Metodologia na Teoria da Lei Natural de John Finnis:** Propósito prático, caso central do direito e crítica à tese da neutralidade. Orientador: Sérgio Ricardo Strelfing. 2021. p. 110. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Instituto de Filosofia, Sociologia e Política, Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2021.

PINHEIRO, Victor Sales; NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. Razão prática, direito e bem comum na teoria da lei natural de John Finnis. **Quaestio Iuris.** Nº. 02, p.240-265, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/rqi.2019.39074>. Acesso em: 15 abr. 2024.

SIMÓES, Sandro Alex de Souza; MASCARENHAS, Diego Fonseca. Hermenêutica filosófica e os fundamentos morais da ordem constitucional no Estado Democrático de Direito. **Quaestio Iuris.** Nº 4, p. 2544-2569, out., 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/quaestiojuris/article/view/27953>. Acesso em: 24 mai. 2024.

SOMENSI DE OLIVEIRA, Elton. **Bem comum, razoabilidade prática e direito:** a fundamentação do conceito de bem comum na obra de John M. Finnis. Dissertação (Mestrado em Direito), UFRGS, 2002.

VIEIRA, Fabrício dos Santos. **A retomada da ética aristotélico-tomista pela filosofia do direito:** o direito natural em destaque. Orientador: Idalgo José Sangalli. 2016. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Universidade de Caxias do Sul, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, 2016.

Capítulo 4

A TEORIA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO E OS DIREITOS HUMANOS

Letícia Rezner¹
Osmar Veronese²

Introdução

Este artigo aborda a teoria do transconstitucionalismo, desenvolvida por Marcelo Neves, como um modelo teórico que visa compreender e solucionar os desafios jurídicos decorrentes da interação entre diferentes ordens jurídicas. A pesquisa identifica as diversas formas de interações entre diferentes ordens jurídicas explorando os níveis de integração que estas ordens podem atingir entre si, que podem envolver tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais, bem como instituições jurídicas locais.

Em um mundo marcado pela crescente interconexão jurídica, a abordagem transconstitucionalista torna-se essencial para enfrentar problemas constitucionais que transcendem as fronteiras dos Estados

-
- 1 Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação *strictu sensu* da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, Campus Santo Ângelo/RS. Bolsista CAPES. Bacharela em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI. Membra do grupo de pesquisa registrado no CNPQ: Direitos de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas. E-mail: reznerleticia@gmail.com.
- 2 Doutor em Modernización de las Instituciones y Nuevas Perspectivas en Derechos Fundamentales, pela Universidad de Valladolid/España, Mestre em Sociedade e Estado em Perspectiva de Integração, pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor de Direito Constitucional do Curso de Graduação em Direito e do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* - Mestrado e Doutorado em Direito - da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Santo Ângelo/RS. Procurador da República/ Ministério Público Federal. Responsável pelo projeto de pesquisa “Constituição, igualdade e diversidade: o constitucionalismo democrático como espaço de inclusão de grupos vulneráveis” e líder do Grupo de Pesquisa “Direitos de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas”, com registro no CNPQ, vinculado à linha de pesquisa Direito e Multiculturalismo, do PPG/URI/Santo Ângelo/RS, Brasil. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9927-7242>. E-mail: osmarveronese@san.uri.br

nacionais. A análise desse modelo é particularmente relevante no contexto brasileiro, onde questões como violações de direitos humanos no sistema prisional demandam soluções conjuntas e coordenadas. Assim, a pesquisa contribui para o avanço do conhecimento jurídico ao explorar a aplicabilidade prática do transconstitucionalismo e suas implicações para a proteção dos direitos fundamentais.

A pesquisa é guiada pela seguinte indagação: o transconstitucionalismo pode ou não ser uma ferramenta para o equacionamento de problemas constitucionais complexos, como as graves violações de direitos humanos no sistema prisional brasileiro?

O transconstitucionalismo, ao promover o diálogo e a interação entre ordens jurídicas heterárquicas, pode fornecer um modelo eficaz para a solução de problemas constitucionais complexos, como os observados no sistema prisional brasileiro. A adoção da tese do Estado de Coisas Inconstitucional pelo STF evidencia o potencial dessa abordagem ao buscar soluções coordenadas e integradas para violações sistêmicas de direitos humanos.

A pesquisa adota uma abordagem qualitativa, baseada na análise bibliográfica e documental de obras de referência sobre o transconstitucionalismo, especialmente as de Marcelo Neves, e na análise de casos emblemáticos, como a aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro. A metodologia envolve ainda a análise comparativa com a jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana, visando compreender os impactos práticos do diálogo transconstitucional em contextos semelhantes.

A teoria do transconstitucionalismo de Marcelo Neves

A complexidade dos desafios constitucionais frequentemente exige soluções que ultrapassam as fronteiras do âmbito nacional, demandando a criação de pontes de transição para facilitar o diálogo entre diferentes ordens jurídicas. É neste contexto que Marcelo Neves introduz, no Brasil, a teoria do transconstitucionalismo, apoiado em sua análise do sistema social contemporâneo e inspirado na teoria de sistemas de Niklas Luhmann. A abordagem destaca o entrelaçamento entre ordens jurídicas constitucionais para a solução de problemas comuns.

Segundo o autor, o transconstitucionalismo caracteriza-se pelo inter-relacionamento entre ordens jurídicas, que se manifesta no plano reflexivo de suas estruturas normativas. Esse ponto de encontro reflexivo, quando duas ou mais ordens jurídicas dialogam, é definido pelo autor como uma “conversação constitucional” (Neves, 2009, p. 118).

Trata-se de um modelo retórico que busca analisar os problemas jurídicos por meio da construção de conhecimentos compartilhados, promovendo um diálogo, com o objetivo de integrar diferentes saberes e buscar soluções para questões que envolvem ordens jurídicas distintas (Neves, 2009).

Na perspectiva transconstitucional, as cortes constitucionais não se referem mutuamente como precedentes vinculativos, mas como fontes de autoridade persuasiva. Esse fenômeno contribui para uma interconexão global das práticas judiciais e implica um compromisso comum com a racionalidade transversal. Nesse processo, as cortes engajam-se em um aprendizado construtivo com outras jurisdições, aceitando, em determinados contextos, vincular-se às decisões de outras ordens jurídicas (Neves, 2009). Marcelo Neves ressalta que

[...] o fundamental é precisar que os problemas constitucionais surgem em diversas ordens jurídicas, exigindo soluções fundadas no entrelaçamento entre elas. Assim, um mesmo problema de direitos fundamentais pode apresentar-se perante uma ordem estatal, local, internacional, supranacional e transnacional (no sentido estrito) ou, com frequência, perante mais de uma dessas ordens, o que implica cooperações e conflitos, exigindo aprendizado recíproco. (Neves, 2009, p. 121).

O transconstitucionalismo emerge, assim, como uma resposta à necessidade de revisitar e expandir os princípios do constitucionalismo tradicional frente aos desafios contemporâneos, que envolvem ordens jurídicas de diferentes níveis, como estatal, internacional, supranacional e transnacional. Embora represente uma adaptação às novas realidades, essa teoria não rompe com os fundamentos do constitucionalismo, ao contrário, amplia para se adequar às circunstâncias atuais, mantendo seu compromisso com a garantia dos direitos fundamentais.

A internacionalização das questões de direitos humanos e fundamentais desafia os limites das jurisdições tradicionais, exigindo uma expansão do constitucionalismo além das fronteiras nacionais. Essa

adaptação reconhece a interdependência entre ordens jurídicas distintas e promove a construção de um sistema mais aberto e apto a enfrentar os desafios de um mundo globalizado (Neves, 2009).

Desse modo, o que caracteriza o transconstitucionalismo

entre ordens jurídicas é, portanto, ser um constitucionalismo relativo a (soluções de) problemas jurídico-constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens. Quando questões de direitos fundamentais ou de direitos humanos submetem-se ao tratamento jurídico concreto, perpassando ordens jurídicas diversas, a “conversação” constitucional é indispensável. Portanto, para que o transconstitucionalismo se desenvolva plenamente é fundamental que, nas respectivas ordens envolvidas, estejam presentes princípios e regras de organização que levem a sério os problemas básicos do constitucionalismo. (Neves, 2009, p. 129).

O transconstitucionalismo não visa criar uma uniformidade constitucional global, mas oferece respostas adaptadas aos desafios constitucionais fragmentados que emergem na sociedade mundial contemporânea. Nesse cenário, essa teoria constitui uma ferramenta valiosa para enfrentar conflitos relacionados aos direitos fundamentais, com especial atenção à proteção da dignidade humana (Neves, 2009).

Dessa forma, o transconstitucionalismo promove a convivência pacífica por meio do diálogo e da integração entre diferentes ordens jurídicas, respeitando a pluralidade e as especificidades de cada contexto. Sua importância é evidente na abordagem de questões jurídico-constitucionais envolvendo direitos fundamentais e humanos que transcendem as fronteiras nacionais. Ao valorizar as experiências de outras ordens jurídicas, o transconstitucionalismo permite superar lacunas e promover ações conjuntas mais eficazes na efetivação desses direitos.

Logo, Neves (2009, p. 297-298) conclui que

o transconstitucionalismo implica o reconhecimento de que as diversas ordens jurídicas entrelaçadas na solução de um problema-caso constitucional - a saber, de direitos fundamentais ou humanos e de organização legítima do poder-, que lhes seja concomitantemente relevante, devem buscar formas transversais de articulação para a solução do problema, cada uma delas observando a outra, para compreender os seus próprios limites e possibilidades de contribuir para solucioná-lo. Sua identidade é

reconstruída, dessa maneira, enquanto leva a sério a alteridade, a observação do outro. Isso parece-me frutífero e enriquecedor da própria identidade porque todo observador tem um limite de visão no “ponto cego”, aquele que o observador não pode ver em virtude da sua posição ou perspectiva de observação. Mas, se é verdade, considerando a diversidade de perspectivas de observação de alter e ego, que “eu vejo o que tu não vês”, cabe acrescentar que o “ponto cego” de um observador pode ser visto pelo outro. Nesse sentido, pode-se afirmar que o transconstitucionalismo implica o reconhecimento dos limites de observação de uma determinada ordem, que admite a alternativa: o ponto cego, o outro pode ver.

De acordo com Marcelo Neves, o transconstitucionalismo trata de questões que “perpassam os diversos tipos de ordens jurídicas” (2011, p. XXI-XXII). Essa abordagem desafia o paradigma do constitucionalismo tradicional, ao reconhecer que questões constitucionais fundamentais são discutidas de maneira integrada entre diferentes ordens jurídicas, especialmente nas cortes constitucionais (Fernandes, 2011).

Marcelo Neves (2011) não propõe um novo modelo de constitucionalismo, mas analisa as relações transconstitucionais existentes, defendendo seu aperfeiçoamento para aumentar a coerência e a efetividade na proteção dos direitos fundamentais. Esses entrelaçamentos não dependem exclusivamente de tratados internacionais, mas surgem, sobretudo, no âmbito interno das ordens jurídicas, a partir de decisões judiciais e do diálogo entre tribunais e juízes.

Como destaca o autor “os problemas constitucionais surgem em diversas ordens jurídicas, exigindo soluções fundadas no entrelaçamento entre elas” (Neves, 2011, p. 121). Esse processo de interação, descrito como uma “conversação” entre ordens jurídicas, não busca impor hierarquias, mas construir identidades jurídicas de maneira reflexiva. Ao observar como outros sistemas tratam questões relacionadas a direitos fundamentais, cada ordem jurídica se reconstrói e se integra de forma reflexiva.

Esse modelo de múltiplas interações é particularmente evidente na questão dos direitos humanos, que constituem um núcleo central do constitucionalismo. A aplicação renovada desses direitos no contexto dos Estados nacionais enfrenta desafios significativos devido às diferenças culturais, jurídicas e institucionais ao redor do

mundo. O transconstitucionalismo surge, nesse cenário, como uma alternativa promissora para aprimorar a proteção dos direitos humanos, promovendo diálogos que conciliem as particularidades de cada sistema jurídico com a busca por soluções compartilhadas (Morais, 2006).

Assim, o transconstitucionalismo se apresenta como uma ferramenta indispensável para a proteção dos direitos humanos em um mundo marcado pela interconexão e pela complexidade. Ao transcender fronteiras estatais, ele exige respostas jurídicas colaborativas, capazes de enfrentar os desafios globais contemporâneos com eficácia e respeito às diversidades locais.

A diversidade nas formas do transconstitucionalismo

Marcelo Neves (2009) identifica, no campo do transconstitucionalismo, diversas formas de interações entre ordens jurídicas distintas. Essas interações podem ocorrer entre tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais e instituições jurídicas locais, demonstrando diferentes níveis de integração jurídica.

De início, Marcelos Neves explora **o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas internacionais e ordens jurídicas estatais**, e argumenta que frequentemente surgem “casos-problema jurídico-constitucionais cuja solução interessa, simultaneamente, às diversas ordens envolvidas” (2012, p. 616).

Essas situações envolvem casos de grande relevância jurídica e constitucional, que demandam a deliberação de múltiplos tribunais, mesmo na ausência de normas claras para a resolução de conflitos de competência. Quando tais normas existem, sua aplicação e interpretação costumam ser objeto de divergência entre os tribunais envolvidos.

Do ponto de vista estatal, o aumento da participação dos tribunais constitucionais em temas relacionados a direitos fundamentais e a limitação do poder reflete a complexidade desses problemas constitucionais, especialmente quando ultrapassam os limites da ordem jurídica interna. No âmbito internacional, por sua vez, os tribunais internacionais assumem questões de relevância constitucional com efeitos diretos sobre Estados e cidadãos, ampliando a convergência jurídica entre essas ordens (Neves, 2012).

No contexto latino-americano, Marcelo Neves (2012) exemplifica essa relação com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, instituído pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). Ao se comparar com as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), criada pela CADH, os tribunais constitucionais dos países signatários reavaliaram suas legislações à luz das diretrizes interamericanas. Tal prática demonstra um diálogo construtivo em temas compartilhados de direitos humanos, fortalecendo a aplicação do direito convencional pelos tribunais nacionais.

Outra dimensão importante é o **transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais**. Segundo Marcelo Neves (2012, p. 621), “entre cortes de diversos Estados vem-se desenvolvendo, de maneira cada vez mais frequente, uma “conversação” transconstitucional mediante referências recíprocas a decisões de tribunais de outros Estados”.

O transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais manifesta-se principalmente por meio da “conversa” entre tribunais de diferentes Estados, que frequentemente recorrem a precedentes e jurisdições de outros países em suas deliberações. Na América Latina, é notável a prática consolidada de citar dispositivos e doutrinas constitucionais estrangeiras em deliberações nacionais.

Nesses casos, evidencia-se contextos onde decisões de cortes constitucionais de diferentes Estados são utilizadas em julgamentos de um tribunal constitucional de outro Estado. Essas referências desempenham um papel central na formação de precedentes (*ratio decidendi*), indo além de simples argumentos auxiliares (*obiter dicta*). Assim, o transconstitucionalismo ultrapassa a influência unilateral de um sistema jurídico sobre outro, configurando uma interação recíproca (Neves, 2009).

A terceira forma abordada por Marcelo Neves é o **transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais e transnacionais**, que envolve normas que emergem não dos Estados, mas de entidades privadas ou quase públicas, como organizações esportivas e comerciais. Marcelo Neves exemplifica esse aspecto com o caso da *lex sportiva*, uma ordem jurídica transnacional desenvolvida para regular o esporte, e o Tribunal Arbitral do Esporte (TAS) como um ator relevante. (Neves, 2012).

Em uma decisão de 2007, o TAS prevaleceu sobre decisões estatais ao decidir favoravelmente à Agência Mundial Antidoping (WADA) contra a Federação Mexicana de Futebol e o Ministério do Esporte mexicano, reafirmando a igualdade entre atletas como princípio transnacional. O TAS, ao decidir favoravelmente à WADA, ignorou as decisões estatais, justificando-se no princípio da igualdade entre atletas, típico das normas transnacionais esportivas. Essa decisão ilustra como o TAS defendeu a uniformidade na aplicação de avaliações antidoping, negando um pedido do atleta de utilizar um laboratório não credenciado pela WADA. Dessa forma, o TAS prevalecia sobre a jurisdição estatal em nome de uma consistência normativa transnacional (Neves, 2012).

O caso levanta um problema central no transconstitucionalismo: o choque entre o princípio de igualdade, defendido pela ordem esportiva transnacional, e o princípio da ampla defesa do atleta, garantido pela ordem jurídica estatal. Isso requer uma interação construtiva entre essas ordens para equilibrar os diferentes valores constitucionais do jogo. Como apontado por Marcelo Neves (2012), esses entrelaçamentos não ocorrem isoladamente, pois as ordens transnacionais se conectam com sistemas estatais, internacionais e supranacionais, criando um sistema jurídico global com múltiplos níveis interconectados.

Já o **transconstitucionalismo entre ordens estatais e locais extra-estatais** se manifesta de forma significativa quando ordens jurídicas estatais discutem questões de âmbito local, especialmente em casos relacionados de povos isolados ou em processo de integração. Esses são casos transconstitucionais, nos quais tanto as ordens jurídicas estatais quanto as ordens locais extra-estatais precisam lidar com conteúdos relacionados aos direitos humanos fundamentais (Neves, 2012).

Um exemplo notável é o debate sobre práticas culturais de infanticídio em tribos indígenas brasileiras. O debate quanto ao direito a vida foi amplamente discutido em uma audiência pública na Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, em razão das práticas culturais de tribos como Suruahá, Yanomami e Yawanawá. Para essas comunidades, pode ocorrer a eliminação de crianças com deficiências físicas ou, no caso dos Yawanawá, de um dos filhos quando ocorre o nascimento de gêmeos, prática que, em regra, se realiza ao deixar a criança na floresta, sem que a comunidade acolha. O Projeto de Lei 1.057/2007, que buscava criminalizar tais práticas, não avançou

devido à complexidade do conflito entre a concepção de “vida” entre as culturas indígenas e o ordenamento jurídico brasileiro (Neves, 2012).

A dificuldade em lidar com essas questões deve, em parte, à ausência de um reconhecimento mais abrangente das cosmovisões indígenas no debate jurídico contemporâneo. Souza Filho (2009) observa que a Constituição Brasileira se mostrou tímida ao não reconhecer o Estado como multiétnico ou plurinacional, apresentando, em vez disso, uma abordagem vaga em relação à diversidade cultural e étnica do Brasil. Essa omissão resulta em uma normatização que apenas tangencia alguns aspectos das comunidades indígenas, sem garantir de maneira plena a autonomia cultural desses povos por parte do poder constituinte. Essa exclusão marginaliza os saberes não-coloniais, permitindo que as elites da matriz europeia imponham o seu próprio modelo de pensamento, promovendo, segundo Santos (2009, p. 10), um verdadeiro “epistemicídio” contra as cosmovisões indígenas.

Essa problemática não se limita a um dilema entre o relativismo ético das culturas particulares e o universalismo moral dos direitos humanos, vai além, ao exigir uma convivência entre ordens jurídicas que se originam de experiências históricas diversas. Isso impõe ao Estado constitucional a necessidade de uma postura moderada em relação à aplicação de suas normas específicas, especialmente quando estes entram em conflito com as normas das comunidades nativas (Neves, 2009).

O transconstitucionalismo, segundo Marcelo Neves (2009), revela-se em um sistema jurídico mundial caracterizado por níveis múltiplos e pela interação entre ordens jurídicas de diferentes naturezas. Esse modelo não limita o entrelaçamento de apenas dois sistemas, mas sim um complexo de ordens que podem incluir desde ordens internacionais e transnacionais até locais e supranacionais, considerando também a coexistência de ordens do mesmo tipo. Esse cenário aponta para um sistema jurídico pluridimensional, onde o mesmo problema constitucional pode ser relevante para uma diversidade de ordens jurídicas. Assim, a abordagem transconstitucional valoriza uma articulação circular, sem que uma ordem se sobreponha de forma hierárquica sobre outra, resultando em relações heterárquicas onde todas as ordens possuem um grau de autonomia e pretendem fundamentação própria.

O transconstitucionalismo de Neves (2009) enfatiza uma “hierarquia entrelaçada”, onde ordens interagem respeitando suas diferenças estruturais e modos específicos de concretização, em vez de seguir uma divisão estrita de tarefas ou uma relação piramidal. O enfoque é em um sistema multicêntrico de ordens jurídicas, que requer moderação para que nenhuma delas se imponha como a autoridade final.

Por fim, Marcelo Neves (2012) aponta para um transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos, enfatizando que a questão dos direitos humanos ultrapassa as fronteiras dos Estados nacionais para envolver múltiplas ordens jurídicas, como as internacionais, supranacionais, transnacionais e locais. As disputas sobre direitos humanos surgem devido a interpretações diversas e conflitantes, influenciadas pelas especificidades culturais e jurídicas de cada ordem normativa.

O transconstitucionalismo pluridimensional propõe uma integração entre essas ordens, especialmente em casos de direitos fundamentais e humanos, criando uma relação transversal entre elas. No Brasil, o transconstitucionalismo tem encontrado espaço de desenvolvimento notável no âmbito do Supremo Tribunal Federal, especialmente em casos de grande repercussão que envolvem matéria de direitos fundamentais.

O STF adotou a doutrina do Estado de Coisas Inconstitucional, originária da jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana, como fundamento para a Medida Cautelar da ADPF nº 347. O reconhecimento dessa tese pelo STF evidencia principalmente à similaridade entre os problemas enfrentados pelo Brasil e pela Colômbia, ambos de natureza eminentemente constitucional, especialmente no que diz respeito à grave violação dos direitos humanos nos sistemas carcerários dos dois países. Esses problemas, dadas suas dimensões, transcendem as fronteiras internas, levando à busca de soluções que ultrapassam o âmbito estatal e elevam a proteção dos direitos humanos a um nível internacional (STF, 2015).

O STF demonstrou um compromisso com o aprendizado recíproco e intercâmbio criativo, considerando a racionalidade transversal entre as duas ordens jurídicas que, teoricamente, pertencem ao mesmo sistema funcional da sociedade mundial. Isso resultou em uma

conversação sobre problemas constitucionais de natureza similar que surgiram de forma fragmentada em ambos os países. Esses problemas, caracterizados por serem transnacionais, envolvem direitos humanos e preceitos fundamentais, sendo urgentes e de difícil solução. Portanto, requerem soluções baseadas no entrelaçamento de pluralidades de diferentes ordens jurídicas, com o objetivo de proteger efetivamente a dignidade de todos os seres humanos, independentemente do erro ou crime cometido (Neves, 2009).

Contudo, é imprescindível que o Estado de Coisas Inconstitucional gere resultados positivos no sistema prisional brasileiro, assim como é crucial que o STF adote uma abordagem semelhante à da jurisprudência colombiana. Na Colômbia, reconheceu-se a inadequação de decisões anteriores e optou-se pelo monitoramento judicial das ações contidas na declaração do ECI, visando garantir que tais medidas sejam efetivamente implementadas e gerem impactos positivos. Isso implica a efetivação dos direitos dos detentos e, consequentemente, na superação da anormalidade constitucional presente no ambiente prisional.

Na perspectiva transconstitucionalista, ocorre a construção dialógica entre os poderes do Estado para a adoção de medidas coordenadas e conjuntas, com responsabilidade coletiva, visando à efetivação de direitos e à solução de demandas decorrentes da atuação e omissão de várias instituições, o que exige essa atuação conjunta (Neves, 2009).

A teoria do Estado de Coisas Inconstitucional desenvolvida pela Colômbia, país latino-americano, e sua posterior adoção pelo Brasil, revelam-se de grande importância para o constitucionalismo e para o avanço do conhecimento jurídico. Ao criar um mecanismo jurídico para atender às necessidades jurídicas e fáticas específicas de seu país, a Colômbia estabeleceu um precedente que se mostrou necessário para outros Estados latino-americanos enfrentando situações semelhantes, como o Brasil.

É evidente que, em um mundo globalizado onde países compartilham problemas comuns e/ou similares, devido à complexidade das demandas jurídicas e à ratificação de tratados e convenções de direitos, que aproximam os tratamentos de problemas jurídicos, o transconstitucionalismo é uma medida importante para a efetivação de direitos, em especial no sistema prisional brasileiro. Seja por meio de

intercâmbio direto ou indireto entre as ordens jurídicas, com a troca de conhecimentos e experiências, essa abordagem facilita a busca por soluções eficazes para desafios jurídicos compartilhados.

Considerações finais

O transconstitucionalismo, de Marcelo Neves, surge como uma resposta teórica à crescente complexidade das interações jurídicas em um mundo globalizado. No contexto brasileiro, essa abordagem é especialmente relevante diante de problemas estruturais como as violações de direitos humanos no sistema prisional brasileiro. A tese do Estado de Coisas Inconstitucional, adotada pelo Supremo Tribunal Federal, ilustra a necessidade de soluções jurídicas que transcendam os limites estatais e promovam o diálogo entre diferentes ordens normativas.

A análise evidenciou que o transconstitucionalismo, ao articular múltiplas ordens jurídicas de forma heterárquica e multicêntrica, oferece um modelo eficaz para a superação de problemas constitucionais complexos. No caso do sistema prisional brasileiro, a aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional revelou o potencial dessa abordagem ao incentivar o aprendizado recíproco e a coordenação entre instituições nacionais e internacionais.

Conclui-se que o transconstitucionalismo não apenas contribui para a solução de problemas jurídico-constitucionais, mas também promove uma maior proteção aos direitos fundamentais em contextos marcados por desigualdades estruturais. A interação dinâmica entre ordens jurídicas locais, nacionais e internacionais evidencia a importância de um sistema jurídico pluridimensional para enfrentar os desafios contemporâneos, reforçando o papel do diálogo transconstitucional na promoção da justiça global e da dignidade humana.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF [online]. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Inteiro Teor do Acórdão, 09 set. 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/>

<paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 01 abr. 2024.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Direitos Humanos na Constituição: um núcleo central do Constitucionalismo*. São Paulo: Saraiva, 2006.

NEVES, M. Transconstitucionalismo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NEVES, M. Transnacionalidade do Direito. Novas Perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

NEVES, M. Transcontitucionalismo: Breves considerações com especial referência à experiência Latino-Americana. Estudos em homenagem ao professor doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Volume III. Coimbra Editora, 2012.

SANTOS, B. de S.; MENESSES, M. P. (Orgs.). *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Biblioteca Nacional de Portugal, 2009.

SOUZA FILHO, C. F. M. *O Renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

Capítulo 5

ACESSO À JUSTIÇA: DESAFIOS E TRANSFORMAÇÕES NA MEDIAÇÃO SOB A PERSPECTIVA WARATIANA

Lisiane Falk¹

Osmar Veronese²

Introdução

Este estudo apresenta uma análise da mediação de conflitos entre indivíduos como estratégia que facilita e amplia o acesso à justiça, promovendo um modelo mais inclusivo e centrado no consenso. A mediação é explorada como um recurso jurídico e social capaz de transcender a lógica adversarial dos tribunais, ao criar um espaço de diálogo em que as partes possam expressar suas necessidades e visões de maneira autêntica. Nesse contexto, a mediação não se limita a resolver conflitos pontuais; ela se torna um meio de construir uma justiça que acolhe a diversidade de experiências e perspectivas, promovendo a inclusão e o respeito mútuo em um contexto multicultural.

A mediação é entendida aqui como um recurso essencial para a efetivação de direitos individuais e coletivos, indo além do mero acesso

-
- 1 Mestranda em Direito pela URI Campus Santo Ângelo. Bacharela em Direito. Cursando MBA em Direito do Trabalho e Previdenciário pela UNIJUÍ Campus de Ijuí. Advogada com registro profissional OAB/RS 111.676. e-mail lisifalk@hotmail.com.
- 2 Doutor em Modernización de las Instituciones y Nuevas Perspectivas en Derechos Fundamentales pela Universidad de Valladolid/España (2011), com diploma revalidado pela Universidade Federal de Pernambuco (2012). Mestre em Sociedade e Estado em Perspectiva de Integração pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1998). Graduado em Direito pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo (1991) e em Tecnologia Agronômica, Modalidade Cooperativismo, pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (1986). Professor de Direito Constitucional na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI (1999), integrando o Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado e Doutorado em Direito. Procurador da República, Ministério Público Federal (1997). Líder do Grupo de Pesquisa ?Direitos de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas?, com registro no CNPQ, vinculado à linha de pesquisa Direito e Multiculturalismo, do PPG ? Mestrado e Doutorado em Direito da URI/Santo Ângelo/RS. E-mail: osmarveronese@san.uri.br.

ao sistema judicial. Em uma sociedade plural, composta por diferentes culturas, valores e experiências, o acesso à justiça ganha relevância como instrumento de promoção da cidadania e da equidade. Neste sentido, ao reconhecer e valorizar as particularidades de cada indivíduo e grupo, o processo de mediação reforça o papel da justiça como mecanismo de integração social e de fortalecimento dos laços comunitários.

A análise desenvolvida neste estudo busca destacar a importância de uma estrutura jurídica que não apenas assegure a proteção de direitos, mas que atue de forma a incentivar a participação ativa e o envolvimento da comunidade na resolução de conflitos. Isso se torna particularmente relevante em sociedades multiculturais, onde o respeito à diversidade é fundamental para uma convivência harmoniosa e para a construção de uma justiça que atenda às necessidades de todos. O envolvimento comunitário e o apoio a mecanismos participativos são elementos-chave para transformar a justiça em uma prática acessível e transformadora, que não só assegura direitos, mas que também promova uma convivência pacífica e integradora entre os diferentes grupos sociais.

A prática da mediação, conforme idealizada por Luís Alberto Warat, ganha destaque neste cenário, ao propor uma abordagem que vai além das interpretações jurídicas e técnicas, incorporando aspectos culturais e simbólicos dos envolvidos. Warat enfatizava a mediação como um espaço de comunicação genuína, onde emoções, subjetividades e particularidades dos indivíduos são reconhecidas e respeitadas. Ele defendia que a mediação requer escuta ativa, empatia e a criação de um ambiente propício para que as pessoas expressem seus sentimentos e anseios de maneira autêntica, buscando não apenas a resolução do conflito, mas uma compreensão mútua e uma reconciliação mais profunda.

Assim, este estudo pretende oferecer uma reflexão sobre o papel da mediação na construção de uma justiça inclusiva e multicultural, em que o respeito às diferenças e o diálogo entre as diversas culturas e experiências se tornam centrais para o fortalecimento da cidadania e da democracia.

Desenvolvimento

O estudo tem como objetivo investigar como a mediação pode contribuir para um sistema de acesso à justiça mais inclusivo

e participativo, fortalecendo a democracia e a cidadania através da promoção da inclusão social.

É importante examinar a questão do acesso à justiça considerando a concretização dos direitos individuais, tendo em vista sua relação com o fortalecimento da participação ativa na sociedade.

A estratégia adotada consistirá em relacionar o assunto com a prática da mediação, já que se questiona sobre o desenvolvimento teórico da interação dos indivíduos na formação das sentenças judiciais, através de conversas que humanizem a entrada no sistema jurídico.

O significado da ideia de acesso à justiça, tanto em sua definição quanto em sua natureza jurídica, é bastante amplo, podendo se referir a um princípio, um direito ou uma garantia. Essas diferentes interpretações serão exploradas ao longo do texto, sem que haja uma avaliação de seu significado. (AZEVEDO, 2016).

É importante destacar a distinção entre conciliação e mediação, pois muitas vezes esses termos são confundidos devido à sutileza de suas diferenças. A conciliação geralmente ocorre no âmbito judicial, como por exemplo nos Juizados Especiais Cíveis, onde é agendada uma audiência de conciliação com um conciliador designado pelo Judiciário. Caso as partes cheguem a um acordo, o juiz irá homologá-lo. Se não houver acordo, será marcada uma audiência de instrução e julgamento. É relevante ressaltar que antes do início da audiência de instrução e julgamento, o magistrado oferecerá às partes a oportunidade de buscar um acordo para a resolução do conflito. (AZEVEDO, 2016).

A mediação é um processo de resolução de conflitos que visa a criação de um ambiente de diálogo no qual as partes envolvidas podem expressar suas perspectivas e encontrar soluções consensuais e colaborativas. Diferente de métodos mais tradicionais, como a conciliação e a arbitragem, onde muitas vezes um terceiro exerce um papel decisório, a mediação coloca o foco na autonomia dos indivíduos e na busca de um entendimento mútuo. Esse processo é conduzido por um mediador imparcial, cuja função principal é facilitar o diálogo e incentivar a comunicação aberta, respeitosa e empática entre os participantes, permitindo que identifiquem seus interesses reais e possíveis pontos de acordo. (AZEVEDO, 2016).

Sob a perspectiva de Luís Alberto Warat, a mediação transcende o aspecto jurídico e técnico, sendo uma prática que envolve aspectos

emocionais, culturais e simbólicos das partes envolvidas. Warat argumenta que a mediação deve ser vista como um espaço de encontro humano, onde as subjetividades são respeitadas e onde é possível reconstruir as relações sociais abaladas pelo conflito. Segundo essa visão, a mediação é também uma ferramenta de transformação social, pois incentiva a compreensão das diferenças e a valorização do multiculturalismo, promovendo um espaço de convivência mais harmônico. (WARAT, 2004).

O conceito de acesso à justiça tem se expandido, indo além da simples possibilidade de acionar o sistema judicial e abrangendo a garantia de uma justiça que seja efetiva, participativa e inclusiva. Acesso à justiça, nesse sentido, não se limita ao direito de recorrer aos tribunais, mas envolve a criação de oportunidades para que todas as pessoas possam resolver seus conflitos de maneira digna, humana e adequada às suas realidades culturais e sociais. Trata-se de assegurar que o sistema de justiça seja, de fato, acessível, acolhedor e sensível às particularidades de cada caso, especialmente no que se refere às comunidades historicamente marginalizadas e vulnerabilizadas. (AZEVEDO, 2016).

Neste contexto, a mediação surge como uma via alternativa ao litígio tradicional, proporcionando um ambiente menos formal e mais colaborativo para a resolução de disputas. Ela reforça a ideia de que o acesso à justiça deve incluir a possibilidade de participação ativa dos indivíduos na construção de soluções para seus conflitos, sem que se sintam pressionados ou subjugados por decisões impostas de maneira unilateral. A mediação promove, assim, uma justiça restaurativa e humanizada, onde o foco se desloca da punição para a restauração das relações e a construção de consensos. (AZEVEDO, 2016).

Ao adotar uma abordagem multicultural, a mediação reconhece a diversidade dos indivíduos e valoriza o diálogo intercultural como base para a justiça. Esse processo respeita as diferenças e permite que as partes tragam para a resolução do conflito suas próprias identidades, valores e experiências, promovendo uma solução que seja significativa e respeitosa para todos os envolvidos. Dessa forma, o acesso à justiça por meio da mediação contribui para a construção de uma sociedade mais inclusiva, onde a resolução de conflitos é uma oportunidade para o crescimento pessoal e social, refletindo o compromisso com a equidade e a cidadania. (AZEVEDO, 2016).

O papel do mediador é mais claro e objetivo. Mesmo sem autoridade para tomar decisões, ele tem influência direta na escolha

das partes, podendo oferecer conselhos e recomendações. A meta da mediação é fazer com que as partes alcancem um consenso, que será validado pelo Juiz de Direito, encerrando assim o processo judicial. (AZEVEDO, 2016).

A conciliação é empregada para resolver situações em que geralmente não há laços de relacionamento entre as partes envolvidas, sendo o litígio o único vínculo existente. Por outro lado, a mediação tem como objetivo manter os laços existentes entre as partes em conflito. Nesse método, o mediador atua de forma neutra e imparcial, sem dar opiniões ou sugestões. Sua função é ajudar as partes a deixarem de lado as mágoas do conflito, facilitando o diálogo e permitindo que cheguem a um acordo com o qual ambas concordem. É importante ressaltar que a decisão final cabe exclusivamente às partes envolvidas.

A ideia de acesso à justiça é muitas vezes entendida de forma simplificada, sendo vista apenas como a capacidade de recorrer ao sistema judicial ou mesmo como o direito de entrar com uma ação. Os autores apontam de maneira precisa que essa visão é baseada na estrutura do sistema jurídico ocidental, que coloca o Poder Judiciário como responsável por resolver os conflitos da sociedade. Essa abordagem leva a crer que acessar a justiça significa apenas ter acesso ao sistema judicial, como forma de garantir o respeito aos direitos ameaçados e/ou violados. (URQUIZA; CORREIA, 2001).

A entrada no sistema judicial, como um princípio essencial, direito e garantia, é fundamental para o correto funcionamento de um Estado baseado no Estado de Direito, visando proporcionar uma igualdade real e efetiva para todos os cidadãos, e não apenas uma igualdade meramente formal, conforme previsto em leis. De acordo com Mauro Cappelletti e Bryant Garth, o conceito de acesso à justiça implica em enxergar o Estado como o responsável pela criação, promoção e garantia dos direitos dos indivíduos. Na prática, essa é a finalidade de sua existência, no entanto, a realidade da exclusão dos cidadãos na tomada de decisões estatais acabou por gerar e perpetuar desigualdades sistêmicas. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Boaventura de Sousa Santos, promoveu uma reflexão importante sobre a questão do acesso à justiça, apontando que a sociedade contemporânea enfrenta desafios decorrentes das promessas não cumpridas da modernidade, o que gerou um acúmulo de problemas e

injustiças. O progresso dos Estados foi marcado por sinais evidentes de desigualdade e exclusão, levando muitas pessoas a serem excluídas dos processos de crescimento e liberdade. (SANTOS, 2014).

A abordagem sociológica elaborada por Boaventura aborda a mudança do Estado Liberal para o Estado Social, onde a importância do acesso à justiça passou a ser valorizada como um elemento fundamental para garantir efetivamente os direitos, não apenas declará-los. (SANTOS, 2014).

É possível concluir que a análise do conceito de acesso à justiça se relaciona com a cidadania, não se restringindo apenas a uma ideia formal, mas sim, o exercício desse direito permite a efetivação de direitos.

O acesso à justiça no Brasil está assegurado pela Constituição, que trouxe avanços significativos para a ordem jurídica do país. A inclusão do direito de acesso à justiça promoveu uma mudança na relação entre o indivíduo, o Estado e a sociedade. Agora, é possível recorrer aos tribunais caso haja violação ou ameaça de direitos, mesmo que o agente violador seja o próprio Estado. Dessa forma, a Constituição enfatiza a importância dos direitos humanos e fundamentais como pilares do Estado, garantindo sua continuidade. O Código de Processo Civil de 2015 também reforça a importância das normas processuais para garantir o acesso à justiça a todos os cidadãos. (BRASIL, 2015).

No ano de 2010, foi estabelecida pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ a Resolução de número 125, que introduziu a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos de Interesses no âmbito do Poder Judiciário. Esta resolução teve como objetivo incentivar e aprimorar os métodos consensuais de resolução de conflitos de forma permanente. Com essa medida, a conciliação e a mediação foram reconhecidas e regulamentadas como meios eficazes para garantir que a população tenha acesso à resolução de conflitos de forma adequada e específica. O CNJ, ao implementar essa resolução, buscava uma nova imagem do Poder Judiciário, voltada para o atendimento das necessidades da sociedade. Além disso, a Resolução nº 125 trouxe um novo paradigma no direito nacional, baseado na busca de consenso e na participação direta das partes envolvidas em conflitos. (AZEVEDO, 2016).

O guia do CNJ sobre Mediação Judicial, define a mediação como um processo que busca promover a justiça distributiva, já que incentiva as partes a cooperarem e conciliarem entre si, dialogando e buscando a melhor solução para o conflito em questão. A relevância da mediação se dá pelo fato de ser uma ferramenta eficaz para aproximar indivíduos em conflito, fornecendo meios para restaurar a comunicação entre eles, ajudando-os a identificar seus interesses reais, apoiando-os e fazendo com que reconheçam sua responsabilidade na busca por uma solução mais adequada para suas disputas. (AZEVEDO, 2016).

A Lei nº 13.140/2015, que estabelece as diretrizes da mediação no território nacional, define, em seu art. 1º, parágrafo único, o conceito de mediação como o processo de construção de um acordo para solucionar um conflito de forma consensual, de acordo com o mencionado texto. Dessa forma, percebe-se que o legislador não fez distinção entre os conceitos de mediação e conciliação. Assim, o estudo aprofundado desse processo leva em consideração contribuições de diversas áreas do conhecimento, como Psicologia, Psicanálise, Serviço Social, Sociologia, Direito, Administração, Antropologia e Filosofia, já que essas disciplinas fazem parte da vida em sociedade e oferecem saberes que podem ser úteis para aplicar a mediação em diversos contextos. (AZEVEDO, 2016).

Na sua definição mais apropriada, pode-se afirmar que a mediação é uma atividade que se baseia na comunicação, através da qual as pessoas buscam manter ou restaurar as relações sociais. A base da mediação envolve o entendimento multidisciplinar desse processo, que considera os diferentes aspectos relacionados à origem e resolução dos conflitos interpessoais.

A mediação vai além de ser considerada apenas como uma ferramenta secundária ou complementar na resolução de conflitos interpessoais; de acordo com o autor, a mediação possui uma abrangência e eficácia maiores. De acordo com ele, no processo de mediação, ocorre a superação do pensamento dualista, no qual a realidade é vista de forma alternativa e excludente, como um ou outro; em vez disso, surge a concepção do pensamento triádico, que engloba e reconhece a coexistência da realidade do um e do outro, valorizando a perspectiva do outro indivíduo e acolhendo-o. (SIX, 2001).

Com base nessa ideia, entende-se que, ao resolver conflitos por meio de decisões judiciais, são considerados aspectos como a legalidade, moralidade, compatibilidade e incompatibilidade. Por outro lado, na resolução de disputas levando em conta a singularidade de cada caso, surgem diversas opções disponíveis, resultando na viabilidade de alcançar acordos e soluções através do diálogo e definição de estratégias pelos envolvidos. (SIX, 2001).

Durante a mediação, busca-se que os envolvidos compartilhem as diversas perspectivas de sua narrativa compartilhada, expressem seus sentimentos, o que tem o objetivo de guiá-los na direção de construir em conjunto o desfecho desejado. Logo, a mediação é, acima de tudo, um processo dinâmico.

Entende-se que a mediação é uma abordagem para solucionar conflitos que busca facilitar a reconciliação entre as partes através do diálogo, ajudando-os a identificar soluções restauradoras tanto para si mesmos quanto para o outro lado envolvido na disputa, promovendo uma abordagem de igualdade e proximidade para alcançar uma justiça mais efetiva para todos os envolvidos.

Luís Alberto Warat, jurista e filósofo argentino radicado no Brasil, teve uma influência significativa no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente por suas ideias inovadoras sobre a mediação de conflitos, a teoria do direito e a forma de ensinar e compreender o fenômeno jurídico. Warat criticava a rigidez e a formalidade excessiva do direito, defendendo uma abordagem mais humanista e plural, na qual as emoções, a subjetividade e o contexto cultural dos envolvidos fossem considerados na resolução de conflitos.

No campo da mediação, Warat é amplamente reconhecido por sua visão de que esse processo deveria transcender o formalismo jurídico e atuar como um “reencontro amoroso” entre as partes em disputa. Ele via a mediação como um espaço para a comunicação autêntica e a restauração de vínculos sociais, sugerindo que os conflitos não fossem apenas interpretados como problemas técnicos, mas como oportunidades para crescimento pessoal e social. Esse enfoque influenciou práticas no Brasil, onde a mediação é cada vez mais vista como uma alternativa ao litígio, incentivada por legislações como a *Lei de Mediação* (Lei nº 13.140/2015) e a *Resolução CNJ nº 125/2010*, que promove a mediação e conciliação como métodos preferenciais para resolver conflitos judiciais. (AZEVEDO, 2016).

Warat também propôs uma visão crítica da formação jurídica tradicional, afirmando que a educação jurídica deveria ser mais interdisciplinar e menos dogmática, favorecendo uma visão que integrasse a realidade social, a cultura e o comportamento humano. Seus ensinamentos influenciaram reformas curriculares e práticas pedagógicas em cursos de Direito no Brasil, promovendo uma abordagem de ensino mais crítica, reflexiva e humanista. No ordenamento jurídico brasileiro, a filosofia de Warat contribuiu para o fortalecimento da justiça restaurativa, uma perspectiva que prioriza o diálogo e a reparação dos laços sociais, em vez de simplesmente aplicar sanções punitivas. Essa abordagem é visível em práticas adotadas em diversas esferas, como nos Juizados Especiais e em programas de mediação escolar e comunitária, onde a ênfase está na construção de soluções colaborativas e na promoção de uma justiça mais inclusiva e humanizada. (WARAT, 2001).

Assim, a obra de Warat impacta o direito brasileiro ao incentivar uma visão mais empática e multidisciplinar, integrando a subjetividade e a experiência humana ao sistema de justiça, com o objetivo de torná-lo mais acessível, efetivo e transformador. (WARAT, 2001).

Conforme Warat, a mediação é vista como uma forma de terapia que promove o reencontro mediado ou amoroso. A abordagem da mediação, sob a ótica do reencontro, busca uma conexão com o outro, incentivando uma nova compreensão sobre os conflitos e sobre si mesmo através de um diálogo construtivo com a perspectiva e o lugar do outro. Nesse sentido, a mediação como terapia do amoroso reencontro se baseia nos processos de amor e desamor presentes na vida de cada indivíduo, gerando emoções diversas como alegria, tristeza, desânimo, ilusão, esperança, impotência e vazio. É a partir do amor ou do desamor que a personalidade se desenvolve e se adquire novos aprendizados. Portanto, a mediação ajuda as pessoas a se auto conhecerem e a lidarem com seus conflitos. (WARAT, 2001).

A mediação favorece a compreensão do próximo, uma vez que ao longo de seu progresso, surgem diversas trocas comunicativas, focadas na diferença em relação ao próximo e sua trajetória.

É possível recorrer à mediação não apenas para resolver conflitos específicos, mas também para preservar os laços sociais, uma vez que a restauração do diálogo favorece interações construtivas entre as pessoas, permitindo o desenvolvimento de um entendimento pessoal e comunitário. Dessa forma, a mediação em si é multidisciplinar, visando

abranger a complexidade e integralidade do ser humano. Mediar significa agir em prol da vida e da preservação dos laços sociais, promovendo soluções cooperativas e relações sociais sustentáveis. (WARAT, 2001).

Além disso, Warat desempenha um papel crucial, eficiente e construtivo para a sociedade contemporânea e suas dificuldades, já que sua obra é caracterizada pela empatia, pelo afeto, inovação e pela interligação de disciplinas, uma vez que ele defende que a sociedade atual carece de compaixão pelo próximo e, portanto, é preciso resgatar alguns sentimentos. (WARAT, 2004).

O cuidado com a formação no campo do direito foi um dos aspectos mais importantes para o autor, que se interessava pela pessoa e suas complexidades além do conhecimento jurídico, conforme destacado:

Cheguei como argentino exilado ao Brasil, e me contagiei de seu modo de contagiarse a ponto de não poder reconhecer-me mais nesse intelectual portenho que um dia desembarcou quase como um desaparecido mais da repressão militar. Cheguei kelseniano, impregnado de alguns dos vícios do paradigma moderno, mas também contagiado do pensamento dissidente francês: Barthes e outros. Vim já sendo a ovelha negra da filosofia analítica argentina. Instalei-me no Rio Grande do Sul contagiado de um pensamento contra dogmático e já querendo fugir da metodologia do ensino do Direito que começava a instalar-se no pensamento jurídico latino-americano. (WARAT, 2004, p.190-191).

Desta forma, o foco em educar e compartilhar o saber abrangente (social e humano) eram facetas e interesses presentes no dia a dia do docente. Nesse caminho, destacando essa relevante qualidade do professor mencionado acima se torna essencial valorizar sua atenção ao próximo na mudança da sociedade e enxergar o indivíduo de maneira humanizada para promover e criar ambientes mais benéficos na procura por respostas mais eficazes. Importante ressaltar que de maneira inovadora e harmoniosa os desentendimentos podem ser encarados como uma oportunidade de aproximação na interação estabelecida. (WARAT, 2004).

Destaca-se que a mediação surge com o objetivo de desvendar o método convencional desempenhando uma função educativa e social de grande importância, permitindo que as partes em conflito consigam

recuperar a comunicação e chegar a um acordo favorável para ambas as partes. (WARAT, 2004).

A capacidade do respeitado estudioso em explorar a psicanálise social e suas dificuldades, Warat:

Para amar é preciso encontrar o outro em sua reserva selvagem. Algo duro, que não é fácil, obriga cada parceiro a passar por uma revolução que o transforme, porque se queres encontrar a alguém em tua reserva, terás que permitir que essa pessoa chegue a tua reserva. Tua reserva selvagem terá que voltar a se desarmar, terá que ficar absolutamente desarmada. Algo que traz muito risco [...] O amor é doloroso porque nos deixa sem armaduras, vulneráveis, o amor nos coloca no risco, fora dos cálculos, fora dos portos seguros. (WARAT, 2004, s.p.).

Dentro desse cenário, a mediação inspirada em Warat busca resgatar tais emoções ao ser permeada por amor, compaixão, carinho, respeito à diversidade e com o propósito de fomentar a harmonia social por meio da resolução dos conflitos. O docente Alexandre Moraes da Rosa destaca a mediação Waratiana como essencial para enxergar o conflito de forma abrangente e não hierárquica. (WARAT, 2004).

Dentro dessa perspectiva, o escritor destaca a importância de encarar o conflito como uma chance positiva, benéfica e transformadora, destacando que as pessoas têm a capacidade e a obrigação de resolver suas divergências (de maneira abrangente). A reconstrução livre do que cada um almeja para resolver o conflito é a melhor forma de garantir que a solução alcançada seja satisfatória, já que, caso contrário, não haveria motivo para buscar o consenso. (WARAT, 2004).

É necessário ressaltar que a maneira mais eficaz de promover a democracia e garantir os direitos humanos é por meio da mediação, que se apresenta como uma ferramenta para o exercício da cidadania. Através desse processo, as partes em conflito são orientadas e incentivadas a tomar decisões por si mesmas, sem a interferência de terceiros, promovendo assim uma cultura de paz e enfatizando a importância de práticas construtivas para ajudar a todos. (WARAT, 2004).

De acordo com Warat, a mediação é uma alternativa para resolver conflitos na sociedade contemporânea, que está cada vez mais focada em processos judiciais e na busca por verdades absolutas. O autor argumenta que muitas vezes a verdade buscada pelo sistema judicial é

ilusória, não levando em consideração as diferentes vontades das partes envolvidas. (WARAT, 2004).

A mediação é essencial para promover um ambiente de confiança e respeito entre os envolvidos, preservando o estado emocional das pessoas, ao contrário do que aconteceria em um litígio judicial. A mediação representa uma abordagem humanizada e a transdisciplinaridade desempenha um papel fundamental no progresso. (WARAT, 2004).

Neste contexto, um ambiente de cooperação que promove novos comportamentos adequados à sociedade atual, carente e necessitada de bons exemplos para alcançar um equilíbrio social e harmonioso. Portanto, compreender o conhecimento implica em entender que ele não é algo definitivo e concluído, mas sim um processo em constante evolução e situado, sendo essencial adaptá-lo às demandas individuais e coletivas, reinventando o pensamento sem simplesmente reproduzi-lo, buscando assim promover a curiosidade e contribuir para a formação de uma sociedade mais consciente de seu papel. (WARAT, 2004).

Portanto, a abordagem mais humana diante dos desafios da atualidade deve ser encarada como uma chance de enxergar novas possibilidades diante das situações conflituosas. Através da perspectiva humanizada dos conflitos que se ressalta a importância de um período de reflexão e busca pelo equilíbrio interno.

A mediação, como terapia do reencontro amoroso, parte da ideia de que os processos de amor e desamor se encontram na vida de toda pessoa; que os vínculos afetivos formam parte de sua socialização e contribuem para o seu bem estar, ou sua infelicidade no dia a dia, sendo um componente estrutural no desenrolar dos conflitos e na possibilidade de estabelecer com o outro uma diferença neles. (WARAT, 2004, p.75).

Desta forma, a procura por uma solução mais eficaz dos problemas sociais requer a colaboração de todos, sendo evidente que por meio de abordagens diferentes para resolver conflitos podemos almejar por uma comunidade menos desinformada e mais inclusiva, além de alcançar um nível de maturidade social no qual o respeito e a educação são fundamentais para uma convivência harmoniosa. (WARAT, 2004).

Sob essa ótica, os momentos de desentendimento são reservados aos participantes da sociedade e seus desconfortos, ou seja, somente

quem está vivenciando esse atrito sabe o quanto difícil é expressar e descrever a intensidade de sua aflição. A prática da mediação proporciona essa oportunidade para que os indivíduos em conflito possam compartilhar seus desconfortos e suas dores, possibilitando que eles mesmos cheguem a uma resolução. Dessa maneira, a mediação tem como base a restauração da comunicação e a transformação dos envolvidos na busca por uma harmonia nas relações interpessoais. A mediação transformadora permite a construção de um diálogo entre as diversidades baseado na equidade, visando promover a compreensão mútua entre os sentimentos em discordância. (WARAT, 2004).

Em busca de promover mudanças sociais, busca-se ferramentas que auxiliem nesse processo, visualizando os conflitos como oportunidades. Destaca-se a mediação como uma alternativa de resolução de conflitos, buscando a paz através do diálogo. Ao longo dos anos, a mediação tem sido implementada em diferentes contextos, e devido aos resultados positivos obtidos, torna-se cada vez mais necessário e importante incentivar essa prática.

Portanto:

Muitas coisas em um conflito estão ocultas, mas podemos sentir-las. Se tentarmos entendê-las, não encontraremos nada, corremos o risco de agravar o problema. Para mediar, como para viver, é preciso sentir o sentimento. O mediador não pode se preocupar por intervir no conflito, transformá-lo. Ele tem que intervir sobre os sentimentos das pessoas, ajudá-las a sentir seus sentimentos, renunciando a interpretação. Os conflitos nunca desaparecem, se transformam; isso porque, geralmente, tentamos intervir sobre o conflito e não sobre o sentimento das pessoas. Por isso, é recomendável, na presença de um conflito pessoal, intervir sobre si mesmo, transformar-se internamente, então, o conflito se dissolverá (se todas as partes comprometidas fizerem a mesma coisa). O mediador deve entender a diferença entre intervir no conflito e nos sentimentos das partes. O mediador deve ajudar as partes, fazer com que olhem a si mesmas e não ao conflito, como se ele fosse alguma coisa absolutamente exterior a elas mesmas. Quando as pessoas interpretam (interpretar é redefinir), escondem-se ou tentam dominar (ou ambas as coisas). Quando as pessoas sentem sem interpretar, crescem. Os sentimentos sentem-se em silêncio, nos corpos vazios de pensamentos. As pessoas, em geral, fogem do silêncio. Escondem-se no escândalo das palavras. Teatralizam os sentimentos, para não os sentires. O

sentimento sentido é sempre aristocrático, precisa da elegância do silêncio. As coisas simples e vitais como o amor entende-se pelo silêncio que as expressam. A energia que está sendo dirigida ao ciúme, à raiva, à dor tem que se tornar silêncio. A pessoa, quando fica silenciosa, serena, atinge a paz interior, a não violência, a amorosidade. Estamos a caminho de tornarmo-nos liberdade. Essa é a meta mediação. (WARAT, 2004, p. 26).

Com isso, Warat propõe uma análise da área jurídica e influências externas na nossa estrutura social, afastando a ideia de que o conflito seja algo inflexível. Ao contrário, ele enxerga o conflito como uma oportunidade benéfica e construtiva para que as partes envolvidas possam chegar a suas decisões através do diálogo e do respeito mútuo. (WARAT, 2004).

Dentro desse cenário, durante a mediação os participantes são incentivados a solucionar suas questões por meio de conversas visando atingir um acordo satisfatório para ambos os lados, promovendo a transformação e reconstrução dos laços, permitindo uma nova chance para a relação que estava abalada. Portanto, lidar com os conflitos de maneira humanizada significa capacitar a sociedade a resolver os desentendimentos por meio do diálogo, respeito e reflexão diante dos desafios de uma comunidade em busca de uma melhoria constante.

É fundamental mudar a perspectiva com a qual enxergamos as relações, adotando uma abordagem mais empática e compassiva para promover uma gestão construtiva dos conflitos. Precisamos considerar a ideia de abordar os conflitos de forma a promover a harmonia, resolver os problemas e manter a paz, visando criar um ambiente saudável, equilibrado e tranquilo.

Destaca-se a relevância de procurar soluções que visam transformar o conflito em uma chance, seja para evoluir individualmente, seja para fortalecer laços de maneira positiva, seja para edificar uma comunidade mais independente.

Com essa abordagem humanizada e empática na resolução de conflitos, a mediação waratiana se destaca ao promover a autonomia dos envolvidos, permitindo que eles mesmos encontrem soluções sem recorrer ao sistema judiciário. Isso proporciona uma nova perspectiva nas relações humanas e na superação de desafios.

Conclusão

Com base nas ideias expostas, é viável inferir que o acesso ao sistema judiciário representa uma ferramenta crucial para a garantia dos demais direitos humanos e fundamentais na comunidade. A argumentação destacou que o acesso à justiça vai além da capacidade de um indivíduo recorrer aos tribunais para resolver um litígio, mas também diz respeito à salvaguarda de seus direitos e à sua atuação no procedimento legal.

O emprego da mediação de desacordos é uma maneira eficaz de incentivar o desenvolvimento da cidadania e garantir o acesso à justiça. Isso porque a mediação estimula a participação ativa do indivíduo na resolução de seus próprios problemas, facilitando a construção de uma justiça sustentável e inclusiva, ao promover a comunicação, a compreensão mútua e a colaboração entre as partes em conflito.

Os desentendimentos levados à mediação vão além do aspecto legal e se baseiam nos sentimentos, no subconsciente, criando laços com diversas camadas e, por esse motivo, exigem uma abordagem interdisciplinar. Enquanto a resolução de conflitos através da aplicação da lei pode resultar no rompimento das relações sociais, a mediação atua como uma ferramenta para preservar essas relações, promovendo a interação e incentivando a colaboração entre as partes em conflito.

Através da abordagem interdisciplinar que considera o ser humano em sua totalidade, buscar uma justiça que vá além das normas legais, uma justiça capaz de se aproximar das pessoas em conflito. Uma justiça que possa reduzir a miséria humana, que reconheça a dignidade da condição humana como algo supremo.

Referências

AZEVEDO, André Gomma (Org.). **Manual de mediação judicial.** 6. ed. Brasília: CNJ, 2016.

BARBOSA, Águida Arruda. Mediação e princípio da solidariedade humana. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família e solidariedade.** Rio de Janeiro: IBDFAM, Lumen Juris, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República**

Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 agosto. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015a. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 agosto. 2024.

CAPELLETTI, Maur; GARTH, Bryan. Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie
Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. Família, separação e mediação: uma visão psicожurídica. São Paulo: Método, 2007.

CORTINA, Adela. Cidadãos do mundo: para uma teoria da cidadania. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 6.8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SALES, Lília Maia de Moraes. Mediação de conflitos: família, escola e comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma revolução democrática da justiça. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2014.

SILVA, Antônio Hélio. Arbitragem, Mediação e Conciliação. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Mediação, arbitragem e conciliação.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

SIX, Jean François. Dinâmica da mediação. Tradução Giselle Groenninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

URQUIZA, Antônio Aquilera; CORREIA, Adelson Luiz. Acesso à justiça em Cappelletti/Garth e Boaventura de Souza Santos. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 20, n. 8, p. 305-319, maio/ago. 2018.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de conflitos e práticas restaurativas. São Paulo: Método, 2008.

WARAT, Luís Alberto. **O ofício do mediador.** Florianópolis: Habitus, 2001.

WARAT, Luis Alberto. **A digna voz da majestade: Lingüística e argumentação jurídica, textos didáticos.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador II: a escuta dos marginalizados.** Surfando na pororoca, v. 3. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

Capítulo 6

ADOÇÃO HOMOPARENTAL: UMA ANÁLISE JURÍDICA E ANTROPOLÓGICA SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS

Tamires Eidelwein¹

Osmar Veronese²

Gabriel Eidelwein Silveira³

Introdução

Esta pesquisa teórica situa-se na área da Antropologia do Direito e adota a perspectiva dos Direitos Humanos, com foco nos direitos das minorias. A escolha desse enfoque decorre da

-
- 1 Mestra em Antropologia - PPGAnt/UFPI. Doutoranda em Direito - área de concentração em Direitos Especiais -, Bolsista do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições Comunitárias de Educação Superior (PROSUC), administrado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (PPGDireito/URI/SAN). Especialista em Direito Penal e Processo Penal. Especialista em Direito Constitucional e Administrativo. Advogada OAB/PI 17.335. E-mail: tamidarosa@gmail.com, Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0943227530942686>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1935-1746>.
 - 2 Doutor em Modernización de las Instituciones y Nuevas Perspectivas en Derechos Fundamentales, pela Universidad de Valladolid/España, Mestre em Sociedade e Estado em Perspectiva de Integração, pela UFRGS. Professor de Direito Constitucional do Curso de Graduação em Direito e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado e Doutorado em Direito - da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (PPGDireito/URI/SAN). Procurador da República/ Ministério Público Federal. Responsável pelo projeto de pesquisa “Constituição, igualdade e diversidade: o constitucionalismo democrático como espaço de inclusão de grupos vulneráveis” e líder do Grupo de Pesquisa “Direitos de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas”. E-mail: osmarveronese@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4310527409704718>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9927-7242>.
 - 3 Doutor em Sociologia - UFRGS. Professor da Universidade Federal do Pampa - UNIPAMPA, Campus São Borja-RS, e do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal do Piauí - PPGS/UFPI. Coordenador do Projeto de Pesquisa “Judiciário e biopolítica: neoliberalismo, necropolítica e epistemicídio”, desenvolvido na UNIPAMPA, contando com fomento, na forma de bolsas de iniciação científica, do PIBIC/CNPq/UNIPAMPA (Edital N° 289/2024), do PROBIC/FAPERGS/UNIPAMPA (Edital N° 287/2024) e do PRO-IC Modalidade Iniciação Científica (Chamada Interna N° 15/2024). E-mail: gabrielsilveira@unipampa.edu.br, Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3581967627700243>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9149-0732>.

relevância de analisar como diferentes grupos sociais, muitas vezes marginalizados, são impactados por estruturas jurídicas e culturais que determinam o reconhecimento e a proteção de seus direitos. Até o momento, foi realizada uma revisão bibliográfica inicial, com base em métodos sugeridos por autores como Gil (1999), além de uma análise documental preliminar, sendo a revisão bibliográfica, amparada em autores como Marconi e Lakatos (2006).

Desse modo, tem como objetivo compreender as principais dificuldades enfrentadas por casais homoafetivos no processo de adoção. As contribuições de Elizabeth Zambrano (2006), Fonseca (2011) e Miriam Pillar Grossi (2003) são centrais nesse debate, especialmente no que tange à desconstrução das concepções tradicionais de vínculo familiar. Zambrano (2006) apresenta uma abordagem que divide o vínculo familiar em quatro elementos: o biológico, relacionado à concepção e origem genética; o parentesco, que conecta genealogia e identidade genética; a filiação, entendida como reconhecimento jurídico pela lei; e a parentalidade, que engloba os cuidados e responsabilidades do cotidiano. Esses elementos são fundamentais para compreender as dinâmicas e os desafios das famílias homoafetivas, muitas vezes enfrentando resistência jurídica e social.

O objetivo central desta pesquisa é oferecer uma análise antropológica sobre as novas configurações familiares, abordando as possibilidades que desafiam os modelos conservadores historicamente predominantes. Buscamos desmistificar ideias preconcebidas sobre o vínculo familiar e trazer à tona o papel das normas jurídicas, como as resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), na promoção da equidade. Em particular, serão discutidas inovações relacionadas ao casamento homoafetivo e à paternidade/maternidade socioafetiva, destacando os avanços legais e as lacunas ainda existentes.

A motivação para este estudo surgiu de um caso emblemático ocorrido em um município do interior do estado do Piauí. Um casal homoafetivo enfrentou resistência ao tentar registrar sua filha socioafetiva em um cartório de registro civil, com base na Resolução CNJ n. 63/2017. Apesar de a normativa estar em vigor há mais de um ano, a responsável pelo cartório, por razões pessoais de cunho religioso, recusou-se a realizar o ato. O episódio exigiu uma intervenção jurídica para assegurar o cumprimento da legislação e revelou a prevalência de barreiras ideológicas e religiosas no acesso aos direitos fundamentais.

Esse caso, embora singular em seus detalhes, não é um fato isolado, mas reflete uma problemática estrutural mais ampla. A relevância do tema, portanto, transcende o contexto individual, evidenciando sua importância acadêmica e social. A pesquisa justifica-se pelo compromisso com os direitos fundamentais e pela experiência pessoal e profissional no campo dos Direitos Humanos, que reforçam a necessidade de lutar pelo reconhecimento da dignidade humana em todas as suas formas.

No atual cenário brasileiro, marcado por intolerância, preconceito e a ascensão de um conservadorismo político de matriz religiosa, a defesa dos direitos fundamentais torna-se ainda mais urgente. Essa conjuntura fragiliza os princípios democráticos e reforça práticas discriminatórias que perpetuam desigualdades. Diante disso, reafirmar os valores do Estado Democrático de Direito é essencial para garantir a não discriminação e a proteção igualitária de todos os indivíduos. Por meio desta pesquisa, buscamos contribuir para o debate sobre um tema ainda permeado por ideologias preconceituosas e dogmas religiosos, com o intuito de iluminar os caminhos para uma sociedade mais justa, inclusiva e plural.

O problema de pesquisa que orienta esta investigação é no sentido de: Como o conservadorismo político-religioso influencia a efetivação dos direitos fundamentais de casais homoafetivos no processo de adoção? Uma questão que surge a partir da observação de um descompasso entre um pequeno avanço normativo do poder judiciário, de um lado, a inércia do poder legislativo brasileiro, de outro, isso tudo permeado por uma resistência cultural e ideológica que impede a plena efetivação dos direitos de minorias. Apesar de resoluções como a CNJ n. 63/2017 assegurarem direitos para casais homoafetivos, casos concretos mostram que barreiras subjetivas, como crenças religiosas e preconceitos enraizados, ainda dificultam o acesso a esses direitos. O relato específico de um casal homoafetivo que enfrentou resistência no reconhecimento da filiação socioafetiva ilustra como a aplicação das normas jurídicas pode ser obstruída por agentes que colocam convicções pessoais acima do ordenamento jurídico.

Esse cenário revela um dilema central para o estudo do Direito: como assegurar a imparcialidade e a efetividade das normas legais em contextos em que valores conservadores e religiosos têm forte influência sobre as práticas institucionais? Além disso, é clara a

necessidade de investigar a atuação do Poder Judiciário e a aplicação de resoluções que visam combater discriminações, como as relacionadas ao reconhecimento de novas configurações familiares.

Assim, iniciamos com uma análise do cenário conservador e religioso como influência no discurso político-ideológico sobre gênero, destacando como essas forças moldam narrativas que resistem à ampliação de direitos para minorias, incluindo as famílias homoafetivas. Em seguida, exploramos as contribuições da Antropologia do Direito para compreender a adoção homoparental no contexto das novas organizações familiares, enfatizando a necessidade de romper com concepções tradicionais de família e abrir espaço para arranjos afetivos e sociais plurais. Por fim, discutimos o conceito de parentalidade, entendido como o desempenho da função parental no cuidado e na criação cotidiana, dissociado de vínculos biológicos ou jurídicos formais, e, por fim, apresentamos brevemente os avanços normativos promovidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), como a Resolução n. 63/2017, que assegura direitos para o reconhecimento de vínculos socioafetivos em famílias homoafetivas. Esses capítulos dialogam entre si, revelando como o Direito e a Antropologia podem atuar de forma conjunta para combater discriminações e fortalecer a dignidade humana.

O conservadorismo nas políticas de gênero

Infelizmente, no Brasil, quando o assunto é o instituto do casamento homoafetivo e a adoção homoparental de casais gays/lésbicas o discurso se resume a expressão “ideologia de gênero”. Assim, além da ausência de uma legislação de proteção às minorias, temos uma forte influência religiosa tanto no Direito quanto na sociedade. As perspectivas não são as melhores, principalmente com a onda extremista conservadora que nos assola atualmente; e o que se tem de concreto é a elaboração de uma retórica conservadora antigênero (JUNQUEIRA, 2018).

Conforme trabalhado anteriormente, a expressão “ideologia de gênero” (SILVEIRA et al., 2020), trata-se de uma expressão inventada para legitimar um discurso político e concebida a partir de uma retórica antigênero. De acordo com as lições do sociólogo

Rogério Diniz Junqueira, a retórica antigênero surgiu adquirindo grande importância em um projeto de poder que tem como objetivo sustentar a autoridade moral das instituições religiosas e salvaguardar sua influência sociopolítica. Neste contexto, em diversos países nota-se uma mobilização de ordem moral, buscando a naturalização das relações de gênero, a rejeição da crítica feminista e dos direitos sexuais, promovendo, assim, pânico moral. Desse modo, agindo em nome da defesa da “família natural”, afrontam direitos fundamentais como as políticas de igualdade de gênero e garantias de não discriminação, entre outros (JUNQUEIRA, 2018).

Ademais, a expressão “ideologia de gênero” ainda não possui um conceito certo e determinado nas ciências que estudam o ser humano, seja biologicamente ou no que concerne ao seu comportamento perante a sociedade. Atualmente, a expressão é utilizada por aqueles que pretendem negar a legitimidade das questões de gênero enquanto objeto de conhecimento acadêmico e científico. Essa expressão “ideologia de gênero” significa que o gênero é um tema que vem sendo rechaçado intencionalmente por alguns grupos políticos, sem se compreender o contexto das questões de gênero na produção de conhecimento humano atual. A partir da pesquisa de Rocha e Maia (2017) que percorreram a literatura científica de diversos países, os autores demonstraram que há uma polifonia em seus sentidos, podendo significar a manutenção do sistema de dominação patriarcal como crítica a esse fenômeno social. Assim, especificamente no Brasil vem se relacionar com a crítica de um movimento conservador e um posicionamento político partidário (ROCHA; MAIA, 2017).

Em resumo, o Brasil anda a passos lentos para garantir os direitos das minorias. Mesmo havendo projetos de lei nesta matéria, como o projeto de lei n.º 612, de 2011 (hoje arquivado), de autoria da Senadora Marta Suplicy, que pretendia alterar os artigos 1.723 e 1.726 do Código Civil, para permitir o reconhecimento legal da união estável entre pessoas do mesmo sexo, o processo legislativo para aprovação é lento e sujeito à forte influência ideológica, sobretudo por parte das bancadas católica e evangélica no Congresso. Lamentavelmente, o legislador brasileiro permanece omisso quando é necessário garantir direitos das minorias, e quando se manifesta não teme em afrontar direitos fundamentais e garantias de não discriminação.

Na obra *Em nome de quem?: A bancada evangélica e seu projeto de poder*, a jornalista Andrea Dip (2018) aborda a relevância que a bancada evangélica tem ganhado no cenário polarizado com discurso político-ideológico acentuado. Nesse sentido, o protagonismo da bancada evangélica transformou o debate religioso em político, demonstrando que “a pauta seria a condenação ou eliminação de palavras ou referências sobre a “diversidade”, “homofobia”, “gênero”, “identidade de gênero”. Em geral, tudo aquilo que poderia ser utilizado para conceituar e discutir direitos, liberdade e diversidade” (HANKE; GABATZ, 2018, p. 728).

A respeito da influência da religião sobre o tema, a obra *As novas guerras sexuais: diferença, poder religioso e identidades LGBT no Brasil* (NATIVIDADE e OLIVEIRA, 2013) vem contribuir para a discussão, a partir de pesquisas etnográficas. No capítulo “As convenções culturais, relações familiares e orientação sexual” são esclarecidas pelos autores, mencionando “questões referentes às relações familiares, subjetividade, religião e convenções culturais sobre a sexualidade” (HONORATO, 2017, p. 425). Nesse sentido, os autores sugerem um entendimento entre a religião cristã hegemônica, a orientação sexual e as visões de mundo. Concentrando-se, desse modo, “nas concepções sobre diversidade sexual e religião das mães de fiéis homossexuais que frequentavam os cultos, os autores sugerem que se produz uma mediação entre a perspectiva religiosa cristã hegemônica sobre a homossexualidade e sua própria visão de mundo” (HONORATO, 2017, p. 425).

As contribuições da Antropologia para a Adoção Homoparental

O tema da adoção homoparental possui significativa relevância acadêmica, uma vez que as diferentes formas de famílias têm ganhado visibilidade nas últimas décadas (ROUDINESCO, 2003), e aos poucos foram ganhando espaço de discussão tanto no meio acadêmico quanto na área do Direito. A antropologia vem contribuir científicamente/teoricamente/metodologicamente com a discussão sobre: parentesco, parentalidades, importância do afeto nos vínculos familiares, desconstrução dos aspectos biológicos do parentesco, bem como para assentar que o instinto materno “inato e universal” feminino é uma construção social (ZAMBRANO, 2006).

Inclusive, os novos arranjos familiares possibilitaram a organização das famílias de diferentes maneiras que não aquelas necessariamente de padrão nuclear, monogâmico, heterossexual e com

a finalidade procriativa. Mas diversas mudanças ocorreram na nossa sociedade ocidental, de modo que surgiram as famílias acolhimento, famílias recompostas e famílias monoparentais (ZAMBRANO, 2006).

Neste contexto, emerge a visão segundo a qual o parentesco não é apenas biológico, mas social. O modelo normativo da família ocidental aparece, nas representações, como universal (ZAMBRANO, 2006, p. 125). No entanto, a abordagem antropológica e histórica demonstra tratar-se apenas de uma configuração particular que se erigiu em norma e, portanto, em arbítrio.

As concepções naturalizadas da necessidade de homem e mulher para a procriação e o fator biológico para produzir descendência excluem as possibilidades de reconhecimento de “novas famílias”, as que são recompostas, homoparentais ou quaisquer outras que não sejam monogâmicas e heterossexuais. Logo, teoricamente, deveria excluir também famílias que se valem das novas tecnologias de reprodução trazidas pela ciência. No entanto, neste caso, supostamente essa exclusão ocorre de maneira menos marcada, tendo em vista que geralmente são pessoas com melhor poder aquisitivo que têm acesso às novas tecnologias.

Cláudia Fonseca (2011), na pesquisa o uso da tecnologia de DNA em investigações de paternidade, propõe “mostrar que o sistema legal faz mais do que “solucionar conflitos”. Cria tensões, redefine relações e molda novas subjetividades” (FONSECA, 2011, p. 9). A partir desta leitura, percebe-se que o pedido de reconhecimento de paternidade, através do exame de DNA, dá conta do elemento do vínculo familiar biológico e da filiação.

Isso porque, com o resultado do DNA em mãos, o Juízo imediatamente toma providências juntamente ao Cartório de Registro Civil a fim de efetuar a filiação, ou seja, o reconhecimento jurídico de acordo com as leis sociais do nosso grupo. Entretanto, não necessariamente essa filiação obriga o pai biológico a exercer a parentalidade e possuir uma relação de parentesco.

O uso da tecnologia do DNA soluciona o conflito iminente e meramente jurídico, que é o reconhecimento da filiação paterna. No entanto, esse mecanismo cria novas tensões que correspondem ao pedido de alimentos ao pai biológico (Ação de Alimentos, Lei nº 5.478/68), que posteriormente tornará necessária a Ação de Execução

de Alimentos, baseada no rito da penhora ou prisão do devedor (Art. 523 a 527 do Código de Processo Civil e/ou 528 a 533 do Código de Processo Civil, respectivamente), entre outras tensões judiciais que podem ocorrer para se fazer valer os direitos da criança.

Ainda, continuando a reflexão sobre o estudo de Cláudia Fonseca, e também com a finalidade de mostrar a compreensão de que novas relações sociais são definidas e obrigações familiares surgem a partir da investigação da paternidade, destacamos um trecho do trabalho etnográfico da autora a respeito de investigação de paternidade:

uma suposta conexão biológica (significada ora por sangue, ora por genes) carregava associações com claras implicações para os relacionamentos. Por outro lado, também se falava da obrigação familiar – de afeto e responsabilidade – em situações que independiam dos genes. Por exemplo, ao emitir opiniões como “pai é quem criou”, as pessoas estavam evocando um vínculo familiar construído nas interações do dia-a-dia – no trabalho, no lazer e na comensalidade (FONSECA, 2006, p.17).

Ou seja, independentemente do pai biológico, é possível a existência de um pai socioafetivo. Desse modo, introduzo o tema da parentalidade ao presente debate.

A parentalidade e as normas do Conselho Nacional de Justiça - CNJ

A parentalidade é o desempenho da função parental, se referindo praticamente aos cuidados com alimentação, vestuário, educação, saúde, entre outros cuidados que fazem parte do cotidiano, em torno do parentesco. Nesse sentido, “a parentalidade deixou de ser uma obrigação para se tornar uma opção. Numa nova tendência e realidade social, o chamado instinto materno e a filiação biológica são colocados em xeque pela paternidade sócio-afetiva” (FUTINO; MARTINS, 2006, p.153).

Os vínculos não são meramente biológicos, portanto, se deve considerar, para a afirmação do vínculo familiar, a afetividade existente entre a criança e quem cuida dela.

O mais importante nesta análise histórica é o aspecto de que o vínculo com o filho não se desenvolve a partir de um instinto materno nem mesmo depende da biologia, dos laços de sangue.

O convívio e a disponibilidade para cuidar de uma criança e acompanhar o seu desenvolvimento são os aspectos cruciais na construção do amor e do vínculo com o filho (MALDONADO *apud* FUTINO e MARTINS, 1989, p. 14-15).

González e Tarnovski (*apud* FUTINO e MARTINS, 1989) referenciam trabalhos recentes a respeito da criança criada por pais ou casais homoafetivos, cujos resultados apontam semelhanças no que diz respeito ao desenvolvimento das crianças criadas por pais heterossexuais. Os autores pesquisaram famílias compostas por pais homossexuais na Espanha e no Brasil, apontando, em ambos os casos, que pais homossexuais são tão capazes de proporcionar um desenvolvimento saudável quanto pais heterossexuais. Os autores também indicam, como facilitador na criação e adequação da criança à sociedade, a vasta rede social e de apoio com a qual mantém relações de parentesco e de amizade frequentes, cujos membros também podem possuir filhos, independentemente de sua orientação sexual. No entanto,

Um dos argumentos utilizados para o indeferimento da adoção por homossexuais relaciona-se ao estabelecimento de papéis, ou seja, a importância do modelo pai/mãe no desenvolvimento da criança – como tendo a mãe a função cuidadora e o pai a normatizadora. Isto é um equívoco, visto que as atribuições de gênero em nossa sociedade são socialmente construídas (FUTINO; MARTINS, 2006, p. 156).

De acordo com Grossi (2003), na época, algumas das possibilidades para formação de uma família homoparental eram: (i) ter filhos provenientes de relações heterossexuais anteriores; (ii) a adoção realizada apenas por um dos parceiros; e (iii) o uso das novas tecnologias reprodutivas como a inseminação artificial. Entretanto, a adoção realizada apenas por um dos parceiros não garante a proteção legal à relação, ou seja, com a ausência da filiação (reconhecimento jurídico da maternidade/paternidade na certidão de nascimento), no caso de separação do casal, a criança se torna desamparada juridicamente. Além disso, o recurso das novas tecnologias reprodutivas está regulamentada no Código Civil (ZAMBRANO, 2006).

A adoção conjunta por um casal homoafetivo não é prevista em lei no Brasil. Entretanto, é sabido que judicialmente algumas exceções ocorreram nas últimas décadas. Isso porque “ao mesmo tempo em que o Código Civil brasileiro não faz menção a respeito da orientação sexual

do adotante, o faz sobre a união estável. Muitos casais do mesmo sexo vivem em uniões estáveis e duradouras, porém estas não são reconhecidas por nossas leis" (FUTINO; MARTINS, 2006, p. 151).

De acordo com a legislação brasileira, a adoção apenas era possível se os pais fossem casados ou mantivessem união estável. Assim, ainda que desatualizado, o Código Civil (2002) prevê, no artigo 1.723, que é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Igualmente o artigo 1.622 dispõe que ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável. Além disso, o artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) prevê ainda hoje que, para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

Assim, é oportuno mencionar de maneira breve as inovações práticas a respeito das alterações em relação ao casamento homoafetivo e a paternidade/maternidade socioafetivas, que não são alterações legislativas, mas resoluções do Conselho Nacional de Justiça. Portanto, a Resolução 175/2013 do CNJ que dispõe "sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo", bem como o Provimento 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça que dispõe sobre "o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva" não são alterações legislativas, mas são mecanismos de Direito garantidos pela Justiça.

No ano de 2013, a Resolução número 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça dispôs sobre a habilitação, a celebração de casamento civil e a conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Então, quatro anos mais tarde, o Provimento 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça inovou radicalmente, disciplinando o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e da maternidade socioafetivas, tornando possível o reconhecimento da paternidade e da maternidade socioafetivas de filho aos maiores de dezoito anos de idade, independentemente do estado civil. Entretanto, recentemente o Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi revogado pelo Provimento nº 182, de 17 de setembro

de 2024, a fim de atualizar e consolidar as normas referentes ao registro civil, incorporando avanços legislativos e jurisprudenciais ocorridos desde a edição do Provimento nº 63. Tal medida buscou aprimorar os procedimentos de registro civil, garantindo maior segurança jurídica e eficiência na prestação dos serviços notariais e de registro, ponto que não iremos aprofundar neste momento.

Recentemente, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estabelece diretrizes claras para assegurar a igualdade de direitos no processo de adoção, incluindo a adoção por casais homoafetivos. Mais especificamente, o CNJ aprovou, por unanimidade, a Resolução nº 532 de 16/11/2023 que combate a discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero no âmbito do Poder Judiciário. Essa resolução determina que, nos processos de habilitação de pretendentes e nos casos de adoção, guarda e tutela de crianças e adolescentes, é vedada qualquer manifestação contrária aos pedidos fundamentada no fato de se tratar de família monoparental, homoafetiva ou transgênera.

Ademais, outro avanço registrado, é a regulamentação do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA), através da Resolução nº 289/2019 do CNJ, que visa consolidar dados referentes ao acolhimento institucional e familiar, à adoção e a outras modalidades de colocação em família substituta. O SNA integra todos os cadastros municipais, estaduais e nacional de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e de pretendentes habilitados à adoção, dispensando a manutenção de cadastros separados pelos tribunais, evitando, desse modo, qualquer possibilidade de discriminação à orientação sexual e à identidade de gênero, bem como priorizando a igualdade de direitos.

Assim, destacamos que tratam-se de mecanismos jurídicos assegurados pelo Poder Judiciário, considerando a inexistência de medidas ou alterações legislativas específicas sobre a matéria. Nesse contexto, os avanços concretos têm emanado do próprio Judiciário, que busca atuar de forma decisiva no enfrentamento de todas as formas de discriminação, assumindo um papel relevante na promoção e proteção dos direitos das minorias.

Considerações finais

Concluímos que as dificuldades enfrentadas por casais homoafetivos no processo de adoção não são casos isolados, mas reflexos de uma problemática estrutural enraizada em preconceitos sociais e conservadorismo cultural. Diante disso, é essencial e contínua a defesa pela garantia dos direitos fundamentais, reforçando a necessidade de superar barreiras ideológicas que limitam o reconhecimento das diversas configurações familiares. Neste estudo, relatamos de forma breve como a adoção homoparental tem sido tratada no Brasil, de modo a evidenciar as contribuições da Antropologia do Direito para o tema, especialmente por meio das concepções de parentalidade, parentesco e da importância do afeto na constituição de vínculos familiares. A relevância do tema, amplamente debatido em espaços acadêmicos, reflete a urgência de abordagens que considerem a pluralidade das famílias contemporâneas.

Além disso, as recentes alterações normativas no campo jurídico, demonstram como o Direito é impulsionado pelas demandas sociais. O surgimento de novos arranjos familiares, aliado às discussões acadêmicas, fomenta o debate e colabora para a desconstrução dos padrões conservadores de família. Afinal, o parentesco deve ser compreendido não apenas como uma questão biológica, mas também como uma construção social, fundamentada em afeto e cuidado.

Os resultados evidenciam que, embora as normativas do CNJ representem avanços significativos no reconhecimento de configurações familiares plurais, como o casamento homoafetivo e a parentalidade socioafetiva, a resistência de agentes institucionais conservadores compromete a aplicação efetiva dessas normas. O conceito de parentalidade, entendido como o desempenho das funções parentais no cuidado cotidiano, emerge como um ponto crucial para a desconstrução de estereótipos de gênero e para a promoção da equidade. O estudo também destaca o impacto de narrativas conservadoras no discurso político-ideológico, que reforçam a exclusão de minorias e dificultam a implementação de uma cultura de respeito à diversidade.

Com uma análise que articula aspectos culturais e normativos, o trabalho contribui para o entendimento das novas organizações familiares e do papel do Direito na promoção de justiça social. Por fim, entendemos que o fortalecimento do Estado Democrático de Direito

depende de esforços contínuos para superar barreiras ideológicas e assegurar a proteção igualitária de todos os indivíduos, especialmente em um cenário marcado por intolerância e preconceito. Ao integrar a Antropologia do Direito e os Direitos Humanos, a investigação lança luz sobre a importância de romper com estruturas conservadoras para construir uma sociedade mais justa e inclusiva.

Referências

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 23 jul. 2019.
- ASIL. Código Civil (2002). Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 23 jul. 2019.
- BRASIL. **Código de Processo Civil (2015)**. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 23 jul. 2019.
- BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente (1990)**. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 23 jul. 2019.
- BRASIL. Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968. **Ação de Alimentos**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5478.htm. Acesso em: 23 jul. 2019.
- BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 612, de 2011**. Altera os arts. 1.723 e 1.726 do Código Civil, para permitir o reconhecimento legal da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102589>. Acesso em: 14 jul. 2020.
- BRASIL. **Provimento n.º 63 de 20 de novembro de 2017**. Conselho Nacional de Justiça. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, casamento e de óbito, a serem adotadas pelos ofícios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: <http://cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>. Acesso em: 23

jul. 2019.

BRASIL. Provimento nº 182, de 17 de setembro de 2024.

Conselho Nacional de Justiça. Altera o Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça – Foro Extrajudicial (CNN/CN/CNJ-Extra), instituído pelo Provimento n. 149, de 30 de agosto de 2023, para dispor sobre modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos ofícios de registro civil das pessoas naturais. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5751>. Acesso em: 24 nov. 2024.

BRASIL. Resolução n.º 175 de 14 de maio de 2013. Conselho

Nacional de Justiça. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/impressa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf. Acesso em: 23 jul. 2019.

BRASIL. Resolução n.º 532 de 16 de novembro de 2023. Conselho

Nacional de Justiça. Dispõe sobre Acesso à Justiça e Cidadania; Funcionamento dos Órgãos Judiciais; Infância/Juventude; Direitos Humanos; Igualdade de Gênero. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5342>. Acesso em: 24 nov. 2024.

BRASIL. Resolução n.º 289 de 14 de agosto de 2019. Conselho

Nacional de Justiça. Dispõe sobre a implantação e funcionamento do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento – SNA e dá outras providências. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_289_14082019_15082019141539.pdf. Acesso em: 24 nov. 2024.

DIP, Andrea. **Em nome de quem?: a bancada evangélica e seu projeto de poder.** 1^a ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. 144p.

FONSECA, C. As novas tecnologias legais na produção da vida familiar: Antropologia, direito e subjetividades. **Civitas - Revista De Ciências Sociais**, 11(1), 8-23. Disponível em: <https://doi.org/10.15448/1984-7289.2011.1.9188>. Acesso em: 14 jul. 2020.

FUTINO, Regina Silva; MARTINS, Simone. Adoção por homossexuais: uma nova configuração familiar sob os olhares da

psicologia e do direito. **Aletheia**, Canoas , n. 24, p. 149-159, dez. 2006 . Disponível em:<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/aletheia/n24/n24a14.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2019.

GROSSI, Miriam Pillar. Gênero e parentesco: famílias gays e lésbicas no Brasil. **Cad. Pagu**, Campinas , n. 21, p. 261-280, 2003 . Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332003000200011&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 23 jul. 2019.

HANKE, Ezequiel; GABATZ, Celso. **Em nome de quem?: a bancada evangélica e seu projeto de poder.** REFLEXUS - Revista Semestral de Teologia e Ciências das Religiões, Vitória/ES, Ano XII, n. 20, 2018/2, p. 723-729.

HONORATO, Isabelle Brambilla. Diversidade sexual e religiosidades cristãs: embates discursivos e subjetividades na esfera pública e privada. **Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, ano 23, n. 49, p. 423-426, set./dez. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ha/v23n49/0104-7183-ha-23-49-00423.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2019.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social.** 5.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

JUNQUEIRA, Rogério Diniz. A invenção da “ideologia de gênero”: a emergência de um cenário político-discursivo e a elaboração de uma retórica reacionária antigênero. **Rev. psicol. polít.**, São Paulo , v. 18, n. 43, p. 449-502, dez. 2018 . Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-549X2018000300004&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 20 mar. 2020.

MARCONI, Marina de Andrade. LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de pesquisa:** planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnica de pesquisa, elaboração, análise e interpretação de dados. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NATIVIDADE, Marcelo; OLIVEIRA, Leandro de. **As novas guerras sexuais: diferença, poder religioso e identidades LGBT no Brasil.** Rio de Janeiro: Garamond, 2013.

NOGUEIRA, Maria Luísa Magalhães et al . O método de história de vida: a exigência de um encontro em tempos de aceleração. Pesqui. prát. psicossociais, São João del-Rei, v. 12, n. 2, p. 466-485, ago. 2017. Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_

arttext&pid=S1809-89082017000200016&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 14 jul. 2020.

MAIA, Marcos Felipe Gonçalves. ROCHA, Damião. Ideologia de gênero: desdobramentos na educação. **Revista Contemporânea de Educação**, vol. 12, n. 25, set/dez de 2017. Disponível em: file:///C:/Users/positivo/Downloads/3690-31815-1-PB.pdf. Acesso em 20 mar. 2020.

ROUDINESCO, Elizabeth. **A família em desordem**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

SANTOS, José Victor De Oliveira et al . Adoção de Crianças por Casais Homossexuais: As Representações Sociais. **Trends Psychol.**, Ribeirão Preto , v. 26, n. 1, p. 139-152, Mar. 2018. Disponível em:http://www.scielo.br/pdf/tpsy/v26n1/en_2358-1883-tpsy-26-01-0139.pdf. Acesso em: 23 jul. 2019.

SILVEIRA, Gabriel Eidelwein et al. Judicialização e “ideologia de gênero” : a proibição dos estudos de gênero nas escolas e a ação cabível. **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v. 6, n. 4, p. 17450-17463, apr. 2020. Disponível em: <https://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/8442/7279>. Acesso em: 20 jul. 2020.

ZAMBRANO, Elizabeth. “Parentalidades impensáveis: pais/mães homossexuais, travestis e transexuais.”. **Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, n. 26, p. 123-147, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ha/v12n26/a06v1226.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2019.

Capítulo 7

A FRATERNIDADE COMO RELEITURA DO DIREITO: UMA ANÁLISE INTERSECCIONAL DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO, RACA E CLASSE

Isis Nicoly Mangueira da Conceição¹

Emebê Santos Lima²

1 Introdução

Considerando o contexto atual, marcado por intensos debates sobre os direitos fundamentais e a busca por justiça social, emerge a necessidade de revisitar e aprofundar conceitos como fraternidade, igualdade e justiça na constituição dos direitos. Este artigo parte do princípio de que a análise interseccional desses temas é essencial para compreender e enfrentar as desigualdades estruturais presentes em nossa sociedade.

Nesse sentido, busca-se responder à seguinte questão: de que forma a fraternidade, enquanto princípio fundamental, pode contribuir para a promoção de uma justiça social inclusiva, especialmente quando observada sob as lentes de gênero, raça, sexualidade e capacidades? A partir desse problema central, este trabalho tem por objetivo geral explorar o princípio da fraternidade nos direitos fundamentais, investigando como ele pode operar na promoção de uma justiça que abranja as diversas interseccionalidades.

Para alcançar esse objetivo geral, foram definidos três objetivos específicos: 1) Analisar o desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais e a evolução dos conceitos de fraternidade e igualdade na Constituição; 2) Examinar o papel dos direitos fundamentais na

¹ Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes – UNIT, *campus* Farolândia. E-mail: nicolymangueiraadv@gmail.com

² Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes – UNIT, *campus* Farolândia. E-mail: mestrado_mb@souunit.com.br

limitação do poder estatal e na promoção de direitos sociais que garantam dignidade e igualdade; 3) Discutir as dimensões de solidariedade e responsabilidade coletiva implícitas no princípio da fraternidade, com especial atenção aos direitos de minorias e comunidades marginalizadas.

O presente trabalho utiliza o método qualitativo, baseado em uma revisão bibliográfica de produções científicas e doutrinas jurídicas sobre o tema, abordando autores renomados, como Alexandre de Moraes e Canotilho, e figuras históricas como Martin Luther King, para fundamentar a discussão sobre justiça e igualdade. A estrutura do trabalho está organizada em três capítulos: o primeiro aborda a Teoria Geral do Direito Constitucional, oferecendo uma análise dos princípios, valores e da trajetória histórica das constituições; o segundo examina os dispositivos constitucionais, com ênfase nos direitos fundamentais e suas implicações para o Estado e a sociedade; o terceiro discute o papel da fraternidade como princípio essencial para o fortalecimento de uma sociedade mais justa e inclusiva, especialmente em contextos que exigem cooperação e solidariedade global.

Espera-se, ao final, que a pesquisa contribua para uma compreensão ampliada dos direitos fundamentais, demonstrando a relevância do princípio da fraternidade na construção de uma justiça que promova igualdade plena e reconheça as complexidades das diversas identidades e realidades presentes na sociedade brasileira.

A Constituição e os Direitos Fundamentais: uma análise da fraternidade

A teoria geral do Direito Constitucional assume o papel de aprofundar a compreensão na área, fornecendo uma análise dos princípios, valores e da evolução histórica que originou as constituições modernas. A importância dessa teoria reside não apenas na contextualização histórica das constituições, mas também na sua capacidade de fomentar uma análise crítica, essencial para o tratamento das questões do direito público. Assim, a Constituição, em seu sentido amplo, emerge do ato de firmar e estruturar normas fundamentais para a organização do Estado. Já no seu sentido jurídico, a Constituição é compreendida como a lei fundamental do Estado, que organiza e limita o poder estatal.

Nessa perspectiva, Canotilho (2000) define o conceito ideal de constituição como: “O ideal de uma sociedade fraterna e sem discriminação passa por uma organização fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana, promovendo direitos e igualdade.”. Os direitos humanos fundamentais são inerentes à própria existência humana, sendo essenciais para a formação de uma sociedade. O direito natural, como fonte de concepção dos direitos fundamentais, sustenta a existência de princípios jurídicos universais e imutáveis, derivados da natureza humana.

Conclui-se, assim, que esses princípios éticos e normativos são intrínsecos ao ser humano, independentemente das leis instituídas pela sociedade. Esses direitos fundamentais funcionam como delimitadores do poder estatal. Alexandre de Moraes (2021) afirma: “Essas ideias encontram um ponto comum essencial: a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas, consagrando os princípios da igualdade e legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo.”

Nos dispositivos constitucionais, pode-se visualizar a imposição de obrigações ao Estado para garantir direitos sociais e assegurar a igualdade. A Constituição Federal, em seu artigo 6º, trata dos direitos sociais, afirmando:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Entretanto, após quase sessenta e cinco anos desde sua promulgação, ainda não há consenso sobre o conteúdo específico dos direitos culturais e o que eles protegem, dada a fluidez do conceito de cultura na sociedade.

Os direitos da fraternidade, ou de terceira geração, desempenham papel central na compreensão e aplicação desses direitos, refletindo a importância da solidariedade e da cooperação global para enfrentar desafios que ultrapassam fronteiras. A fraternidade, enquanto princípio fundamental, representa a solidariedade e cooperação entre as pessoas, promovendo relações igualitárias e harmoniosas. A solidariedade global, por exemplo, reflete a importância da responsabilidade coletiva pelo bem comum em escala global, sendo essencial para enfrentar crises

como a climática e a pobreza, que demandam a colaboração de toda a comunidade internacional.

Esse princípio impulsiona também a promoção da igualdade e justiça social, buscando igualdade de direitos e acesso equitativo a recursos, sendo a solidariedade vital para a superação de disparidades econômicas, sociais e culturais. Já o desenvolvimento sustentável enfatiza o direito ao meio ambiente saudável e ao desenvolvimento, visando assegurar que as gerações presentes e futuras compartilhem os benefícios do progresso por meio de práticas sustentáveis. Na promoção da paz, a fraternidade atua como força contrária ao conflito, incentivando a resolução pacífica de disputas e a promoção de um ambiente propício à paz, por meio de abordagens holísticas. Na construção de comunidades resilientes, incentiva-se a cooperação diante de adversidades, como desastres naturais e crises humanitárias, valorizando estruturas sociais que promovam apoio mútuo.

Na lógica da fraternidade, há a necessidade de convivência entre ideias e visões múltiplas. Do ponto de vista jurídico, todas as necessidades individuais devem ser analisadas, considerando um raciocínio histórico e uma perspectiva de futuro. Os direitos fundamentais são diversos e atemporais. Destacam-se os direitos relacionados ao meio ambiente e aos povos originários, que buscam reconhecimento histórico. O conhecimento nesta área deve contemplar idas e vindas históricas, analisando o contexto atual, especialmente em casos que envolvem coletividades com direitos suprimidos.

Martin Luther King (2000), em defesa da equidade, exemplifica a importância de uma argumentação histórica:

Quando essa questão do tratamento compensatório ou preferencial para o negro é levantada, alguns dos nossos amigos recuam horrorizados. Ao negro deve ser garantida a igualdade, eles concordam, mas ele não deve pedir mais nada. Na superfície, isso parece razoável, mas não é realista. Pois é óbvio que se um homem entra na linha de partida de uma corrida trezentos anos depois de outro, o primeiro teria de realizar uma façanha incrível a fim de alcançá-lo. (King, Jackson, 2000)

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso I, consagra: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança

e à propriedade, nos termos seguintes: I - Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.” Esse dispositivo reafirma a igualdade entre homens e mulheres. No entanto, ainda há na legislação a necessidade de distinções para a promoção da equidade, como em questões de maternidade, onde direitos específicos se aplicam às mulheres (cis e trans), enquanto homens (cis e trans) não têm tais proteções.

Por fim, na história do Brasil, por séculos, pessoas negras, indígenas, mulheres, pessoas LGBTQIAPN+ e pessoas com deficiência foram tuteladas e não eram sujeitos de direito em igualdade com os homens. Depois de muitas lutas e movimentos sociais, foi construída a possibilidade de que fossem iguais em direitos e deveres. Esse princípio é sintetizado na máxima de que “devem-se tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais, na medida de sua desigualdade”. Dessa forma, para que se possa promover a equidade, é necessário criar distinções e considerar as especificidades individuais.

A fraternidade e os grupos minorizados: análise interseccional das dinâmicas históricas de patriarcado, violência e resiliências

A trajetória histórica de existência dos grupos minorizados revela uma perspectiva estrutural sobre o patriarcado e as dinâmicas que ele envolve, configurando diferentes possibilidades de futuro. Nesse contexto, identificar e nomear a gestão institucional das crises estruturais torna-se uma ferramenta, uma lente por meio da qual a realidade ganha significado, permitindo refletir sobre o direito, as normas e as instituições em face das principais estruturas formadoras do Brasil: capitalismo, colonialismo, racismo e patriarcado.

Nesse passo, torna-se essencial um olhar crítico sobre as manifestações de conquista advindas diretamente das instituições, seja por meio de legislação, orientação jurisprudencial ou qualquer outra expressão. Pois, ainda que os avanços históricos sejam inegáveis, é necessário reconhecer que os grupos hegemônicos continuam a orientar os antagonismos sociais que sustentam suas relações de poder. Ao final, destaca-se a importância de compreender que

“Ao nomear as opressões de raça, classe e gênero, entende-se a necessidade de não hierarquizar opressões [...]”, pois o que fundamenta a escrita deste trabalho é o ímpeto de construir “[...] novos marcos civilizatórios, para que pensemos um novo modelo de sociedade.” (Akotirene, 2019).

Conforme o Relatório Atlas da Violência 2024, as vítimas negras e solteiras são as mais vulneráveis à violência, com a maioria dos agressores sendo do sexo masculino. Em 2022, a chance de uma mulher negra ser assassinada era 1,7 vezes maior do que a de uma mulher não negra; inclusive, na Região Nordeste, a chance de uma mulher negra ser vítima de homicídio é pelo menos duas vezes maior do que a de uma mulher não negra. Em termos de orientação sexual, 72,5% das vítimas eram homossexuais, enquanto 27,4% eram bissexuais. A maior parte das vítimas é composta por mulheres, que representam 67,1% do total, quase o dobro do número de homens (32,7%).

O perfil racial das pessoas LGBTQIAPN+ vítimas de violência é, em sua maioria, composto por 55,6% de pessoas negras, 39,2% brancas, 1,1% amarelas e 0,7% indígenas. Entre as vítimas letais da violência, a análise das meninas e mulheres vitimadas por agressão em contexto doméstico e intrafamiliar demonstra uma prevalência de pessoas negras, que representam 58,2% das vítimas. Meninas e mulheres brancas correspondem a 39,8% dos registros; amarelas, cerca de 1%; e indígenas, 1% (IPEA; IBGE, 2024).

A interseccionalidade, tema introduzido por Kimberlé Crenshaw, refere-se à interconexão de diferentes formas de discriminação e opressão que uma pessoa pode enfrentar simultaneamente a partir das consequências estruturais e das dinâmicas da relação entre os fatores de subordinação. É entender que raça, classe e gênero não podem ser pensados isoladamente, por serem indissociáveis. Vê-se que o objetivo da Lei Maria da Penha, de acordo com seu artigo primeiro, é coibir e prevenir a violência de gênero no âmbito doméstico, familiar ou de uma relação íntima de afeto. Em relação ao conceito de gênero, a Lei Maria da Penha não delimitou a proteção às mulheres cisgêneras, também são protegidas pela lei mulheres trans e travestis, ao entender gênero como um conjunto de características sociais e culturais que são atribuídas a homens e mulheres, reconhecendo que essas diferenças não são apenas biológicas, mas também influenciadas por normas sociais e comportamentos.

No entanto, para Joan Scott, gênero é uma construção social que se relaciona com as normas, práticas e significados atribuídos à masculinidade e feminilidade. Assim, não é apenas uma categoria de análise, mas também um elemento central na compreensão das relações de poder e das estruturas sociais. Dessa forma, gênero deve ser entendido como forma de organização social, onde as identidades e os papéis de gênero são continuamente produzidos e reproduzidos através de práticas e discursos. Nessa perspectiva, o gênero opera com outros marcadores sociais, como raça, classe e sexualidade, influenciando assim as experiências e as opressões vividas pelas pessoas (Scott, 1996).

Em relação à violência sofrida pela mulher negra é importante analisar o processo histórico de inserção dessa mulher na sociedade para compreender a ocorrência da violência. No Brasil e na América Latina, a violação sexual colonial perpetrada pelos senhores brancos contra as mulheres negras e indígenas gerou a miscigenação do nosso país. Essa violência fundamenta todas as construções de nossa identidade nacional, que inclusive sustentou o mito da democracia racial latino-americana. Todas as hierarquias de gênero e raça presentes em nossas sociedades.

Esse histórico da mulher negra ainda permanece vivo no imaginário social, se reformulando na dinâmica social, que mantém intactas as relações de gênero segundo a cor ou a raça instituída no período colonial. Sendo necessário ir além da categorização binária do conceito de gênero para explicar a questão da violência contra as mulheres, tratando das interseções existentes entre as inúmeras categorizações de gênero, raça, nível educacional, classe social e capacidades.

Ao discutir o papel das mulheres na luta feminista, Ângela Davis elucida a interseção entre opressões de gênero, raça e classe, argumentando que a emancipação das mulheres não pode ser entendida sem considerar a unificação desses fatores. Inclusive, traz a importância de reconhecer a diversidade de experiências femininas nessa luta por igualdade, criticando o feminismo tradicional e chamando a atenção para a necessidade de uma análise mais abrangente e interseccional das opressões enfrentadas por mulheres de diferentes origens (Davis, 1981).

Audre Lord, destaca como as experiências de opressão são interligadas, enfatizando que raça, gênero e sexualidade não podem ser analisados isoladamente. A violência contra as mulheres não se limita a

agressões físicas, mas também envolve opressões sistêmicas e estruturais, como racismo e homofobia. Com isso, o feminismo deve ser inclusivo e reconhecer as realidades específicas enfrentadas por mulheres de diferentes origens, especialmente aquelas que são marginalizadas (Lord, 1984). Conceição Evaristo ainda elucida como a opressão e resistência direcionadas a essas mulheres são marcadas pelo racismo, sexismo e pela maternidade, ressaltando os inúmeros desafios e as complexidades que essas mães enfrentam por terem um maternar racializado e como estão submetidas à violência (Evaristo, 2018).

A Convenção de Belém do Pará, enquanto “instrumento vivo”, por estar em constante mudança, prevê a obrigação dos Estados de levar em conta a situação de violência que a mulher pode sofrer por vários fatores, devendo incluir a orientação sexual e a identidade de gênero, ademais levando em consideração elementos como a idade, raça, etnia, deficiência, posição socioeconômica, dentre outros fatores. Discute, ainda a que mulheres lésbicas, bissexuais e trans enfrentam muitas formas de violência, muitas das quais ocorrem em âmbito privado. Surge também a importância da experiência de mulheres com deficiência em contextos de violência doméstica, onde ocorre uma combinação de fatores relacionados à deficiência que intensifica as dificuldades enfrentadas por essas mulheres, já que as normas sociais e os estigmas associados à deficiência contribuem para a marginalização delas, dificultando o acesso a redes de apoio e serviços de proteção contra a violência.

Ademais, o reconhecimento da identidade de gênero na interpretação da Lei Maria da Penha é crucial na garantia para pessoas transmasculinas, que foram designadas como mulheres no nascimento de acordo com o sistema sexo/gênero normativo, tenham suas vivências e necessidades específicas consideradas nas políticas de proteção. Primeiramente, pessoas transmasculinas frequentemente enfrentam violência de gênero que transcende a mera discriminação baseada em orientação sexual e identidade de gênero. Embora possam se identificar como homens, o fato de terem sido designados como mulheres ao nascimento as expõe a formas de violência específicas, como assédio, agressão e até feminicídio, uma vez que suas identidades desafiam as normas de gênero tradicionais. Reconhecer essa dinâmica é essencial para abordar adequadamente a violência que elas enfrentam.

Ao direcionar ações jurídicas que visem ao acolhimento e à proteção das populações historicamente vulnerabilizadas, a fraternidade impulsiona a criação de políticas e legislações que reconhecem as especificidades de grupos racializados e LGBTQIAPN+, promovendo um ambiente que combate discriminações e garante equidade no acesso a direitos. A prática da fraternidade transforma-se em uma ferramenta antirracista e antiLGBTIA+fóbica, ao estimular ações estatais e sociais que assegurem o respeito, a dignidade e o socorro a todos os indivíduos, independentemente de raça, orientação sexual ou identidade de gênero.

A fraternidade nos direitos fundamentais: perspectiva interseccional sobre violência estrutural de gênero, raça e classe

O princípio da fraternidade permite “dar fundamento à ideia de uma comunidade universal, de uma unidade de diferentes, na qual os povos vivam em paz entre si, sem o jugo de um tirano, mas no respeito das próprias identidades” (Baggio, 2008, p. 53).

Assim, mesmo não previsto de forma expressa, para além do preambulo da Constituição Federal de 1988, como explica Carlos Augusto Alcântara Machado (2017, p. 219), a fraternidade está positivada implicitamente, se categorizando como categoria jurídico-constitucional indispensável para o advento do constitucionalismo fraternal. Nesse passo, ainda entende-se que uma sociedade fraterna tem “como núcleo a garantia incondicional da dignidade da pessoa humana, do homem todo e de todos os homens, coração dos direitos fundamentais” (Machado, 2017, p. 219).

Em sua obra Carlos Augusto Alcântara Machado (2017, p. 219), conclui que quando a Constituição Brasileira de 1988, em seu preâmbulo destaca: “valores supremos de uma sociedade fraterna”, que seriam (direitos sociais e individuais, liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça), apresenta-se: “um novo marco civilizatório, desta feita, a partir da fraternidade”, incluído diversos outros direitos.

Nessa perspectiva, a fraternidade, como princípio jurídico, vai além de um ideal de ajuda voluntária, ou filantropo ao próximo e assume um caráter prescritivo, impondo deveres de socorro e solidariedade,

conforme previsto na legislação (Pizzolato, 2008, p. 114). Esse princípio, ao ser incentivado e orientado pelo direito, fomenta práticas que promovem a coesão social e a proteção mútua, constituindo-se em um valor que pode e deve ser aplicado em práticas antirracistas e antiLGBTIA+fóbicas.

O princípio da fraternidade atua como um motor para o comportamento humano, impõe deveres que cada indivíduo tem para com a comunidade e para com o outro, conforme estabelece o artigo 29 da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Segundo Aquini (2008, p. 138-139), a fraternidade exige de cada pessoa uma responsabilidade pelo bem-estar coletivo e estimula a busca de soluções para garantir os direitos humanos, não se restringindo à ação da autoridade pública, mas reconhecendo também a importância das entidades privadas e do próprio cidadão na efetivação dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos, culturais e ambientais.

Esse princípio, ao responsabilizar o indivíduo pelo bem comum, torna-se essencial no combate à discriminação estrutural, que frequentemente afeta grupos vulnerabilizados de maneira interseccional, como pessoas negras, indígenas, LGBTQIAPN+ e pessoas com deficiência. A interseccionalidade é uma ferramenta vital para o cumprimento do princípio da fraternidade, pois permite que o direito reconheça as diversas camadas de opressão e discriminação que se acumulam sobre certos grupos sociais, possibilitando uma abordagem mais justa e igualitária.

Ao incorporar a interseccionalidade na aplicação da fraternidade, a sociedade se aproxima de um modelo de justiça mais sensível às realidades complexas dos grupos marginalizados. Este olhar fraternal e interseccional reforça o combate à discriminação estrutural, ao reconhecer que a satisfação dos direitos humanos exige uma ação conjunta e atenta a essas múltiplas identidades e formas de opressão, promovendo uma sociedade onde o respeito à dignidade humana seja verdadeiramente universal.

É importante a noção de crise estrutural que se baseia na percepção de que as discriminações não são episódios, casos isolados, mas sim como comportamentos ditadores de normas sociais que fazem parte da fundação da sociedade, e das suas estruturas mais bem sedimentadas

sobre as quais se organizam os indivíduos e as instituições (Mascaro, 2013).

Sobre a conceituação de crises estruturais, se relaciona com a ideia de paradoxo, já o conceito de crise é de algo excepcional, porém no cenário estudado, entende-se como regularidade (Santos, 2020). Com isso, o termo crise: não passa de uma provocação, pois apesar da realidade exposta ser digna dessa nominação, suas condições de existência encontram-se “[...] sempre no seio de estruturas sociais já previamente consolidadas” (Mascaro, 2013, p. 200).

Quando trata do racismo na sua acepção estrutural de formas de descriminação (Ribeiro, 2019) traz o racismo estrutural, enquanto forma de racismo que está enraizada nas estruturas sociais, econômicas e políticas da sociedade brasileira, expõe que o racismo não se manifesta apenas em atitudes individuais, mas está integrado nas instituições e nos sistemas que moldam a vida em sociedade, afetando de maneira desproporcional a população negra.

Ribeiro (2019) destaca que o racismo estrutural se perpetua por meio das desigualdades que marginalizam pessoas negras em áreas como educação, mercado de trabalho, saúde e segurança pública. Desigualdades que são mantidas e reproduzidas por práticas históricas e contemporâneas que beneficiam determinados grupos enquanto negam oportunidades e direitos plenos às pessoas negras, e aqui complemento pessoas minorizadas. Argumenta que enfrentar o racismo estrutural requer uma ação coletiva e a transformação das políticas públicas e das mentalidades, promovendo equidade e justiça social como responsabilidades de toda a sociedade, aqui se pensa em uma lógica fraternal.

Ainda, numa perspectiva interseccional, salienta-se que as crises estruturais não existem de modo isolado, afetando diversas vivências de pessoas, ou seja, sobre uma mulher não recai somente o peso da desigualdade de gênero, mas também o do racismo, da homotransfobia ou, ainda, qualquer outra forma de existência diversa da heteronormativa. Assim, são várias as intersecções possíveis que conjuntamente formam encruzilhadas de resistência e violência (Akotirene, 2019).

Considerações finais

Ante o exposto, depreende-se que a análise da fraternidade como princípio fundamental dos direitos humanos e sua interseccionalidade com questões de gênero, raça, sexualidade e capacidades reforça a importância de uma justiça social mais inclusiva e igualitária. Os dispositivos constitucionais e a teoria geral do direito constitucional revelaram que, para efetivar uma justiça que promova a igualdade real, é indispensável considerar não apenas os direitos individuais, mas também a solidariedade e a responsabilidade coletiva, em prol da proteção das minorias e grupos marginalizados.

A pesquisa confirmou que a fraternidade, enquanto princípio dos direitos fundamentais, propicia a construção de uma sociedade mais justa e solidária, especialmente em contextos de cooperação e desafios globais. A compreensão desses direitos sob uma ótica interseccional evidencia que a dignidade humana não pode ser efetivamente promovida sem o reconhecimento das especificidades de cada grupo social. A fraternidade e a solidariedade se destacam, então, como valores essenciais para fortalecer a inclusão e enfrentar as desigualdades estruturais que afetam diferentes coletividades.

Conclui-se, portanto, que para garantir o respeito à diversidade e aos direitos fundamentais, é imprescindível fomentar políticas públicas que considerem as múltiplas identidades e desigualdades presentes na sociedade brasileira, reconhecendo e valorizando a pluralidade que compõe o país.

Espera-se que a abordagem feita neste estudo contribua para o avanço do debate sobre a necessidade de uma justiça social que considere a interseccionalidade como pilar fundamental, promovendo uma sociedade mais equânime e fraterna, embasada nos direitos humanos e no respeito às diferenças.

Referências

AKOTIRENE, Carla. **Interseccionalidade**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Sueli

Carneiro; Pólen, 2019.

AQUINO, Luseni Maria Cordeiro. **Do conflito ao litígio: Em busca de justiça no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.** Tese de Doutorado em Sociologia – Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade de Brasília (UNB), Brasília, 2020.

BATISTA, Ana Paula. **Direitos fundamentais e a fraternidade: um novo paradigma para a proteção de grupos vulneráveis.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

BENTO, Silvia. **Direitos humanos, gênero e raça: uma abordagem interseccional.** São Paulo: Editora UNESP, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 nov. 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 7.^a ed. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2000.

CONJUR, Sergio Rodas. **A Constituição alemã de Weimar.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-06/constituição-weimar-inovou-estabelecer-direitos-sociais/>. Acesso em: 24 nov. 2023.

CRENSHAW, Kimberlé. **Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero.** Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 10, n. 1, p. 171-188, 2002.

CRENSHAW, Kimberlé. **Mapping the margins: intersectionality, identity politics, and violence against women of color.** Stanford Law Review, v. 43, n. 6, jul. 1991.

FRIGOTTO, Gaudêncio; ROLIM, José. **Educação, direitos humanos e a luta contra a desigualdade racial.** Brasília: MEC, 2021.

GONÇALVES, Letícia. **A eficácia dos direitos fundamentais e o princípio da fraternidade: uma análise crítica.** Curitiba: Juruá, 2022.

HIRATA, Helena; NASCIMENTO, Sueli. **Feminismos, raça e classe: interseccionalidade na teoria e na prática.** São Paulo: Editora UNESP, 2021.

KING, Martin Luther; JACKSON, Jesse. **Why We Can't Wait.** Washington: Signet Classic, 2000.

MARCELO, Alexandrino. **Direito Constitucional Descomplicado.** São Paulo: GEN, 2023.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais.** São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9788597026825. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026825/>. Acesso em: 24 nov. 2023.

OLIVEIRA, Edna Maria. **Interseccionalidade e direitos humanos: uma abordagem de gênero e raça.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

OXFORD, University. **Oxford Languages.** Disponível em: <https://languages.oup.com/word-of-the-year/2022/>. Acesso em: 24 nov. 2023.

PEREIRA, Ricardo. **Antirracismo e direitos humanos: um olhar interseccional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

RIBEIRO, Djamila. **Lugar de fala.** São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

RIBEIRO, Djamila. **O que é interseccionalidade.** 1. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SILVA, José Afonso da. **Direitos Humanos e Constituição: a teoria da fraternidade.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

VIGOYA, Mara Viveros. **La interseccionalidad: una aproximación situada a la dominación.** Debate Feminista, n. 52, p. 1-17, 2016. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0188947816300603>. Acesso em: 24 nov. 2023.

Capítulo 8

ALÉM DAS FRONTEIRAS: A INFLUÊNCIA DA TRANSNACIONALIDADE NAS DINÂMICAS MIGRATÓRIAS CONTEMPORÂNEAS

Patrícia da Luz Chiarello¹

Jacson Roberto Cervi²

Introdução

Este artigo tem como tema o caráter transnacional das migrações contemporâneas, com foco nas novas dinâmicas sociais, políticas e jurídicas que emergem com a transnacionalidade.

O estudo investiga como as práticas migratórias transnacionais desafiam as concepções tradicionais de soberania estatal e modificam as relações entre migrantes e Estados-nação. Diferente de conceitos como

1 Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) - Campus de Santo Ângelo, área de concentração Direitos Especiais (Linha de Pesquisa Direito e Multiculturalismo), com bolsa concedida pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Mestra em Direito (2022) pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF), área de concentração Novos Paradigmas do Direito (Linha de Pesquisa Jurisdição Constitucional e Democracia), com bolsa concedida pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Cursando MBA em Qualidade, Gestão e Engenharia de Processos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Pós-graduada em Docência do Ensino Superior e Metodologias Ativas de Aprendizado. Advogada regularmente inscrita na OAB/RS. Integra o Projeto de Pesquisa Direito, Sustentabilidade e Segurança Alimentar em sociedades complexas, vinculado ao grupo de pesquisa CNPQ Novos Direitos e Sociedades Complexas. E-mail: dl.patricia@live.com.

2 Pós-doutorado pela Universidade de Passo Fundo com bolsa CAPES. Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, com estágio doutoral na Universidade de Sevilha-ES. Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Possui Graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul e especialização em Direito Público pela mesma Instituição. Professor titular da graduação e pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Campus de Santo Ângelo. Advogado. Membro do grupo de pesquisa “Novos Direitos em Sociedades Complexas”. Experiência profissional na área de Direito, com ênfase em Direito Ambiental, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Ambiental, Constitucional e Ecologia Política. E-mail: jrcervi@san.uri.br.

globalização e internacionalização, a transnacionalidade é analisada como um fenômeno que vai além da mera interação entre países, envolvendo uma desterritorialização das relações sociais e a emergência de estruturas de poder que transcendem fronteiras nacionais.

O estudo da transnacionalidade nas migrações contemporâneas é de extrema relevância tanto social quanto acadêmica. Socialmente, as migrações transnacionais desafiam políticas migratórias tradicionais, gerando demandas por respostas mais flexíveis e adequadas à realidade dos migrantes que mantêm laços com múltiplos territórios. Academicamente, a análise da transnacionalidade contribui para a compreensão dos limites da soberania estatal em um mundo globalizado e oferece uma nova perspectiva para o estudo das migrações, ao considerar o impacto de redes transnacionais e as implicações jurídicas, econômicas e culturais desses fluxos.

Por tanto, questiona-se: como a transnacionalidade influencia as dinâmicas migratórias contemporâneas, afetando as relações entre os migrantes e os Estados-nação e desafiando as concepções tradicionais de soberania estatal?

A hipótese central é que a transnacionalidade das migrações redefine as relações entre migrantes e Estados, criando novas formas de identidade e cidadania que não se limitam às fronteiras territoriais. Esse fenômeno resulta na necessidade de adaptação das políticas públicas e da legislação para contemplar as múltiplas conexões que os migrantes mantêm, tanto no país de origem quanto no de destino, fragilizando as noções clássicas de soberania e controle estatal.

A abordagem metodológica adotada é qualitativa, utilizando o método hipotético-dedutivo. A pesquisa foi conduzida por meio de análises bibliográficas e documentais, englobando literatura acadêmica relevante e documentos legais que tratam da transnacionalidade e migrações.

Transnacionalidade: uma breve introdução

O fenômeno da transnacionalização surgiu a partir da intensificação das operações de natureza econômico-comercial no período do pós guerra (STELZER, 2011), inserindo-se no contexto de uma sociedade globalizada, caracterizada pelo desmanche da unidade

do Estado e da sociedade nacional, pelas novas relações de poder e de concorrência e pelos novos conflitos e incompatibilidades entre atores e unidades do Estado nacional e atores, identidades, espaços sociais e processos sociais transnacionais (BECK, 1999).

Com efeito, a transnacionalização não se confunde com outros conceitos como internacionalização ou globalização. O termo internacionalização diz respeito à ideia de relacionamento entre países, sem que haja, nesse sentido, a predominância de uma abrangência global, ou seja, a internacionalização resta configurada havendo uma determinada relação política-jurídica entre dois ou mais países, sem a necessidade de que essa relação tenha um alcance mundial (STELZER, 2011). Por seu turno, a globalização deve ser compreendida como um fenômeno multifacetado, com dimensões econômicas, sociais, políticas, culturais e religiosas, que se interligam de um modo complexo (SOUZA SANTOS, 2020), conforme já abordado.

Phillip Jessup foi um dos primeiros pesquisadores a utilizar o termo ‘transnacional’. Na obra intitulada *Transnacional Law*, em 1965, o autor utilizava referida expressão para tratar sobre os problemas aplicáveis à comunidade mundial inter-relacionada. Influenciados pelas ideias de Jessup, Vagts e Steiner também passaram a tratar sobre os problemas legais transnacionais com o lançamento da obra *Transnational Legal Problems*, em 1976 (PIFFER, 2018). Sob esse viés, percebe-se que a noção de transnacionalidade não é recente, mas ganhou importante notoriedade com a intensificação das relações globais.

Segundo Stelzer (2011), a transnacionalização nasce no contexto da globalização, tratando-se de um fenômeno que evidencia-se pela desterritorialização das relações político-sociais, fomentado por um sistema econômico capitalista ultravalorizado, que possui a capacidade de articular o ordenamento jurídico mundial à margem das soberanias dos Estados. Nesse sentido, a autora destaca que o prefixo *trans* tem origem latina, significando *além de, através, para trás, em troca de ou ao revés*, de modo que transnacional pode ser concebido como “aquilo que atravessa o nacional, que perpassa o Estado, que está além da concepção soberana de Estado e, por consequência, traz consigo, inclusive, a ausência da dicotomia público e privado” (STELZER, 2011 p. 24-25).

Ao tratar sobre a transnacionalidade, Bodnar e Cruz (2011, p. 57-58), esclarecem que a expressão *trans* pode significar algo que

vai “além de” ou “para além de”, indicando que a estrutura pública transnacional pode perpassar vários Estados, transmitindo não uma ideia de justaposição de instituições ou de superação ou transposição de espaços territoriais, “mas a possibilidade da emergência de novas instituições multidimensionais, objetivando a produção de respostas mais satisfatórias aos fenômenos globais contemporâneos”.

Ainda sobre o tema, Stelzer (2011) destaca as características essenciais da transnacionalização, quais sejam, (I) a desterritorialização das relações político-econômicas, (II) a ultravalorização do capitalismo, (III) o enfraquecimento do Estado soberano e (IV) emergência de um ordenamento jurídico gerado à margem do monopólio estatal.

Considerada um processo cada vez mais intenso e generalizado, a desterritorialização manifesta-se tanto na esfera da economia quanto nas esferas política e cultural. Segundo Ianni (2013, p. 95), “formam-se estruturas de poder econômico, político, social e cultural internacionais, mundiais ou globais descentradas, sem qualquer localização nítida neste ou naquele lugar, região ou nação”. Tais estruturas passam a ocupar espaços que ultrapassam as fronteiras nacionais, que transcendem Estados, moedas, línguas, grupos, classes, movimentos sociais e partidos políticos (IANNI, 2013).

Nas palavras de Stelzer (2011. p. 25), a desterritorialização “diz respeito ao aspecto além fronteira, pois não é o espaço estatal e também não é o espaço que liga dois ou mais espaços estatais”, razão pela qual “o território transnacional não é nem um nem outro e é um e outro, posto que se situa na fronteira transpassada, na borda permeável do Estado”.

Exemplo de desterritorialização é o que ocorre no comércio mundial atual. Através da desterritorialização da cadeia produtiva, empresas dos mais diversos ramos conseguem produzir uma determinada mercadoria em várias partes do mundo, utilizando-se de matéria prima (insumos) e mão-de-obra de diferentes países, a depender das condições que lhes sejam mais favoráveis. Em razão dessa possibilidade de desterritorialização das empresas e da fragmentação dos processos produtivos é que se concebe o comércio mundial como um catalizador da transnacionalidade, na medida em que a intensificação das relações comerciais passou a apresentar inúmeras necessidades, tais como o desenvolvimento das tecnologias de comunicação, de informação e de transporte, avanços tecnológicos em matéria produtiva e em relação

aos métodos de produção, bem como na eliminação de restrições ao comércio internacional, viabilidade de investimentos de empresas estrangeiras, transações financeiras *online*, conversibilidade de moedas, dentre outros fatores. (STELZER, 2011).

Há que se destacar, ainda, que a *internet* possibilitou a criação de espaços cibernéticos não territorializados, convergindo no fortalecimento da desterritorialização de serviços (STELZER, 2011). Ter acesso aos processos de produção independente do lugar do mundo em que se esteja e à instantaneidade de informações, sendo possível se comunicar em tempo real com qualquer pessoa do planeta, certamente favorece a divisão da cadeia produtiva das empresas à nível mundial, impulsionando, consequentemente o comércio mundial e a desterritorialização.

Outra característica essencial da transnacionalização é a ultravalorização do capitalismo. Ianni destaca que o capitalismo desenvolveu-se e irradiou-se por todos os cantos do mundo, dinamizando-se nas periferias e centros, e que este “aparece como um poderoso sistema, um processo civilizatório, impondo-se a todas as outras formas sociais de vida e de trabalho” (IANNI, 2013, p. 19).

De acordo com o autor, é possível distinguir a história do capitalismo em três formas, épocas ou ciclos, que convivem e se mesclam apesar de suas particularidades (IANNI, 2013, p. 19). Inicialmente o modo capitalista de produção organiza-se em moldes nacionais, revolucionando as formas de vida e de trabalho locais, regionais, feudais, comunitárias, tribais ou pré-capitalistas. Posteriormente, o capitalismo organizado em bases nacionais acaba por ir além das fronteiras dos Estados, havendo uma grande expansão dos mercados e o desenvolvimento das forças produtivas:

[...] A reprodução ampliada do capital, compreendendo os processos de sua concentração e centralização, transborda fronteiras próximas e distantes, assim como mares e oceanos. Entretanto, no limite, a acumulação de capital, o desenvolvimento das forças produtivas e das relações de produção tende a localizar-se no país dominante, imperialista, central ou metropolitano. Nem por isso, no entanto, esses mesmos processos deixam de produzir uma espécie de revolução na vida de tribos, aldeias, colônias e países dependentes. (IANNI, 2013, p. 38).

Por fim, o capitalismo alcança uma escala propriamente global – o caráter global do capitalismo. Nesse aspecto, “os processos de concentração e centralização do capital adquirem maior força, envergadura, alcance”, e “invadem cidades, nações, continentes, formas de trabalho e de vida, modos de ser e pensar, produções culturais e formas de imaginar” (IANNI, p. 38).

Verifica-se, assim, que uma das principais razões pelas quais o capitalismo conseguiu expandir-se em termos mundiais foi sua capacidade de desenvolver-se no interior dos espaços nacionais e de se expandir para além das fronteiras dos Estados (STELZER, 2011). Mesmo originalmente ocupando os espaços nacionais, o capitalismo sempre esteve inclinado a tomar proporções globais, o que ocorreu, de fato, com o aumento do consumo de bens e serviços e com o desenvolvimento das tecnologias de comunicação e produção, possibilitando uma expansão do mercado e dos processos produtivos para além das fronteiras.

Em relação ao enfraquecimento dos Estados, merece destaque algumas características consideradas clássicas que estão ligadas ao rompimento deste conceito, quais sejam: a incapacidade estatal de controlar a mobilidade dos meios de produção e das operações financeiras, do fenômeno supranacional comunitário, da valorização do poder econômico em detrimento do poder político, dentre outras (STELZER, 2011).

Tal enfraquecimento ocorre, conforme asseveram Bodnar e Cruz (2011, p. 56), porque “o Estado não consegue mais dar respostas consistentes à sociedade diante das complexidades das demandas transnacionais que se avolumam continuamente”. Isso significa que partir dos processos de globalização as principais demandas que hoje são objetos de discussão nos mais diversos setores da sociedade passaram a afetar a humanidade inteira, sem quaisquer distinções, de modo que os Estados, individualmente, não conseguem mais atender à tais demandas, tornando-se ineficiente.

O caráter transnacional das migrações e a reconfiguração das fronteiras nacionais

Ianni (2013) assevera que na medida em que o Estado-nação é redefinido, este também perde algumas de suas prerrogativas

econômicas, políticas, culturais e sociais, fazendo com que, aos poucos, algumas dessas prerrogativas passem a aparecer nas decisões e atividades de empresas multinacionais e organizações multilaterais, o que acaba provocando a intensificação das desigualdades em escala mundial:

Mais do que nunca, as desigualdades sociais, econômicas, políticas e culturais estão lançadas em escala mundial. O mesmo processo de globalização, com que se desenvolve a interdependência, a integração e a dinamização das sociedades nacionais, produz desigualdades, tensões e antagonismos. O mesmo processo de globalização, que debilita o Estado-nação, ou redefine as condições de sua soberania, provoca o desenvolvimento de diversidades, desigualdades e contradições, em escala nacional e mundial. (IANNI, 2013, p. 49).

Em que pese o enfraquecimento ou debilidade dos Estados figurar entre as principais características da transnacionalização, não é possível afirmar que este desaparecerá ou que poderá ser substituído:

Com tudo e com isso, não se está defendendo aqui a súbita abolição de qualquer tipo de Estado, ou sua gradual extinção, como propuseram anarquistas e marxistas, respectivamente, mas sim sua lógica e previsível superação desde que se compra, basicamente, a condição de desenvolvimento sustentável. (CRUZ, 2014, p. 63)

Diante do enfraquecimento dos Estados e também da desterritorialização das relações político-econômicas e da ultravalorização do capitalismo, especialmente em virtude do desenvolvimento dos processos de globalização, surge também a emergência de um ordenamento jurídico gerado à margem do monopólio estatal, outra característica da transnacionalização.

Com efeito, Stelzer (2011) sustenta que o direito de natureza estatal passou a ser questionado pelas transformações mundiais, na medida em que a edição de normas capazes de vincular e disciplinar relações progressivamente policêntricas tornam-se cada vez mais difíceis, evidenciando a necessidade de um Direito com aptidão de transpassar as fronteiras nacionais, cujas normas se distanciem do Direito Internacional Público – o Direito Transnacional.

Em seus estudos sobre a transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacionais, Bodnar e Cruz (2011) asseveraram que o Estado e o Direito Transnacionais poderiam ser propostos a partir da

criação de espaços públicos que possam perpassar os Estados nacionais, e que tendem a apresentar as mesmas características axiológicas, quais sejam: (I) Constituição a partir de Estados em processos de abdicação das competências soberanas; (II) Formação por instituições com órgãos e organismos de governança, regulação, intervenção e aplicação das normas transnacionais; (III) Capacidade fiscal em diversos âmbitos transnacionais; (IV) Atuação em âmbitos difusos transnacionais; (V) Pluralismo de concepções; (VI) Implantação gradativa de instrumentos de democracia transnacional deliberativa e solidária; (VII) Constituição de espaços públicos transnacionais com base na cooperação, na solidariedade e no consenso; e (VIII) Capacidade de coerção.

Assim, de acordo com os autores, o Direito Transnacional compreende o transpasse dos Estados nacionais, com capacidade própria e de aplicação coercitiva por uma determinada estrutura organizativa transnacional:

O ordenamento jurídico transnacional apareceria como um conjunto ou sistema, no sentido de que suas normas responderiam a pautas axiológicas comuns, que justificariam sua consideração como um todo e que atualmente são praticamente impossíveis de serem alcançadas pelos direitos nacionais comunitário e internacional. (BODNAR, CRU, 2011, p. 65).

Com efeito, a partir das considerações apresentadas sobre a transnacionalidade e seus pressupostos, é possível verificar que as principais demandas da sociedade possuem um caráter transnacional, visto que ultrapassam as fronteiras dos estados e exigem a atuação de vários atores transnacionais. Migrações, meio ambiente, emergência climática e crise pandêmica são exemplos de temas que transpassam a capacidade dos Estados, requerendo um compromisso regular e significativo de todos os participantes. (PIFFER, 2018).

Para Piffer e Cruz:

Abordar a transnacionalidade como fenômeno significa cogitar a possibilidade de modificar as concepções sobre as relações “transpassantes” que afetam direta ou indiretamente todos, a fim de ordenar um claro senso de responsabilidade com relação aos efeitos das ações políticas e econômicas em um mundo globalizado. (PIFFER, CRUZ, 2018, p. 15).

A questão ambiental é apontada por Bodnar e Cruz (2011) como uma das maiores justificativas para a construção de espaços

públicos transnacionais, sendo as convenções que versam sobre a necessidade da preservação ambiental um claro exemplo de prática jurídica transnacional. Entre os dias 5 e 16 de junho de 1972 foi realizada em Estocolmo, capital da Suécia, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, também conhecida como Conferência de Estocolmo, que reuniu diversos líderes mundiais para tratar sobre questões relacionadas ao meio ambiente, sendo que a partir da realização da Conferência pôde-se verificar um aumento no número de acordos multilaterais de proteção ambiental. Em junho de 1992, na cidade do Rio de Janeiro, foi realizada uma nova Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, também conhecida como Rio-92 ou Eco-92, considerada o auge da cooperação ambiental por definir princípios fundamentais e também por estabelecer a base normativa para um segundo conjunto de acordos ambientais internacionais (NADIR; TIBUSH; ARAUJO, 2020).

No ano de 2015, representantes de 193 Estados-membros da Organização das Nações Unidas se reuniram novamente, desta vez na cidade de Nova York, e elaboraram um documento intitulado “Transformando Nossa Mundo: a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável”, elencando 17 objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS) e 169 metas a serem alcançadas até 2030 a fim de erradicar a pobreza em todas as suas dimensões, o que é considerado um requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável. Já a última Conferência das Nações Unidas sobre as mudanças do clima (26.^a conferência das partes da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima -COP26) foi realizada entre 1 e 12 de novembro de 2021 na cidade de Glasgow, na Escócia, contando com a participação de quase 200 países que se comprometeram com uma rápida redução das emissões de carbono na atmosfera.

As discussões e Conferências globais sobre proteção ambiental evidenciam a consciência coletiva de uma interdependência global. De acordo com Nadir, Tibush e Araujo (2020), são quatro os fatores decisivos que ajudaram a evidenciar essa relação de interdependência ecológica global: I – o fato de que os ecossistemas frequentemente ultrapassam as fronteiras políticas; II – certos ambientes naturais são compartilhados por toda a comunidade internacional, e não apenas entre alguns Estados, como por exemplo o espaço sideral e o fundo do mar; III – as fontes de poluição emitidas localmente têm efeitos

globais; IV – os problema ambientais também estão relacionados com outros temas das relações internacionais, como a segurança nacional, o desenvolvimento, as finanças e o comércio.

Assim como a emergência ecológica global, em razão de sua intensificação, complexidades e de seu caráter transnacional, o tema ‘migrações’ também é considerado um dos mais debatidos da atualidade. Segundo Cruz e Piffer (2017), a atribuição do caráter transnacional às migrações se dá por entender que esta é um fenômeno reflexivo da globalização, que se evidencia pela desterritorialização dos relacionamentos político-sociais e que corresponde aos vínculos que atravessam os limites do Estado.

Nesse sentido, Piffer (2018, p. 149) assevera que pode-se compreender as migrações transnacionais como sendo “o processo mediante o qual os Imigrantes constroem elementos de ligação tanto com seu país de origem quanto com seu país de destino, ou seja, entre diferentes diásporas”. Assim, mesmo quando os migrantes deixam seu país de origem e ingressam em outro país, com as possibilidades de locomoção entre longas distâncias e de comunicação entre as áreas mais remotas, o vínculo com o país de origem é mantido, havendo, portanto, uma relação transnacional (PIFFER, 2018, p. 150).

Conforme esclarece Piffer:

Hoje, com a Transnacionalidade das Migrações, o Imigrante traz consigo toda sua bagagem cultural e social e a insere no novo país estabelecendo novas interconexões com os territórios distintos, ou seja, continua mantendo um elo com seu país de origem e começa a construir relações no país destino. Tal fato é chamado pela doutrina de Redes migratórias. (PIFFER, 2018, p. 150).

No atual contexto das migrações transnacionais já não é possível impor ao imigrante uma total inserção cultural no país de destino, ou seja, ao ingressar em um novo território o imigrante não abandona sua bagagem social e cultural na fronteira, mas leva-a consigo, insere-a no país destino, absorvendo também os costumes e culturas locais. Desse modo, através das redes migratórias é possível haver a manutenção e o avivamento do processo de desenvolvimento de relações múltiplas de origem familiar, econômica, política e religiosa, de modo que “mesmo a mais rígida política migratória existente não é capaz de conter esse avivamento, não é capaz de fazer cessar a manutenção das redes e,

consequentemente, o seu caráter transnacional” (PIFFER, 2018, p. 151).

Reconhecer o caráter transnacional das migrações é dizer, portanto, que o fenômeno migratório evidentemente transpassa a capacidade regulatória dos Estados, exigindo uma atenção especial e ações específicas de todos os atores transnacionais. Sobre esse viés, “não é possível analisar o fenômeno migratório somente a partir do local de origem dos Transmigrantes; noutro norte, também não se pode avaliá-lo dentro dos limites territoriais do destino das Migrações” (PIFFER, 2018, p. 150), tendo em vista que muitas variáveis interferem neste processo.

Apesar de todo o exposto sobre o caráter transnacional das migrações, fato é que os países continuam impondo cada vez mais restrições à entrada de não nacionais, especialmente quando se trata de migrantes forçados. Nesse contexto, com base em critérios como a cidadania, os países adotam políticas migratórias rígidas para conter a mobilidade humana, o que vem de encontro às mais variadas violações de direitos humanos de migrantes nos fluxos migratórios, tema que será abordado no capítulo seguinte.

Considerações finais

O fenômeno da transnacionalidade emerge como um fator determinante na reconfiguração das relações globais, desafiando as fronteiras tradicionais dos Estados nacionais. Ao analisar sua dinâmica, fica evidente que a transnacionalidade não pode ser confundida com conceitos como internacionalização ou globalização, pois abrange um campo mais complexo de interações que transcendem os limites territoriais e jurídicos. A transnacionalidade, ao perpassar diversas esferas sociais, culturais, econômicas e políticas, cria novas formas de integração e fragmentação que exigem uma análise jurídica e política mais abrangente e inovadora.

A transnacionalização, enquanto fenômeno relacionado à intensificação das relações econômicas, culturais e sociais, exerce um impacto significativo sobre a soberania dos Estados. Como evidenciado ao longo da pesquisa, a desterritorialização das relações e o fortalecimento de instituições supranacionais desafiam o monopólio estatal sobre o

direito e a ordem social. Essa nova configuração demanda um repensar do papel do Estado, que deve se adaptar à realidade de um mundo cada vez mais interconectado e descentralizado, onde a autoridade tradicional é frequentemente compartilhada entre múltiplos atores transnacionais.

Por fim, a transnacionalidade impõe desafios, mas também oferece oportunidades para um novo paradigma jurídico, capaz de lidar com questões globais complexas, como migrações e direitos humanos. A criação de estruturas e instituições transnacionais tem se mostrado um caminho necessário para enfrentar as questões globais contemporâneas, desde que se desenvolvam mecanismos eficazes de cooperação internacional.

A pesquisa demonstrou que a transnacionalidade pode ser uma ferramenta para a construção de respostas mais adequadas aos desafios globais, desde que acompanhada de um fortalecimento das práticas e do direito internacional.

Referências

BECK, Ulrich. **O que é Globalização?** Equívocos do globalismo - respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacionais. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da Soberania à Transnacionalidade:** Democracia, Direito e Estado no Século XXI. Itajaí: Univali, 2014.

CRUZ, Paulo Márcio; PIFFER, Carla. **Transnacionalidade,** migrações transnacionais e os direitos dos trabalhadores migrantes. Revista do Direito, (53), p. 51-66. 2017.

IANNI, Octavio. **A sociedade global.** 15^a ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

NADIR, Mohammed; TIBUSH, Jerônimo Siqueira; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso. A diplomacia ambiental no Sul Global: Um olhar sobre África e América Latina. **Revista Justiça do Direito**, v. 34, n. 1, p. 314-363, Jan./Abr. 2020.

PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio. Manifestações do Direito Transnacional e da Transnacionalidade. In: PIFFER, Carla; BALDAN, Guilherme Ribeiro; CRUZ, Paulo Márcio (orgs). **Transnacionalidade e Sustentabilidade:** dificuldades e possibilidades em um mundo em transformação. Porto Velho: Emeron, 2018.

PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio. O Direito Transnacional como disciplina dos Cursos Jurídicos. **Revista Direito Mackenzie**, v. 12, n.1, p.11-28. 2018.

PIFFER, Carla. **Transnacionalidade e Imigração:** a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos transmigrantes diante de decisões de regresso na Itália e na União Europeia. Tese (Doutorado). Universidade do Vale do Itajaí – Univali. Itajaí, 2014.

STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). **Direito e Transnacionalidade.** Curitiba: Juru

Capítulo 9

CONSENTIMENTO E RASTREAMENTO DE DADOS: COMO A LGPD LIMITA E REGULA O USO DE DADOS OBTIDOS POR MEIO DE COOKIES

Letícia Mousquer Ritter¹

Mariane Thomas Xavier²

Natália Sebastiani Machado³

Introdução

O presente estudo aborda a posição da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei nº 13.709/2018, em relação ao consentimento dos usuários na aceitação de cookies. Os cookies, também conhecidos como cookies de browser, ao serem consentidos salvam informações do usuário para “facilitar” a experiência deste, tornando assim, os dados pessoais, dados sensíveis, dados públicos e dados anonimizados dos indivíduos acessíveis no site em questão, o que pode expor tais informações a possíveis fraudes. Diante desse cenário, este estudo investiga a posição da LGPD e os mecanismos regulatórios que ela oferece para mitigar os riscos de exposição dos usuários.

Tal pesquisa torna-se fundamental nos dias atuais, já que a grande maioria dos sites disponíveis na internet exigem a permissão de aceitação dos cookies fornecidos, se tal finalidade não for aceita pode ocorrer do usuário não poder acessar ou utilizar das informações ali fornecidas. Nesse sentido, busca-se analisar quais são as informações

¹ Doutora em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS. Professora na Graduação em Direito na URI, Santo Ângelo/RS. Advogada. E-mail: leticiaritter@san.uri.br

² Graduanda do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada da Fronteira Sul e das Missões – Campus Santo Ângelo, residente na cidade de Cerro Largo.

³ Graduanda do Curso de Direito da Universidade Regional da Fronteira Sul e das Missões – Campus Santo Ângelo, residente da cidade de Cerro Largo.

consentidas pelo usuário ao aceitar determinados termos e até onde estas exigências se enquadram na LGPD.

Com isso, qual a perspectiva do consentimento e rastreamento de dados em sites, e como a LGPD regula e limita o uso de dados pessoais obtidos por meio de cookies e ferramentas de rastreamento - quais são os principais desafios para a proteção dos usuários?

Com a finalidade de tornar transparente as exigências dos cookies com relação aos dados pessoais dos usuários, cabe a LGPD regulamentar e limitar a finalidade e a necessidade do uso de cookies, e a possível revogação dos usos dos dados anteriormente consentidos.

A metodologia de pesquisa utilizada no presente estudo se dá através de bibliografia digital, análise de dados fornecidas pela federação, abordando o método dedutivo hipotético com base nas análises feitas no decorrer do estudo.

O objetivo desse estudo se dá através de uma pequena análise das finalidades da LGPD de forma geral em toda a federação, partindo então para especificação desta lei diante das diretrizes de cookies de browser exigidas pelos sites para a navegação dos usuários.

A Lei de Proteção de Dados e a cultura de privacidade

Buscando a proteção de dados do cidadão natural, a LGPD (Lei de Proteção de Dados nº 13.709/2018), aprovada em agosto de 2018 e com vigência a partir de agosto de 2020 tem como objetivo assegurar a privacidade dos dados pessoais, sensíveis, públicos e anonimizados que são de titularidade de cidadãos naturais, sendo eles físicos ou digital.

A presente lei tem como fundamento o respeito à privacidade, autodeterminação informativa, liberdade de expressão, desenvolvimento econômico, livre iniciativa e direitos humanos. Sendo o objetivo principal, garantir a não explanação de dados individuais na internet, evitando, assim, o risco de possíveis fraudes associadas ao nome de pessoas naturais (Ministério Público Federal, 2023).

Conforme o artigo 5º da Constituição Federativa do Brasil de 1988, todos são iguais perante a lei, portanto, todos têm direitos e obrigações previstas nas legislações federais e ninguém será obrigado

a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, ressalvado em virtude de lei. Como destacado a seguir:

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

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

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (Brasil, 1988).

Sendo assim, toda e qualquer pessoa se encontra amparada pela LGPD quanto aos seus dados pessoais, com o direito e dever de consentir sobre os dados disponibilizados nos meios digitais.

A baixo, explana-se um pouco mais sobre a qualificação de Dados Pessoais, Dados Sensíveis, Dados Públicos e Dados Anonimizados:

Os Dados Pessoais, apesar de ser algo muito importante para cada indivíduo, é o tipo de informação que se espalha na internet. Tratando-se do nome completo, data e local de nascimento, RG e CPF, fotografias, endereço residencial, endereço de e-mail, cartão bancário, renda, histórico de pagamento, hábitos de consumo, localização atual do endereço de IP, número de telefone e testemunhos de conexão, os chamados cookies (Gov. br, 2022).

Os Dados Sensíveis, adentrados no campo dos dados pessoais, são aqueles dados relacionados a origem racial ou étnica, convicções religiosas ou filosóficas, opiniões políticas, filiação sindical, questões genéticas, biométricas e sobre a saúde ou a vida sexual de uma pessoa, que só podem ser obtidos através do consentimento do titular. Quando esses dados se tratam de informações envolvendo crianças e adolescentes é imprescritível o consentimento dos responsáveis para ser utilizado. Por sua vez, a LGPD permite a utilização dos dados sem consentimento dos responsáveis, desde que utilizados uma única vez e depois apagados, como por exemplo: na busca pelos responsáveis; obrigação legal; a políticas públicas; a estudos via órgão de pesquisa; ao exercício regular de direitos; à preservação da vida e da integridade física de uma pessoa; à tutela de procedimentos feitos por profissionais das áreas da saúde ou sanitária; à prevenção de fraudes contra o(a) titular (Gov.br, 2022).

De outro modo, os Dados Públicos, são aqueles dados em que o titular consente o uso interno a uma determinada organização de interesse público, não necessitando um novo consentimento. Toda via, se a organização necessitar compartilhar estes dados a outras entidades, desvinculado do sistema interno, será necessário solicitar um novo consentimento ao titular (Gov.br, 2022).

Diferentemente dos demais, os Dados Anonimizados, trata-se de uma técnica onde os dados se modificam para identificar a pessoa, garantindo a desvinculação da informação do indivíduo; neste caso a Lei nº 13.709/2018 não se aplica. Porém, ao tratar-se de dados pseudonimizado, aplica-se a LGPD, sendo aqueles onde o indivíduo camufla-se atrás de pseudônimos, mas que ainda é possível ser rastreável a identificação (Gov.br, 2022).

Conforme o Ministério Público Federal, assim como todas as leis, a LGPD também tem as suas exceções na aplicação:

Não se aplica para fins exclusivamente: jornalísticos e artísticos; de segurança pública; de defesa nacional; de segurança do Estado; de investigação e repressão de infrações penais; particulares (ou seja, a lei só se aplica para pessoa física ou jurídica que gerencie bases com fins ditos econômicos). E não se aplica a dados de fora do Brasil e que não sejam objeto de transferência internacional (Ministério Público Federal, s.a.).

No âmbito do tratamento dos dados pessoais, ocorre dois agentes de tratamentos: o “controlador” e o “operador”. Envolvendo ainda o “encarregado” (DPO) que atua como indicado do controlador (Gov.br, s.a). A seguir é explica-se maiores detalhes sobre esses agentes:

Sendo pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, o Controlador trata-se daquele que coordena e define como o dado pessoal será tratado, é nele que recai a maior responsabilidade de como será tratada essas informações. Tendo como papel garantir que as normas e regras da LGPD estejam sendo seguidas, garantindo a transparência e comunicação com o titular dos dados e, consequentemente, é o responsável por “[...] danos patrimoniais, morais, individuais ou coletivos, assim como qualquer outro tipo de violação ou desacordo à legislação.” (Get Privacy, 2022).

Atribui-se, ainda, ao Controlador a elaboração do Relatório à Proteção de Impacto a Dados Pessoais, onde é definido o processo de

tratamento de dados, incluindo as medidas de segurança e prevenção de vazamentos de dados dentro da empresa. Esse relatório pode ser solicitado pela ANPD (Autoridade Nacional de Proteção de dados) sempre que necessário (Get Privacy, 2022).

Além das atribuições informadas a cima, o Controlador ainda tem responsabilidade de orientar o Operador. O operador nada mais é que a “[...] pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador.” (Brasil, 2018). Conforme o artigo 5º, inciso VII da LGPD:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

VII - operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador; (Brasil, 2018).

O Operador deverá realizar o tratamento de dados de acordo com a lei e respeitar as diretrizes de segurança e privacidade do controlador. Sendo responsabilidade do Operador, também, responder por “[...] danos patrimoniais, morais, individuais ou coletivos, assim como qualquer outro tipo de violação ou desacordo à legislação, podendo responder solidariamente.” (Get Privacy, 2022). E, por fim, o Encarregado, também conhecido como DPO (*Data Protection Officer*), é a “pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD);” (Brasil, 2018).

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

VIII - encarregado: pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD); (Brasil, 2018).

O DPO atua como um fiscal dentro da empresa, ele deve orientar de maneira técnica o embasamento de decisões corporativa para que sigam a LGPD. Devendo intermediar as decisões da empresa com a ANPD, orientar e organizar as práticas de governança na orientação de dados. Sendo uma função obrigatória nas empresas, exceto em startups e empresas pequenas (Get Privacy, 2022).

Os sites das empresas que não necessitam da coleta de dados pessoais dos usuários, que não se utiliza cookies, formulário de inscrição ou de contato, não tem a necessidade de se enquadrar nos requisitos da LGPD, isso porque não se utilizam de estratégias de marketing digital e SEO (*Search Engine Optimization*), ou seja, não necessitam dos dados para o aumento da rentabilidade e a otimização de pesquisas através das ferramentas do google, como o google analytics (Rockcontent, 2021).

Conclui-se, portanto, a necessidade da LGPD ao limitar o uso de Dados Pessoais dos usuários que navegam na internet, com o objetivo de evitar fraudes e clonagem com os dados obtidos através do consentimento dos indivíduos ao acessarem sites que solicitam estas informações. No próximo capítulo aborda-se com maiores detalhes a necessidade da LGPD nos canais online que utilizam o uso de dados dos usuários e solicitam o consentimento da utilização destes através dos cookies de browser.

Cookies de browser e o processo de dados do usuário

No presente capítulo é abordado a influência da LGPD no consentimento de cookies dos sites da internet. Em primeiro instante ocorre a definição de cookies, também chamado de cookies de browser ou cookies de navegação, em seguida é feita a analogia da LGPD com relação a este assunto.

Os cookies nada mais são do que pequenas caixas de informação sobre os usuários, como login e senha, podendo assim identificar cada usuário. Os cookies ao serem consentidos criam um ID do usuário e seu dispositivo onde são armazenadas informações exclusivas de cada indivíduo. Atualmente a internet utiliza os Cookies de HTTP, criados especialmente para lojas online, eles armazenam as informações de onde e o que o usuário acessou em determinado site, essas informações são armazenadas no navegador, onde futuramente irá envia-las, ou seja, enviar os cookies para o site, fazendo com que seja possível voltar para onde a navegação foi interrompida. Infelizmente, isso também facilita com que criminosos cibernéticos accessem as informações dos usuários e seus dados armazenados no navegador, violando assim os direitos pessoais dos indivíduos (Kaspersky, s.a.).

Os cookies são divididos entre cookies de sessão e cookies persistentes; cookies primários e cookies de terceiros; e cookies técnicos, de personalização, de análise e publicitários (Rockcontent, 2023). Segue a baixo a definição desses cookies:

Os cookies de sessão e os cookies persistentes se diferenciam com relação ao seu tempo de armazenamento. Sendo assim, os cookies de sessão ficam armazenados enquanto o usuário está logado no site, os cookies persistentes ficam armazenado por um longo período, sendo este determinado ou enquanto o usuário não o deletar (Rockcontent, 2023).

Já os cookies primários e os cookies de terceiros se diferenciam na sua origem. Assim como diz os nomes, os cookies primários são criados pelo próprio site, enquanto os cookies de terceiros são disponibilizados por empresas terceirizadas, sendo parceiras ou provedora de serviços (Rockcontent, 2023).

Diferentemente dos citados anteriormente, os cookies técnicos, de personalização, de análise e publicitários são criados para otimizar os sites e melhorar experiências dos usuários. Os técnicos servem como uma engrenagem para os sites, o fazendo funcionar da forma correta. Os de personalização permite que os sites alinhem o seu conteúdo. E por fim, os publicitários servem para coletar dados dos interesses dos usuários e assim disponibilizar anúncios de conteúdos interligados (Rockcontent, 2023).

Conforme citado no capítulo anterior, os cookies necessitam ser consentido pelos usuários para que o site consiga rastrear e armazenar dados no navegador. Portanto, os usuários podem permitir e negar a aceitação desses cookies, ao permitir será possível agilizar a navegação na web e ao negar pode ser possível diminuir os riscos de violação de privacidade, rastreamento e acesso aos dados pessoais, mas claro, podendo dificultar um pouco da navegação em determinados sites (Kaspersky, s.a).

Vale ressaltar que é possível remover os cookies mesmo depois de aceitos, será preciso acessar as privacidades do navegador e remover os cookies já consentidos, assim se privando de cookies mal-intencionados e com possíveis riscos de vazar dados pessoais (Kaspersky, s.a).

Ainda, é possível acessar sites através da VPN (rede privada virtual), que se trata de uma “camuflagem” do endereço de IP do

usuário, onde o endereçamento do usuário se torna invisível na web e os cookies são enviados para um servidor fora do país, fazendo com que o indivíduo navegue sem risco de violação dos seus dados (Kaspersky, s.a).

Conforme as normas da LGPD é necessário os sites que devem utilizar os cookies e se regulamentar nas normas da desta Lei são aqueles que de alguma forma processam os dados pessoais de seus usuários, como por exemplo, sites de lojas, redes sociais, sites de cursinhos, entre outros. Esses são alguns tipos de site que necessitam estar regulamentado com a Lei de Proteção de Dados nº 13.709/2018 (AdOpt, 2022).

Conforme a Get Privacy, as empresas que devem estar regulamentadas com a LGPD são aquelas que

Quando utiliza cookies [...] tem acesso a dados e informações privilegiadas de pessoas. Em outras palavras, [...] tem acesso à matéria-prima da LGPD, que são os dados pessoais, e, por conta disso, precisa se adequar e estar em conformidade com a lei (Get Privacy, 2022, s.p.)

Esses cookies ao serem utilizados devem ser fornecidos aos usuários de uma forma clara e objetiva, muitas vezes fixados no cabeçalho ou rodapé dos sites, em alguns casos, em banners. O usuário será notificado do uso dos cookies e neste aviso conterá a Política de Privacidade da empresa e os Termos de Uso, estas informações deverão ser claras, diretas e sólidas para que o indivíduo saiba por qual motivo o site estará utilizando seus dados pessoais. Será através desse aviso que o a pessoa natural terá a oportunidade de consentir ou negar a utilização de cookies por parte da empresa (AdOpt, 2022).

Seguindo, portanto, os princípios exigidos no artigo 6º da Lei nº 13.709/2018:

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;

V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial; VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

VII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

VIII - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

IX - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

Ao não estarem regulamentadas, ou seja, sem a utilização dos cookies, essas empresas ao “coletar e utilizar dados pessoais via cookies sem o consentimento explícito do usuário, pode estar violando a LGPD, o que pode resultar em sanções e multas” (Get Privacy, 2022, s.p.). O consentimento é um ponto importante da lei e é um princípio fundamental para que um site esteja adequado à LGPD.

As sanções e multas aplicadas as pessoas jurídicas que não estão em regularidade com a LGPD estão destacadas no artigo 52 da Lei nº 13.709/2018, e compreendem as medidas de advertência (com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas); multa simples de até (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício

(excluídos os tributos e limitada ao total de cinquenta milhões de reais por infração); multa diária, observado o limite total referido; publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência; bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização; eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração; suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados pessoais a que se refere a infração (pelo período máximo de seis meses, prorrogável por igual período) e proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados.

Após a identificação do uso indevido dos dados pessoais dos usuários, ou seja, sem o aviso do uso de cookies e o consentimento do indivíduo, as sanções serão aplicadas de acordo com o regramento que segue:

§ 1º As sanções serão aplicadas após procedimento administrativo que possibilite a oportunidade da ampla defesa, de forma gradativa, isolada ou cumulativa, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e considerados os seguintes parâmetros e critérios:

I - a gravidade e a natureza das infrações e dos direitos pessoais afetados;

II - a boa-fé do infrator;

III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

IV - a condição econômica do infrator;

V - a reincidência;

VI - o grau do dano;

VII - a cooperação do infrator;

VIII - a adoção reiterada e demonstrada de mecanismos e procedimentos internos capazes de minimizar o dano, voltados ao tratamento seguro e adequado de dados, em consonância com o disposto no inciso II do § 2º do art. 48 desta Lei;

IX - a adoção de política de boas práticas e governança;

X - a pronta adoção de medidas corretivas; e

XI - a proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção (Brasil, 2018).

Conclui-se então, que para uma empresa que busca evitar sofrer sanções e multas, ela deverá estar regulamentada com as normas da LGPD, como o aviso de utilização de cookies no rastreamento dos usuários e qual a finalidade deste uso, seguidos do consentimento do usuário. Em casos da utilização indevida, será responsabilidade do sistema judiciário aplicar a sanção administrativa ideal para o caso em questão.

Considerações finais

O assunto abordado neste estudo se dá em visão do tratamento da LGPD diante do consentimento de cookies dos usuários da internet, sendo uma questão muito importante nos dias atuais, já que, a grande maioria dos sites solicitam esse consentimento para dar continuidade na navegação do indivíduo, onde muitas destas pessoas não se dão por conta que no momento do consentimento estará fornecendo os seus dados a empresa administradora do site em questão. Desta forma, o problema apresentado é: como a LGPD regula o uso de dados e rastreamento consentidos nos cookies dos sites de navegação?

Com o estudo verificou-se que esta Lei traz em seu corpo a obrigação dos sites no aviso da utilização de cookies e qual a sua finalidade na solicitação desse consentimento. A empresa utilizadora de dados pessoais que não está de acordo com as normas da LGPD poderá sofrer sanções ou multas, de acordo com a gravidade da sua infração, sendo obrigada a ressarcir os indivíduos e realizar pagamento de multas para os órgãos administrativos.

Portanto, diante dos dados obtidos através de biografias digitais, legislações, análise estratégias e de dados, verifica-se que a posição da LGPD é de total importância no meio digital no mundo atual, já que, o uso da internet tornou-se parte da vida do ser humano, sendo um meio de distração, hobbies, sustento e estudos dos usuários, correndo o risco assim de ser vazado os dados pessoais a possíveis criminosos cibernéticos que tramitam pela internet. Com as limitações da Lei nº 13.709/2018 as pessoas poderão assim, identificar os sites oficiais e seguros que poderão navegar sem a preocupação do risco do vazamento dos seus dados por parte da empresa regulamentada e aprovada nas normas exigidas.

Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 03 nov. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a Proteção de Dados (LGPD). Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 03 nov. 2024.

CASAROTTO, Camila. Afinal o que são cookies e qual a sua finalidade em sites. **Rockcontent**. 08 de desembro de 2023. Disponível em: <https://rockcontent.com/br/blog/o-que-sao-cookies/>. Acesso em: 03 nov. 2024.

Classificação de Dados. **Gov.br**. Brasília. 26 de julho de 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/mds/pt-br/acesso-a-informacao/lgpd/classificacao-dos-dados>. Acesso em: 03 nov. 2024.

Lei de Proteção de Dados (LGPD). **Gov.br**. Brasília. 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/esporte/pt-br/acesso-a-informacao/lgpd>. Acesso em: 03 nov. 2024.

LGPD e Cookies: o que você precisa saber. **AdOpt**. Flórida. 2020. Disponível em: <https://goadopt.io/blog/cookies-e-lgpd/>. Acesso em 10 nov. 2024

Capítulo 10

AS ENERGIAS YIN E YANG NA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS¹

Magda Helena Fernandes Medina Pereira²

Leonel Severo Rocha³

Introdução

Enredados nos liames de inter-relações contingentes e multiculturais, a sociedade globalizada, ante a controvérsias, vê-se imersa em situações que lembram um jogo de cabo de guerra, haja vista cada indivíduo assumir uma polaridade no embate, intentar o controle da situação e perceber no outro um adversário a ser vencido.

-
- 1 Trabalho vinculado ao Projeto de Pesquisa “Teoria do Direito e multiculturalismo: revisitando a crítica jurídica waratiana e as matrizes da teoria jurídica” da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, campus Santo Ângelo, RS, Brasil.
 - 2 Doutoranda e Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, Santo Ângelo, RS. Integrante dos projetos de pesquisa (CNPq) “Direito em Luis Alberto Warat: análise dos limites e possibilidades de uma epistemologia Jurídica da Alteridade no Brasil contemporâneo”, “Constitucionalismo Intersistêmico: Constituição e direitos fundamentais entre Teoria Constitucional e Sociologia Jurídica” e “Teoria do Direito e multiculturalismo: revisitando a crítica jurídica waratiana e as matrizes da teoria jurídica”, estando todos os Projetos sob a coordenação do Prof. Dr. Leonel Severo Rocha. Bolsista CAPES/Prosrc. Graduada em Letras. Advogada. Mediadora Judicial (certificada) com “curso de Especialização em Mediação em Subtração Internacional de Crianças”. E-mail: magdahmedina@hotmail.com. CV: <http://lattes.cnpq.br/4976722797820235>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-4601-0597>.
 - 3 Pós-Doutor em Sociologia do Direito pela Università degli Studi di Lecce (Itália), Doutor pela École des Hautes Études en Sciences Sociales de Paris (1989) e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria. Atualmente, é professor titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, bem como professor do PPGD da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai (URI, Santo Ângelo/RS), onde coordena a Cátedra Warat. Além de ser professor visitante da Faculté de Droit da Universidade de Paris. Bolsista produtividade do CNPq. Pós-Doutor em Sociologia do Direito pela Università degli Studi di Lecce (Itália), Doutor pela École des Hautes Études en Sciences Sociales de Paris (1989) e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. CV: <http://lattes.cnpq.br/3283434447576859>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6971-1412>. E-mail: leonel@unisinos.br.

Eis que configurado um conflito negativo. Entretanto, o conflito pode apresentar viés positivo?

A fim de contribuir para a reflexão sobre tal questionamento, vislumbra-se a figura chinesa do *Yin-Yang*, a qual demonstra a ambivalência de todos os aspectos do mundo físico e energético, onde forças opostas se complementam e juntas, em equilíbrio, podem transformar o caos em ordem, propiciar a paz e a convivência planetária sustentável.

Nesse diapasão, observa-se o conflito como oportunidade de inclusão do “outro”, que, através de um olhar amoroso, possibilita a percepção da interconexão e inter-relação social do diferente com suas diferenças e, assim sendo, propicia a construção conjunta de um novo caminho. Eis que uma energia está contida na outra e ambas compõem o tecido social global. Dessa forma, observa-se o aspecto positivo e transformador do conflito.

O presente trabalho intenta abordar o conflito social e apresenta como recorte temático, o conflito como agente de mudança social através da mediação transformadora de Luís Alberto Warat. Tem-se como objetivo geral analisar os pressupostos do conflito social, argumentar o potencial construtivo do conflito e sua função social, bem como inter-relacionar o conflito social com a mediação transformadora waratiana.

Busca-se responder na presente pesquisa: o conflito possibilita transformação social, através da construção conjunta de um novo caminho propiciado por um olhar de amor “entre-nós”? Outrossim, tem-se como hipótese que o conflito tenha função social, haja vista o seu potencial construtivo que, através do olhar com lentes de amor e alteridade em relação ao “outro”, possibilita a transformação de controvérsias e de seus participantes, oportunizando a concepção de um novo caminho a ser trilhado “entre-nós”.

Vislumbra-se a pertinência do presente artigo, uma vez que apresenta e analisa o conflito com perspectiva pragmático-sistêmica (concepção de Leonel Severo Rocha), que abrange o pluralismo jurídico, a polissemia social e, consequentemente, a interface entre Direito e Sociologia. Essa abrangência temática, no contexto da sociedade contemporânea globalizada, é atual e relevante, pois vislumbra as implicações das inter-relações multiculturais contingentes e conflitantes desse contexto.

Por fim, quanto à organização do artigo, é composta por quatro capítulos. Inicia-se com a abordagem sobre a metáfora da figura chinesa *Yin-Yang* e sua relação com o conflito. Na sequência, versa-se sobre os preceitos da teoria do conflito em diversas perspectivas sociológicas. Por sua vez, o terceiro capítulo trata dos aspectos positivo e negativo do conflito e seu papel social. Por fim, o quarto capítulo aborda sobre o modelo waratiano de mediação transformadora e o conflito como fomentadores de construção conjunta (“entre-nós”).

A metáfora da figura chinesa *yin-yang* e a relação com o conflito social

Originado na filosofia chinesa taoísta, que, sinteticamente, pressupõe ser a vida composta por duas forças que se opõem e complementam, as quais representam a dinâmica energética do universo, o símbolo (diagrama) *Yin-Yang* é configurado pela imagem de um círculo dividido por uma linha ondulada, composto por duas metades constituídas uma pela cor preta e a outra pela branca, as quais apresentam na cor branca um ponto (semente) de cor preta e, na parte de cor preta, um ponto branco.

Na perspectiva de Jung (2015), o símbolo *Yin-Yang* representa uma oposição fundamental, a qual a humanidade está inserida

Na qualidade de microcosmo, o ser humano é um reconciliador dos opostos. [...] que une em si os opostos do mundo, corresponde ao símbolo irracional que une opostos psicológicos. [...] A existência de duas tendências mutuamente antagônicas, ambas tentando forçar o homem a atitudes extremas e envolvê-lo no mundo – tanto no lado material quanto no espiritual – e, assim, dividi-lo em si mesmo [...]” (Jung, 2015, p. 230).

Assim sendo, infere-se que a harmonia pessoal pressupõe o equilíbrio entre forças opostas que são interdependentes, interrelacionadas e interconectadas, representadas na simbologia do *Yin-Yang* por um movimento circular, que demonstra o contínuo impulso energético para propiciar a mudança, a constante necessidade de crescimento e transformação de cada indivíduo.

Nesse diapasão, observa-se ser pertinente a aludida metáfora para o entendimento da ambivalência construtiva do conflito, pois possibilita

visualizar que forças opostas não são rivais, mas complementares e interdependentes, são energias que impulsionam a busca por equilíbrio interior e exterior, que, consequentemente, implica em processo de mudança.

Isso posto, delineadas as ponderações iniciais, as quais justificam a pertinência da metáfora do *Yin-Yang* para o entendimento do tema proposto no presente trabalho, passa-se à análise dos pressupostos dos conflitos e seus reflexos no contexto da sociedade globalizada.

Um tour sociológico sobre teorias do conflito

A expansão da interatividade sem fronteiras, no cenário da sociedade contemporânea globalizada que potencializa a ampliação do leque de meios de comunicação, propicia o encontro de várias culturas, a expansão de inter-relações socioculturais. Entretanto, a apontada proximidade traz consigo, potencialmente, a ampliação de conflitos, haja vista a diversidade de posicionamentos individual e coletivo entre os povos.

Sob esse prisma, os “[...] aspectos intra, inter e transculturais [...]”, que pressupõem “[...] desdobramentos semânticos [...]”, delineiam um retrair da “[...] cartografia das comunidades. Ante tais desdobramentos, há o ensejo de visão polissêmica que indique “[...] a diversidade e a pluralidade das identidades culturais que tensionam os novos cenários sociais e que estão a demandar conviveres ontológicos novos” (Bertaso; Rocha, 2017, p. 206).

Rocha e Oliveira (2015), em semelhante viés, mencionam que o reconhecimento de que vivemos na era global composta por sociedades multiculturais, que por sua vez, são constituídas por uma “[...] pluralidade de identidades, instiga a reflexão a respeito das dificuldades de sustentar a ideia da importância da subjetividade para o Direito [...]” (Rocha; Oliveira, 2015, p. 226).

Ante a esse contexto, torna-se imprescindível a necessidade de vislumbrar o conflito com viés sociológico, não somente sob a ótica jurídica, através de diversos modelos para melhor entender seus pressupostos e aspectos peculiares, visto que se trata de tema complexo e abrangente, presente na vida cotidiana em sociedade, nas inter-relações individuais e coletivas especialmente em tempos de globalização.

Na concepção de Gimenez e Vetoretti (2013), a palavra conflito tem a sua gênese no latim (*conflictu, configere*), que significa “[...] lutar, chocar, contrapor ideias, razão pela qual está sempre associada em embate com algo ou com alguém.” Entretanto, quanto a seu conceito, a sua origem não é facilmente perceptível, pois abrange fenômenos sociais, políticos, psicanalíticos, entre outros, além de apresentar motivações “[...] étnicas, religiosas ou de valores” (Gimenez e Vetoretti, 2013, p. 38).

Deustch (2017), nesse sentido, aduz que ocorre conflito quando há o choque de desejos diferentes e uma vontade tenta suprimir a outra através da imposição. Tais controvérsias podem “[...] refletir ações incompatíveis de uma ou mais pessoas, coletividades ou nações esses conflitos são chamados interpessoais, intercoletivos ou internacionais” (Deustch, 2017, p. 5).

Outrossim, acrescenta Deusth (2017) que, de forma equivocada, os termos competição e conflito são utilizados como sinônimos ou equivalentes, visto que embora toda a competição produza um conflito, nem todo o conflito reverbera em uma competição. Dessa forma, em um conflito que se origina de competição, “[...] as ações incompatíveis refletem objetivos também incompatíveis. Todavia, o conflito pode ocorrer mesmo quando não haja incompatibilidade de objetivos (Deustch, 2017, p. 5).

Infere-se, à vista disso, que, no caso de objetivos compatíveis, o conflito ocorre em decorrência de um processo de competição entre duas ou mais pessoas, em relação ao caminho a ser trilhado para chegar ao pretendido resultado. Portanto, vislumbra-se que “[...] o conflito pode ocorrer em um contexto cooperativo ou competitivo [...]” (Deustch, 2017, p. 5).

Sob outra perspectiva, Simmel (1983) afirma, de modo aparentemente paradoxal, que o conflito é uma forma de sociação, pois “[...] se toda interação entre os homens é uma sociação [...]”, o conflito, que é uma das mais vívidas interações, não pode ser exercido somente por um indivíduo, dessa forma, certamente, deve ser considerado como uma forma de sociação (Simmel, 1983, p. 122-123).

Outrossim, o conflito está destinado a “[...] resolver dualismos divergentes; é um modo de conseguir algum tipo de unidade, ainda que através da aniquilação de uma das partes conflitantes”. Simmel ajunta

que na máxima “[...] ‘*si vis pacem para bellum*’ (se quiser a paz, prepare-se para a guerra) [...]” almejar a paz é apenas uma face dos conflitos (Simmel, 1983, p. 122-123).

Observa-se nas palavras de Simmel (1983), que o conflito apresenta várias expressões que não se reduzem a um aspecto puramente negativo. A sua natureza pressupõe o trabalho conjunto da ambivalência que o constitui, seus aspectos negativo e positivo, que Simmel denomina de “[...] formas de relação – a antitética e a convergente” (Simmel, 1983, p. 123).

Acrescenta Simmel que o conflito estabelece unidade, independentemente se para isso seja necessária a destruição de uma das partes conflitantes, fenômeno que se assemelha “[...] ao fato do mais violento sintoma de uma doença ser o que representa o esforço do organismo para se livrar dos distúrbios e dos estragos causados por eles” (Simmel, 1983, p. 122).

Nesse sentido, o autor designa conceitualmente “unidade” como “[...] o consenso e a concordância dos indivíduos que interagem, em contraposição a suas discordâncias, separações e desarmonias [...]”, bem como a “[...] síntese total do grupo de pessoas, de energias e de formas [...]”, a “[...] totalidade que abrange tanto as relações estritamente unitárias quanto as relações duais” (Simmel, 1983, p. 125).

Por seu turno, Entelman (2005), a fim de conceituar “conflito”, utiliza como parâmetro a natureza do objetivo almejado por cada participante de interação conflituosa. Dessa forma, quando os objetivos forem incompatíveis no todo ou em parte, resta configurado um conflito e no caso de objetivos compatíveis, tem-se “[...] ‘conductas cooperativas’ o ‘conductas coincidentes’ que pueden ser individuales o colectivas” (Entelman, 2005, p. 49).

Na concepção de Freund (1995), fatores como a intenção e a hostilidade estão presentes na constituição do conflito. Quanto ao ponto, são aspectos pertinentes à essência do conflito: a) a voluntariedade do choque entre os antagonistas; b) a necessidade de os opositores serem da mesma espécie; c) a intenção de entrar em conflito com o outro; d) a busca, geralmente, por suposto direito; e) a tentativa de ruptura da resistência do outro e f) a presença de movimentos de poder que, potencialmente, podem repercutir em violência física (Freund, 1995, p. 58-62).

Ante as abordadas teorias do conflito, percebe-se que a vontade conflitiva é fator imprescindível para que ocorra controvérsias, bem como que o objeto almejado pelos conflitantes pode ser, inclusive, a busca por um suposto direito. Dessa forma, depreende-se que o conflito pode ser entendido como um movimento de resistência em relação ao outro.

Nesse sentido, observa-se no enfoque de Freund (1995), que o movimento de resistência em relação ao outro (entre participantes de um conflito) pode ser visto como um desejo subjetivo do “indivíduo” para modificar seu contexto social e/ou ambiental, que propicia a sua transformação para se tornar um “ator social” (Touraine, 2002, p. 220-221 *apud* Hahn, 2015, p. 12). Dessa forma, vislumbra-se um viés positivo do conflito como agente de transformação social.

Após este tour sociológico pertinente aos conceitos de conflito, abordar-se-á sobre os aspectos ambivalentes do conflito (positivo e negativo) e a sua contribuição social.

Conflitos positivo e negativo: a função social do conflito

Vislumbrado como algo negativo a ser exterminado, visto que resulta do confronto de vontades, o conflito é percebido como fomentador de hostilidades, sinônimo de desagregação social. Entretanto, assim como na metáfora do *Yin-Yang*, há os dois lados do conflito, negativo e positivo, que interagem entre si, são complementares e interdependentes, pois atuando conjuntamente demandam a busca por equilíbrio, que repercute em evolução pessoal e, por conseguinte, social.

Em semelhante viés, Deustch (2017) afirma que o conflito tem funções positivas, estando longe de assumir um papel de vilão causador de psicopatologias, confusão social e lutas armadas, pois “[...] o conflito dentro de um grupo freqüentemente ajuda a revitalizar normas existentes ou contribui para o surgimento de novas normas [...]”, sendo o conflito social “[...] um mecanismo de adequação de normas a novas condições” (Deustch, 2017, p. 5).

Percebe-se nas palavras supramencionadas e na fala de Freund (1995) explicitada no capítulo anterior, que o conflito em seu aspecto revitalizador de normas é um movimento democrático, pois é um alerta

sobre o risco de ocorrer colapso social. Sendo assim, infere-se que, em sociedades inflexíveis, as quais preconizam o conflito como um vilão para a paz social, evidencia-se uma vontade obscura rumo à homogeneização sociocultural, conduta típica de regimes antidemocráticos.

Na perspectiva de Warat (1994), que concebe o conflito como resultante de um embate de vontades, o Direito deve perceber, como artífice da democracia, aspecto positivo na existência de controvérsia, pois seria escamotear, “[...] em nome da igualdade formal e perfeita, as desigualdades econômicas e culturais [...]” (Warat, 1994, p. 22).

Outrossim, na ótica waratiana, o conflito é essencialmente complexo, “[...] entendido como conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que determinaram um choque de atitudes e interesses no relacionamento das pessoas envolvidas” (Warat, 2004, p. 60), que em “[...] uma perspectiva psicanalítica, [...] não pode ser simplesmente racionalizado, plenamente entendido [...]” (Gubert; Rocha, 2017, p. 116).

Na perspectiva de Simmel (1983), os “[...] fenômenos sociais aparecem sob uma nova luz quando visto sob o ângulo do caráter sociologicamente positivo do conflito”. Além disso, o indivíduo necessita da contradição e do conflito para atingir a “[...] unidade de sua personalidade. Sendo assim, percebe-se o aspecto *sui generis* do conflito, que, através de sua ambivalência, propicia movimento de transformação social (Simmel, 1983, p. 123-124).

Ajunta Simmel (1983) que divergências de pensamento proporcionam vitalidade social, visto que, considerando que o universo necessita de “amor e ódio”, ou seja, “[...] de forças de atração e de forças de repulsão, para que tenha uma forma qualquer [...]”, de semelhante forma a sociedade, para obter uma determinada configuração, necessita de “[...] quantidades proporcionais de harmonia e desarmonia, de associação e competição [...]”. Porém, tais discordâncias não são meras “[...] deficiências sociológicas ou exemplos negativos” (Simmel, 1983, p. 124).

Sendo assim, observa-se que a sociedade é constituída pelo equilíbrio de forças ambivalentes (positivas e negativas), não sendo apenas formada por interações harmoniosas. Percebe-se que a busca pela estabilização de forças opostas, – que são interconectadas, inter-

relacionadas e interdependentes –, é fator socialmente positivo, haja vista estruturarem movimentos de transformação individual e coletiva.

Ante o exposto, depreende-se que interações discordantes propiciam resultados de soma e não de subtração, pois se houvesse somente forças positivas haveria um, provável, contexto de estagnação social. Sendo assim, a seguir, abordar- se-á sobre a mediação transformadora waratiana.

A mediação transformadora de warat: o conflito na produção conjunta (“entre-nós”) do novo

Conforme abordado anteriormente, o conflito visto em seu aspecto sociologicamente positivo, pressupõe um processo pedagógico de transformação. Porém, o apontado resultado pode não acontecer, pois depende da autonomia e da vontade emancipatória de cada conflitante, haja vista o aprendizado e, consequente, a mudança serem movimentos que se operam no íntimo de cada pessoa. Nesse caso, surge a necessidade de um terceiro imparcial para auxiliar nesse processo.

No Brasil, além da via tradicional da jurisdição, existe uma diversidade de mecanismos alternativos para o tratamento adequado de conflitos, que utilizam a figura de um terceiro imparcial, tais como a arbitragem, a conciliação e a mediação. Sendo assim, a partir de uma avaliação sobre as características do conflito, poderá ser escolhido um desses métodos que melhor atenda a especificidade de cada controvérsia.

Outrossim, dentro do aludido leque de opções, tem-se, conforme o poder decisório para resolver o conflito, soluções heterônimas, que se caracteriza por um terceiro decidir a controvérsia, e autônoma (modelo consensual), a qual os próprios conflitantes constroem a solução através da autocomposição, sem ser delegado a um terceiro esse poder. Sendo assim, temos a arbitragem enquadrada na primeira classificação, assim como, no modelo consensual, a mediação e a conciliação.

Esclarece-se que, devido ao foco do presente artigo envolver a construção conjunta (autocompositiva) entre as partes para solucionar conflitos, apresenta-se breve síntese sobre as peculiaridades da arbitragem, visto que nesse método o poder decisório está com o árbitro ou a câmara arbitral escolhido(a) livremente pelas partes, que, no final das negociações, produzirá sentença arbitral (irrecorrível) com valor

de título extrajudicial, conforme preceitos da Lei n.º 9.307 de 23 de setembro de 1996.

Pertinente à conciliação, é modelo consensual que enfoca fatos e direitos, os quais são tratados de forma pontual, em casos que não haja qualquer vínculo entre as partes. Outrossim, diferentemente da arbitragem, os conciliados não podem escolher conciliadores. Quantos à audiência de conciliação (procedimento rápido e público), o conciliador exerce papel ativo, pois faz sugestões e arranjos para alcançar o acordo (principal objetivo) entre as partes.

A seu turno, a mediação é procedimento que objetiva restabelecer o diálogo e a relação adjacente entre as partes, através de prospecção e de técnicas específicas. Nesse método, são tratadas situações complexas, que envolvam algum tipo de vínculo entre os mediandos. Tem-se na figura do mediador um facilitador para que as partes em conjunto componham uma solução para seus impasses. Outrossim, o procedimento de mediação é denominado sessão.

Os aludidos métodos consensuais de resolução (tratamento) de conflitos têm como marco a Resolução n.º 125 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ de 29/11/2010, que instituiu a “Política Nacional de Tratamentos dos Conflitos”, o sistema multiportas, a fim de propiciar a internalização e a disseminação social da resolução alternativa de conflitos. Posteriormente, o Código de Processo Civil de 16 de março de 2015, no art. 334, disciplinou sobre as audiências de conciliação e mediação.

A Lei n.º 13.140 de 26 de junho de 2015 (Lei da Mediação), por sua vez, estabeleceu, em seu art. 2º, oito princípios norteadores da mediação, quais sejam: imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé (Brasil, 2015).

Destaca-se, quanto ao princípio da imparcialidade, haver diferenciação nas práticas da mediação e da conciliação. Embora ambos modelos sejam autocompositivos, os conciliadores atuamativamente na apresentação de propostas para os conciliados (partes envolvidas no conflito). Por sua vez, no que se refere aos mediadores, a conduta é de facilitadores do diálogo entre os participantes da mediação (mediandos).

Na senda da autocomposição, Warat (2004) concebeu sua perspectiva para a mediação com lentes de alteridade, que propicia

caráter sensível e humanizador para as relações interpessoais conflitivas. A mediação waratiana é um “[...] trabalho de reconstrução simbólica, imaginária e sensível, com o outro do conflito; de produção com o outro das diferenças [...]” que propiciam a superação de divergências e a formação de identidades culturais (Warat, 2004, p. 57-58).

Sendo assim, na mediação waratiana, a fim de ocorrer um processo de transformação e, assim, possam ser superados os conflitos, faz-se necessário a presença de um mediador, que exerce “[...] a função de ajudar as partes a reconstruirão simbolicamente a relação conflituosa” (Warat, 2004, p. 60). Nessa concepção, o conflito assume caráter positivo e transformador, enquanto que no litígio, há a redução do conflito, que é focado no objeto pretendido processualmente.

Em tal perspectiva, o amor tem função fundamental para haver a construção da transformação das partes, sendo relação profunda existencial, uma vez que “[...] permite ao homem o rompimento com a ferida narcísica e a abertura para uma condição de vulnerabilidade” (Gubert; Rocha, 2017, p. 111). Desse modo, através do amor, as partes despem-se do escudo protetor forjado pelas próprias mágoas, que os tornam impermeáveis um ao outro.

A mediação de Warat, em sua visão ampliada, propicia mais do que a resolução de conflitos, produz diferenças que atingem a essência das partes. À vista disso, esse modelo pode abranger conflitos de diversos tipos, tais como “[...] comunitário, empresarial, escolar, familiar, conflitos amplos vinculados aos direitos humanos”, entre outros, “[...] como possibilidade de superação do imaginário normativista jurídico tendo como horizonte a alteridade” (Morais; Veras, 2018, p. 18).

Pertinente ao papel do mediador na ótica waratiana, é um terceiro que “[...] exerce a função de ajudar as partes a reconstruirão simbolicamente a relação conflituosa”. O mediador, em seu papel de facilitador imparcial e interprete da história dos conflitantes, não tem o poder de decisão, pois sua função visa contribuir para a construção conjunta de um processo de transformação (Warat, 2004, p. 60).

Nesse viés, ressalta-se que, na perspectiva de Warat (2004), interpretar é fazer “[...] referência à produção conjunta de uma diferença, longe de qualquer tentativa de dominação [...]”, onde transferência tem um sentido de “[.] deslocamento do lugar do conflito para o lugar de uma oportunidade vital (encruzilhada)” (Warat, 2004, p. 64). Sendo

assim, Warat introduz um novo sentido, no contexto da mediação, para a palavra “interpretar”.

Esclarecem Moraes e Veras (2018), quanto aos objetivos do modelo de mediação de Luis Alberto Warat, que o silêncio tem papel significativo, haja vista não ser privilegiada a fala ininterrupta, para dar lugar a momentos de escuta (Moraes; Veras, 2018, p. 18). Depreende-se que nessa postura, mais do que falar, o mediador deve ouvir ativamente os mediandos, a fim de propiciar um momento de reflexão conjunta.

No cenário da mediação waratiana, os sentidos são gerados pela produção através do diálogo, que, por si só, demonstra a transformação do conflito e o estabelecimento de novos vínculos. Trata-se da “[...] busca de uma ‘lei’ acordada pelas partes, que possa considerar as posições dos próprios atores do conflito”, que presume “[...] uma concepção do pedagógico que precisa ser colocada na administração dos conflitos mediados” (Moraes; Veras, 2018, p. 27). Sendo assim, verifica-se que a relevância do caráter pedagógico do modelo waratiano, que possibilita à mediação um potencial transformar de elevado grau.

Ante o exposto, apreende-se que o conflito,— constituído de forças ambivalentes interdependentes e interconectadas —, possibilita a desacomodação individual e coletiva dos seres humanos, que, ante a controvérsias, empreendem busca por equilíbrio. Assim, percebe-se o conflito como agente fomentador de transformações sociais (função social), que aliado à mediação waratiana atuam na construção conjunta com o outro de um novo caminho. Dito isso, passa-se as conclusões.

Considerações finais

A sociedade, em tempos de globalização, inebria-se em um emaranhado de inter-relações contingentes e multiculturais, as quais naturalmente geram conflitos. Nesse contexto, os participantes de controvérsias parecem travar um jogo de cabo-de-guerra, onde para um ganhar, o outro tem que perder e, assim, essas pessoas assumem uma polaridade em seus embates. Tal cenário parece desenhar somente uma face negativa para o conflito. Porém, esse vilão pode ser positivo?

Utilizou-se, para contribuir na elucidação desse questionamento, a metáfora da figura chinesa *Yin-Yang*, a qual demonstra o caráter ambivalente das forças físicas e energéticas que regem o universo. As

energias positivas e negativas, são opostas, porém são complementares, interdependentes e interconectadas, e juntas transformam o caos em ordem, proporcionam a paz, bem como a convivência planetária sustentável.

O presente trabalho objetivou responder se o conflito possibilita transformação social, através da construção conjunta de um novo caminho propiciado por um olhar de amor “entre-nós”? Apresentou-se, como hipótese inicial, ser o conflito capaz de exercer papel social, em razão de demonstrar potencial construtivo que, com lentes de amor em relação ao “outro”, propicia a transformação de conflitos e, por conseguinte, de seus participantes, sendo oportunidade de conceber um novo caminho a ser trilhado “entre-nós”.

Buscou-se abordar o conflito social e, como recorte temático, tratar o conflito como agente fomentador de transformação social, através da mediação transformadora de Luís Alberto Warat. Outrossim, o objetivo geral é analisar os preceitos do conflito social, e os específicos são argumentar o potencial construtivo do conflito e seu papel social, bem como inter-relacionar a mediação transformadora de Warat com o conflito social.

Ao longo da pesquisa, a hipótese apresentada restou confirmada, haja vista o conflito apresentar aspecto positivo e importante função social. Trata-se de movimento salutar que propicia crescimento individual e coletivo da sociedade. Além disso, movimentos discordantes proporcionam a busca pela estabilização (equilíbrio), bem como evita estado de estagnação social.

Outrossim, semelhantes à metáfora chinesa do *Yin-Yang*, o conflito apresenta uma ambivalência, sendo constituído de forças positiva e negativa, que são interdependentes, inter-relacionadas e interconectadas. Há entre essas duas forças, uma contínua movimentação que busca o equilíbrio. Dessa forma, a partir desse fenômeno, o caos é transformado em harmonia, refletindo em transformações sociais.

Pertinente às concepções sociológicas abordadas, apreendeu-se que possuem vários pontos em comum ligados à origem dos conflitos, à motivação para os embates. Observou-se que, embora a função social do conflito pressuponha um processo de aprendizado, que potencialmente pode refletir na transformação do conflito e seus participantes, essa postura pode ser relativizada, pois depende da vontade e da autonomia

de cada participante do conflito. Desse modo, quando ocorrem esses casos, a intervenção de um terceiro imparcial ao conflito torna-se imprescindível.

A seu turno, relativo à mediação transformadora de Warat, vislumbrou-se que é alicerçada em preceitos consensuais para a resolução de conflitos, onde o protagonismo decisório é das partes, assim caracterizando a autocomposição. Nessa perspectiva, que utiliza lentes de amor e alteridade, há viés sensível e humanizador, exercendo o(a) mediador(a) o papel do terceiro imparcial, de partícipe da reconstrução simbólica da transformação da controvérsia e de seus participantes.

À vista disso, o modelo waratiano proporciona um processo de abertura através do amor, que oportuniza a sensibilização dos conflitantes, os quais deixam de se tornarem invisíveis um para o outro e emergem de suas dores pessoais. Assim, o conflito é deslocado de um local obscuro para uma oportunidade revitalizadora, a qual tem potencial transformador.

Por fim, apreendeu-se que a mediação waratiana traz diferencial por ser alicerçada no amor e oportunizar intenso processo pedagógico doloroso e revitalizador, que atinge a essência de pessoas envolvidas em conflitos. Sendo assim, esse movimento proporciona um novo olhar para os embates, sem haver polarizações ou quedas de braço. Logo, o conflito social aliado à mediação de Warat constitui especial meio de transformação social.

Referências

A TEORIA do Yin e Yang: a dualidade do equilíbrio. Disponível em: <https://amenteemaravilhosa.com.br/teoria-do-yin-e-yang/>. Acesso em: 23 nov. 2024.

BERTASO, João Martins; ROCHA, Leonel Severo. **Olhar sistêmico sobre cidadania e diversidade cultural.** Direito Público, [S. l.], v. 13, n. 75, 2017. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2840>. Acesso em: 23 nov. 2024.

BRASIL. **Lei n.º 13.105/2015.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 23 nov.

2024.

BUONFIGLIO, Mônica. Conheça os elementos Yin e Yang. **Sulagora**. 29 de julho de 2022. Disponível em: <https://sulagora.com.br/columnistas/monica-buonfiglio/conheca-os-elementos-yin-e-yang-1052>. Acesso em: 23 nov. 2024.

CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio; CARELLO, Clarissa Pereira. O direito chinês e a mediação: como o brasil chegará lá? **XXV Encontro Nacional do CONPEDI**. Brasília. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/50far1k0/xz7ULeo67ReK7nbP.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2024.

DEUSTCH, Morton. A resolução de conflito. Traduzido por Arthur Coimbra de Oliveira e revisado por Francisco Schertel Mendes. **Doceru Brasil**. 08 de julho de 2017. Disponível em: <https://doceru.com/doc/v0xxxve>. Acesso em: 23 nov. 2024.

ENTELMAN, Remo F. Teoría de conflictos: hacia um nuevo paradigma. **Epage.pub**. 6 de junho de 2021. Disponível em: <https://epage.pub/download/teoria-de-conflictos- entelman-remo-0y9kv8q7ow?hash=899e26de221b1077ebfc738f8fdd73bd>. Acesso em: 23 nov. 2024.

FREUND, Julien. **Sociología del conflicto**. Traducción de Juan Guerrero Roiz de la Parra. Madrid: Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica. D.L., 1995.

GIMENEZ, Charlise P. Colet; Marina. A abordagem ao conflito na sociedade contemporânea: uma análise do poder judiciário *versus* a mediação. In: SPENGLER, Fabiana Marion; Theobaldo [Orgs.]. **Acesso à Justiça e Mediação** (recurso eletrônico). Curitiba: Multideia, 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/28027287/ACESSO_%C3%80_JUSTI%C3%87A_E_MEDIA%C3%87%C3%83O.pdf. Acesso em: 23 nov. 2024.

GUBERT, Roberta Magalhães; ROCHA, Leonel Severo. A mediação e o amor na obra de Luis Alberto Warat. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Pouso Alegre/MG, v. 33, n.1, p. 101-124, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://revista.fdsm.edu.br/index.php/revistafdsm/article/view/154/155>. Acesso em: 23 nov. 2024.

HAHN, Noli Bernardo. A afirmação do sujeito (de direitos) num processo de resistência: a emergência do sujeito humano como

liberdade e como criação. In: FALCÃO, Clóvis Marinho de Barros; CESAR, Constança Terezinha Marcondes. Filosofia do Direito. Florianópolis: **XXIV Encontro Nacional do CONPEDI-UFS**, p. 4-18, 2015. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnibpcajpcglclefindmkaj/http://site.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/x552ze4o/J3dKsyN1voI14zYs.pdf. acesso em: 23 nov. 2024.

JUNG, Carl Gustav. Tipos psicológicos. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. **Doceru Brasil**. 28 de maio de 2021. Disponível em: <https://doceru.com/doc/ex8snse>. Acesso em: 23 nov. 2024.

MORAIS, José Luis Bolzan de; VERAS, Maria Rodrigues. Mediação e transformação social. **Revista Direitos Culturais**. Santo Ângelo, v. 13, n. 30, p. 15-28, maio/agosto. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v13i30.2647>. Disponível em: <http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/2647>. Acesso em: 23 nov. 2024.

ROCHA, Leonel Severo; OLIVEIRA, Júlia Francieli Neves de. Novas formas de família na era global: uma análise sobre o “amor” de Ulrich Beck e Elisabeth BeckGernsheim. **Revista Jurídica (FURB)**, v. 19, nº. 39, p. 223 - 245, maio/ago. 2015. Disponível em: <https://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/5197>. Acesso em: 24 nov. 2024.

SIMMEL, Georg. A natureza sociológica do conflito. In: MORAES FILHO, Evaristo (org.), FERNNADES, Florestan (Coord.). São Paulo: Ática, 1983, p. 122-134. Acesso em: 21 set. 2022. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnibpcajpcglclefindmkaj/https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/345439/mod_resource/content/1/Simmel%20Conflito%20.pdf. Acesso em: 23 nov. 2024.

WARAT, Luis Alberto. **Essa realidade chamada amor**. Disponível em: <http://luisalbertowarat.blogspot.com/2007/08/essa-realidade-chamada-amor.html>. Acesso em: 23 nov. 2024.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I**: interpretação da lei; temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994. 232 p. Disponível em: <https://pdfcoffee.com/qdownload/luis-alberto-warat-introducao-geral-ao-direito-pdf-free.html>. Acesso em: 23 nov. 2024.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca: o ofício do mediador.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **O que é a LGPD?** Brasília, 2023. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/servicos/lgpd/o-que-e-a-lgpd>. Acesso em: 03 nov. 2024.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Objetivo e Abrangência.** Brasília, 2023. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/servicos/lgpd/o-que-e-a-lgpd/objetivo-e-abrangencia>. Acesso em: 03 nov. 2024.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Política de Cookies.** Brasília, 2023. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/servicos/lgpd/politicas/privacidade/politica-de-cookies>. Acesso em: 03 nov. 2024.

O que são cookies e qual a relação deles com a LGPD e sua empresa? **Get Privacy.** Curitiba. 2022. Disponível em: <https://getprivacy.com.br/o-que-sao-cookies-qual-relacao-com-lgpd/>. Acesso em: 03 nov. 2024.

O que são Cookies? **Kaspersky.** Brasil. 2024. Disponível em: <https://www.kaspersky.com.br/resource-center/definitions/cookies>. Acesso em: 03 nov. 2024.

SOUZA, Ivan. Entenda como a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Brasil influencia o site da sua empresa. **Rockcontent.** 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://rockcontent.com.br/blog/lei-geral-de-protecao-de-dados/>. Acesso em: 03 nov. 2024.

Capítulo 11

BANCO DE DADOS GENÉTICOS PARA FINS DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA LEGISLATIVA¹

Victória Karoline da Luz Silveira²

Adalberto Narciso Hommerding³

Introdução

O processo pelo qual se cria a norma não faz parte dos assuntos mais pautados no desenvolvimento dos estudos jurídicos. De regra, a preocupação maior se dá com a jurisprudência, com as

-
- 1 Pesquisa institucional desenvolvida junto ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito - Mestrado e Doutorado, área de concentração em Direitos Especiais. Linha de pesquisa: Políticas de Cidadania e Resolução de Conflitos (Linha II), da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) - Campus Santo Ângelo.
 - 2 Advogada - OAB/RS 126.094. Doutoranda em Direito e Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) - PDPG consolidação estratégica 3 e 4, pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) - Campus de Santo Ângelo. Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões-URI, Campus de Santo Ângelo/RS, na linha de pesquisa Políticas de Cidadania e Resolução de Conflitos; Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, CAPES/ PROSUC; Especialista em Direito Público pela Faculdade Legale - FALEG/SP; Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, Campus São Luiz Gonzaga/RS (2021); E-mail: viictoriadaluzs@hotmail.com
 - 3 Possui graduação em Direito pelo Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo (1993), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2001) e doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2005) e pós-doutorado em Direito pela Universidad de Alicante, Espanha (2012). Atualmente é professor da URI - Universidade Regional Integrada, de Santo Ângelo, na graduação e pós-graduação, inclusive Mestrado e Doutorado em Direito. Também é professor convidado nos cursos de pós-graduação da Universidade Federal do Tocantins, Palmas/TO, FAPLAN/Anhanguera, Universidade do Contestado (Caçador/SC) e FEMA, de Santa Rosa/RS, IMED, de Passo Fundo/RS. É Juiz de Direito na Comarca de Santa Rosa, no Estado do Rio Grande do Sul. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria Geral do Processo e Teoria da Legislação, atuando principalmente nos seguintes temas: Direitos fundamentais, Direito Constitucional, jurisdição constitucional, Teoria da Legislação, Filosofia do Direito, Sociologia do Direito, Hermenêutica, História do Direito, Direitos Humanos, Processo Civil e Direito das Coisas.

decisões dos juízes, recebendo pouca atenção o estudo sobre a jurídica racionalidade da produção das leis. É importante, porém, compreender esse processo, entendendo que nele deve haver uma racionalidade. Na presente pesquisa, busca-se tecer considerações acerca da discussão teórica sobre uma Teoria da Legislação, apresentada especialmente a partir do pensamento do Professor Manuel Atienza, Catedrático de Filosofia do Direito na Universidade de Alicante, Espanha. Nesse sentido, a ideia de norma a ser trabalhada diz com a norma texto legal, como produto legislativo, tratada também como sinônimo de lei, produto da política e da atividade legislativa. Pretende-se também demonstrar que Manuel Atienza descreve os níveis de racionalidade sempre compostos de cinco elementos bases: editores, destinatários, sistema jurídico, fins e valores. A racionalidade legislativa deve atentar, então, aos níveis de racionalidade linguístico, jurídico-formal, pragmático, teleológico e ético. A ideia é a de que se possa ter uma adequada aplicação do direito, faz-se necessária uma legislação racional, atendendo a tais níveis de racionalidade, oriundos de uma política legislativa adequada.

O Direito penal é o ramo que mais sofre com o descumprimento dos níveis de racionalidade. Essa reflexão decorre do fato de que o legislador brasileiro, por vezes cria leis, por força da política, pela pressão da mídia ou por outro motivo que não leve em consideração a racionalidade e efetividade, o que acaba gerando um sério problema aos aplicadores do direito diante dos casos concretos que lhes são colocados para solução. A produção da legislação no caso do Brasil não tem atendido a níveis adequados de racionalidade legislativa, pois muitas vezes elaborada com cunho populista, motivada pelo apelo insistente da mídia, muitas vezes influenciada pela economia de mercado. Em verdade, as leis penais brasileiras são sinônimo de “legislação simbólica”, cuja concretização normativa é deficiente.

Com base nessa perspectiva, o presente estudo quer analisar a racionalidade da Lei nº 12.654/21, legislação que implementou no sistema penal brasileiro a previsão da coleta de material genético e a criação de um banco de dados de perfis genéticos para fins de identificação criminal. Daí os seguintes questionamentos: a norma penal em análise está atingindo a finalidade e os objetivos para os quais foi criada? O Direito Penal atual apresenta uma alternativa para os riscos sociais modernos?

A fim de desenvolver a temática proposta, a pesquisa é basicamente bibliográfica. O método utilizado foi o hipotético-dedutivo, de modo a analisar brevemente o conceito de teoria da legislação, apresentado por Atienza, percorrendo seus elementos bases, bem como os níveis de racionalidade, e chegando à discussão final com foco na análise crítica da Lei nº 12.654/12 como alternativa dotada de eficiência e eficácia no auxílio à justiça e a redução da criminalidade.

Conceitualmente, o processo legislativo é um conjunto de normas que regula a criação de outras normas. O desenvolvimento desse processo no Brasil não parece preocupado com a justificação científica da norma na produção legislativa, bastando a sua adequação aos procedimentos legais e constitucionais, e ao disposto nos regimentos internos dos parlamentos de cunho meramente procedural.

Nesse sentido, o que parece prevalecer no cotidiano do Poder Legislativo brasileiro é uma espécie de “senso comum legislativo”, semelhante ao que Warat chamava de “senso comum teórico dos juristas” que deixa de considerar a contribuição que as conquistas contemporâneas da filosofia, da Hermenêutica Filosófica e da Sociologia do Direito poderiam dar ao processo de elaboração da lei. A produção legislativa, assim, torna-se direcionada à elaboração de leis com forte cunho populista, com forte apelo midiático, que tendem à colonização do Direito pelos imperativos sistêmicos da economia de mercado, dificultando a concretização normativa dos textos legais.

Daí a necessidade de uma discussão acerca da dogmática jurídica e da técnica legislativa. A Dogmática Jurídica, conforme explica Manuel Atienza, é o “núcleo” da expressão “Ciência do Direito”, vista de modo mais amplo, englobando também a Sociologia do Direito, a Filosofia do Direito, a História do Direito, a Teoria Geral do Direito, etc. Ela parte das leis, normas legais, como uma realidade já apresentada, mencionando os problemas relacionados com a interpretação/aplicação das normas jurídicas. De outra forma, a “Ciência da Legislação” preocupa-se com a produção de tais normas jurídicas (ATIENZA, 1997).

Dito de outro modo, a Dogmática Jurídica leva em consideração a interpretação do Direito também enquanto resultado e enquanto atividade, preocupando-se com o momento anterior à produção da norma, buscando entender o sentido desta, analisando a fase anterior da promulgação. Já a Ciência da Legislação trata da lei enquanto produto

com características formais estabelecidas e com a finalidade de produzir efeitos no sistema jurídico e social. Distinta da Dogmática Jurídica, a Ciência da Legislação interessa-se pelo momento posterior, com intento de analisar os resultados produzidos e assim analisá-los como pressuposto essencial para enfrentar a tarefa de melhorar a legislação.

No que se refere aos destinatários tanto da Dogmática Jurídica como da Ciência da Legislação, também tratada como Técnica Legislativa, Manuel Atienza (1997, pg. 18-19), ensina que:

A Dogmática Jurídica parte das leis como “dados”, ou seja, como “material preexistente” que deve ser usado para atingir melhor resultado da interpretação/aplicação do direito. Por isso se dirige aos aplicadores do Direito (Juízes, advogados, etc.). Já a técnica legislativa toma como dado as leis, normas jurídicas já existentes, juntamente com as necessidades sociais, as características especiais da linguagem do Direito, e, a partir daí, pretende como resultado a otimização da produção das normas provenientes dos órgãos legislativos e administrativos.

A Teoria da Legislação, portanto, é uma ferramenta essencial capaz de fornecer as condições e possibilidades para uma boa prática da legislação. Na busca da correta aplicação do direito busca-se também uma produção legislativa adequada que leve a uma legislação racional. Para esse fim, Atienza apresenta um modelo composto de três fases: pré-legislativa, legislativa e pós-legislativa. Esse processo funcionaria de forma circular, retro-alimentado, na medida em que o resultado de cada fase leva a uma operação posterior, mas que repercute na fase legislativa anterior até a edição da norma (ATIENZA, 1997).

Teoria da legislação: uma breve análise sobre a sua influência para a criação e a aplicação da lei

De acordo com o modelo proposto por Manuel Atienza (1997), composto das fases pré-legislativa, legislativa e pós-legislativa, o surgimento de uma demanda social atua como marco inicial para a fase pré-legislativa e a apresentação de um Projeto de Lei é o seu marco final. A recepção do Projeto de Lei pela burocracia legislativa dá início à fase legislativa que se encerra com a sanção da lei. Por fim, a fase pós-legislativa tem início com a vigência formal da lei e se encerra somente quando há proposta de uma nova lei que a altera ou a revoga.

Ao tratar da aplicação do Direito, imprescindível se mostra ressaltar que ele não depende somente da aptidão interpretativa dos juízes. Interpretar e aplicar o direito vincula-se às possibilidades hermenêuticas dos juízes, o que passa, primeiramente, por produzi-lo adequadamente, obedecendo a uma racionalidade legislativa que, como ensina Atienza, deve consequentemente considerar os diversos níveis pelos quais se pode alcançar a racionalidade da lei: linguístico (R1), jurídico-formal (R2), pragmático (R3), teleológico (R4) e ético (R5), acerca do que se tratará a seguir. A racionalidade legislativa pode e deve ser acompanhada de uma boa dose de Direito como Integridade adotando-se coerência e integridade nos moldes de que defende Ronald Dworkin (HOMMERDING; LYRA, 2014).

Ao tratar do âmbito prescritivo-normativo dos níveis de racionalidade legislativa na Teoria da Legislação, salienta-se que tais níveis devem ser observados no processo legislativo, de modo que as rationalidades sirvam como um controle de legitimidade das decisões legislativas para além do mero cumprimento de formalidades da elaboração legislativa.

A Teoria da Legislação geralmente parte das normas já consagradas pelo legislador e se dispõe ao estudo das necessidades sociais, das peculiaridades linguístico-comunicacionais do discurso jurídico, da adequação das leis ao ordenamento jurídico e aos princípios constitucionais, da observância aos fins declarados etc., com a finalidade de otimizar a produção das normas. Neste aspecto, a Teoria da Legislação se dirige prioritariamente aos políticos e técnicos da administração envolvidos diretamente com a questão da redação das normas (HOMMERDING; LYRA, 2014).

A Teoria da Legislação desenvolvida por Manuel Atienza faz a distinção entre cinco níveis de racionalidade a serem observados no processo de legislação. Para Atienza é irracional toda lei que não satisfaça cada um dos níveis de racionalidade a seguir. São eles:

Racionalidade linguística ou comunicativa (R1), que envolve o emissor e o receptor, impondo-se o dever de transmitir, com fluidez e clareza, a mensagem legislativa; uma racionalidade jurídico'formal (R2), na medida em que a lei deve se inserir, de forma coerente e uniforme, num dado sistema jurídico; racionalidade pragmática (R3), uma vez que a conduta dos destinatários teria de se adequar ao prescrito em lei; uma

racionalidade teleológica (R4), pois a lei teria de alcançar os fins sociais declarados e a serem perseguidos; e, por fim, uma rationalidade ética (R5), uma vez que as condutas prescritas e a finalidade das leis devem passar pelo teste de uma justificação ética (ATIENZA, 1997, p. 27-28).

Posteriormente, Manuel Atienza acrescentou um nível transversal de meta-racionalidade: a razoabilidade (ATIENZA, 2013).

A rationalidade linguística ou comunicativa pressupõe que, em toda lei racional, o legislador, também chamado de emissor, deve ser capaz de transmitir a mensagem da lei ao destinatário final, também chamado de receptor de maneira clara e fluída.

Ocorre que, as leis, as vezes, não são plenamente racionais já neste primeiro nível, pois a identificação dos emissores e receptores de uma lei não é algo tão simples como possa parecer num primeiro momento e o mesmo ocorre com o ato de comunicação. Dentre outros pontos a serem observados, a complexidade das relações sociais modernas, a demanda por tipos abertos por um lado cria um ponto de tensão linguística permanente a ser resolvida pelo legislador no momento da elaboração normativa (PAIVA, 2009).

Atento a tal situação, o legislador brasileiro editou a Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, que “dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis”, com o objetivo de atenuar tal problema. Dessa forma, no plano da rationalidade linguística (R1), o sistema jurídico se apresenta como um sistema de informação e comunicação, conferindo primazia à questão da linguagem.

A rationalidade jurídico-formal (R2) por sua vez demanda que toda nova lei deve se inserir harmoniosamente no sistema jurídico; deve se apresentar como uma ordem normativa coerente, sem lacunas e contradições, adequando-se a técnica legislativa. Cabe ao legislador observar critérios e normas validamente estabelecidas e estruturadas como um conjunto de normas do ordenamento jurídico de que a legislação irá fazer parte. No Brasil, as instâncias de controle legislativo previstas na Constituição da República limitam-se basicamente a considerações formalmente técnicas.

Nesse nível, se estará diante de uma irrationalidade quando a legislação de alguma forma contribuir para provocar erosões legislativas,

não atendendo aos critérios estabelecidos no ordenamento jurídico ou apresentando lacunas e contradições, afetando negativamente o sistema do Direito. A evolução da técnica legislativa, com o aprimoramento das redações textuais, mostra-se como alternativa para evitar tal irracionalidade no nível jurídico-formal (ATIENZA, 1997).

Já a racionalidade pragmática (R3) vindica que toda conduta prescrita em lei deva ser passível de cumprimento por seus destinatários. Na perspectiva de ATIENZA (1997), a racionalidade pragmática é medida pela adesão dos destinatários a lei imposta pelo Estado. Assim, o sistema jurídico é visto como um sistema de normas comportamentais e o objetivo é conseguir que as leis sejam obedecidas pelos indivíduos.

No Brasil, essa racionalidade é resumida na lógica da “lei que pega” ou não, facilmente identificável. [...] Várias são razões levam ao fracasso de uma norma, existindo tanto questões subjetivas como falta de motivação dos destinatários (por ausência de uma sanção adequada, por exemplo) como fatores objetivos, como a ausência de meios (materiais, econômicos e tecnológicos) para o cumprimento da lei (KURY, 2015, p.10).

Uma lei, então, mostra-se irracional quando se revela incapaz de influir no comportamento humano, não cumprindo com o cunho de motivar ou assegurar expectativas normativas, podendo culminar na desorganização legislativa. No combate a essa irracionalidade, uma alternativa que se apresenta é o diálogo interdisciplinar com a ciência política, psicologia e também com a sociologia.

A racionalidade teleológica (R4) faz aperto à adequação entre os fins pretendidos pelo legislador e os fins efetivamente alcançados pela lei. Nesse sentido, o próprio ordenamento jurídico é considerado um meio para se alcançar o que se deseja. Para Atienza (1997), se os fins almejados estiverem justificados eticamente o que será observado no nível de racionalidade (R5), o direito deve perseguir tais fins de maneira eficiente.

Consequentemente, quando a lei não produz efetivamente os efeitos ansiados ou se destina a produzir efeitos não declarados, está-se diante de uma irracionalidade legislativa no nível da racionalidade teleológica.

Por fim, mas não menos importante está o nível da racionalidade ética (R5). Os valores éticos são ideias que permitem justificar os fins de

uma medida legislativa (ATIENZA, 1997). Dessa forma, a racionalidade ética pressupõe que todas as condutas tipificadas em lei devem ter seus fins justificados em valores socialmente compartilhados, tais como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e da justiça. Com isso, a validade da lei pleiteia simetria com os princípios morais e a irracionalidade ética pode ser vislumbrada quando a lei não é legítima, ou seja, quando a sua redação não se encontra de acordo com os princípios éticos e morais, perseguindo fins imorais e ilegítimos.

A esses cinco níveis de racionalidade, Atienza acrescentou um nível de meta-racionalidade – que poderia ser referido por “R6” (embora o próprio autor não o tenha especificado em seu modelo) –, qual seja a “razoabilidade”, assim entendida como a exigência de um equilíbrio na concretização das racionalidades analisadas anteriormente, de maneira que o eventual sacrifício a algum dos fins deva ser feito a um “custo razoável” (ATIENZA, 2013). Embora guarde alguma aproximação, deve-se registrar que a razoabilidade legislativa referida pelo autor não se confunde com a noção de eficiência. Na verdade, assemelha-se mais a uma ideia de proporcionalidade.

Para Atienza, a racionalidade da argumentação jurídica, na interpretação, aplicação do Direito, exige um mínimo de racionalidade legislativa. Assim, a jurisdição e a legislação são dois momentos de um mesmo processo. A racionalidade jurídica, dessa forma, teria caráter unitário, aplicando-se tanto à produção quanto à aplicação do Direito. Especificamente sobre a legislação, sua preocupação é com a construção de uma teoria que tenha o propósito não só de descrever, mas, também, de explicar e propor procedimentos que incrementem a racionalidade da prática legislativa existente (caráter descritivo e prescritivo ao mesmo tempo).

O processo de elaboração das leis é composto por interações entre os editores, os destinatários, o sistema jurídico, os fins e os valores, presentes em cada um desses níveis conforme a natureza de cada nível, constituídos pela racionalidade linguística (R1); a racionalidade jurídico-formal (R2); a racionalidade pragmática (R3); a racionalidade teleológica (R4); a racionalidade ética (R5) e, por fim, a razoabilidade (R6).

A (ir)racionalidade legislativa das leis penais

Assim como ocorre com todo o ordenamento jurídico brasileiro, as leis penais, da mesma forma, podem sofrer de irracionais no seu processo legislativo. No processo legislativo das leis penais, por exemplo, é possível constatar que a fase pré-legislativa possui papel de destaque, uma vez que influenciada diretamente pelos agentes sociais, como políticos, jornalistas, peritos, ou seja, atores que expõem questões sociais que demandam de algum tipo de intervenção legislativa.

Nesse sentido, por exemplo, ao observar a lei penal, ela será irracional do ponto de vista ético (R5) quando corrompida no seu conteúdo por não se ajustar a critérios ou princípios éticos morais do ordenamento jurídico. Nesse sentido, Díez Ripollés (2003), propõe um modelo estrutural de racionalidade:

[...] Um modelo estrutural de racionalidade ético-penal deve responder a três decisões de política criminal: a) de manter a ordem social básica, evitando os danos mais perigosos e mais graves para os bens fundamentais à convivência social; b) de incidir sobre um dos fatores decisivos à produção de ditos atos lesivos (incidindo socialmente sobre as pessoas responsáveis); c) de neutralizar tais condutas mediante o controle social (e, ao depois, pelo controle penal).

Consoante esse modelo estrutural de racionalidade ético-penal, as três decisões de política criminal devem ser tratadas de forma que a ordem social permaneça estabilizada pelo controle social. Os princípios fundamentadores do Direito Penal contribuem, então, para que não ocorra irrationalidade legislativa, norteando e dando direcionamento ao legislador no processo legislativo.

Ripollés (2003) sustenta que o princípio da proteção serve como base para a delimitação dos conteúdos do Direito Penal; o princípio da responsabilidade serve como base para a responsabilização do indivíduo conforme o seu comportamento, e o princípio da sanção serve como base para a combinação e aplicação de possíveis sanções diante de uma conduta reprimida e punível criminalmente. Para ele:

Os princípios de proteção dividir-se-iam no princípio de lesividade, que afeta as necessidades da convivência social externa, na medida em que a sociedade necessita de defesa; princípio da essencialidade ou fragmentariedade, já que o Direito Penal

se reserva para prevenir condutas gravemente prejudiciais ou dotadas de danosidade social; princípio do interesse público, pois os comportamentos que reclamam intervenção penal são aqueles que afetam o sistema social como um todo; e, por fim, princípio de correspondência com a realidade, vedando a punição de comportamentos a atitudes morais já superadas. Já os princípios da responsabilidade dividir-se-iam: a) nos princípios da certeza e da segurança jurídica (exigência de um procedimento formal, a saber: a lei); b) no da responsabilidade pelo fato que ensina que não se devem punir meros pensamentos ou plano de vida do autor; c) princípio de imputação (deve haver uma conexão entre o sucesso e o comportamento da pessoa); d) princípio da culpabilidade (que pede contas ao processo de motivação que leva à tomada de uma decisão pelo seu autor; e e) princípio da jurisdicionariedade, isto é, do monopólio estatal da exigência da responsabilidade penal (RIPOLLÉS, 2003, p. 109-111)

No que se refere aos princípios éticos, Ripollés esclarece que devem ser observados, no que tange à sanção, o princípio da humanidade da pena, vedando a aplicação de penas cruéis; deve o legislador se ater ao princípio teleológico, aplicando-se a penalidade estatal a partir de fins razoáveis; também o princípio da proporcionalidade das penas, o princípio do monopólio punitivo estatal, qual atribui a responsabilidade pela execução das penas impostas ao Estado devem ser observados (RIPOLLÉS, 2003).

No âmbito da racionalidade ética legislativa das leis penais, a observância de todos os princípios constitucionais supracitados faz-se necessária para legitimar o controle penal e, do mesmo modo, estabelecer limites racionais ao direito estatal de punir. Em suma para o processo de análise da racionalidade ética no Direito Penal, os princípios morais desenvolvem um papel central.

A racionalidade teleológica (R4), por sua vez, deixa de estar presente à medida que os objetivos a serem perseguidos não tenham sido acordados no plano argumentativo do discurso, ou seja, não estão de acordo como critério democrático. Já em outro contexto a lei penal alcança tal racionalidade quando cumpre os seus objetivos sociais, atingindo os fins propostos e declarados.

No mais, conforme restou demonstrado no tópico anterior do presente trabalho, uma lei penal cumpre com o nível de racionalidade pragmática (R3) quando consegue influenciar ou interferir no

comportamento humano, apresentando-se como uma lei que é atendida e cumprida pelas pessoas. Dessa forma, a irracionalidade pragmática na legislação penal (R3) surgirá quando não houver o cumprimento da lei pelos cidadãos, ou quando não houver a efetiva aplicação pelos órgãos que exercem o controle social. Outrossim, a ausência de tal nível de racionalidade permite que a lei não cumpra com os seus objetivos declarados, representando apenas o que se denomina de legislação meramente simbólica (HOMMERDING; LYRA, 2014).

Percebe-se a análise dos níveis de racionalidade em ordem invertida ao apresentado anteriormente, tratando-se então da racionalidade jurídico-formal (R2) na lei penal brasileira. Pois, sofrerá deste nível de irracionalidade a lei que apresentar incoerências, sendo assim inconsistente e semeando insegurança jurídica. Por último, observa-se a racionalidade linguística (R1) como aquela que atribui ao sistema jurídico o dever de informação e comunicação capaz de transmitir a mensagem da lei ao destinatário final. A ausência de tal observação impede ou dificulta aos seus destinatários a transmissão dos conteúdos da lei que propicia seu cumprimento ou sua aplicação.

Quanto ao nível transversal de meta-racionalidade: a razoabilidade (R6), convém ressaltar que o autor ensaiia diferenciar “racionalidade” e “razoabilidade”, explicando que ambas têm “conteúdo variável”, e envereda por outro caminho, notadamente influenciado pelo raciocínio judicial, não pelo legislativo. E de fato deve-se reforçar que tais digressões sobre esses conceitos não constam de seus escritos sobre a teoria da legislação e da racionalidade legislativa.

Manuel Atienza entende que uma decisão jurídica é “racional” se (e somente se): 1) respeita as regras da lógica dedutiva; 2) respeita os princípios da racionalidade prática; 3) é adotada sem eludir a utilização de alguma fonte do direito de caráter vinculante; e 4) não é tomada sobre a base de critérios éticos, políticos, etc., não previstos especificamente (embora possam estar genericamente) no ordenamento jurídico.

Por seu turno, entende que uma decisão jurídica é “razoável” (e somente se): 1) é tomada em situações em que não seria aceitável (ou não se podia) adotar uma decisão estritamente racional; 2) alcança um equilíbrio entre exigências contrapostas, mas que necessariamente tinham que ser consideradas na decisão; e 3) é aceitável pela comunidade.

Uma análise crítico-descritiva da Lei nº 12.654/2012 e os níveis de racionalidade legislativa

Conforme já exposto até o presente momento, a argumentação legislativa poderia ser base para a realização de uma atividade voltada a dar resposta aos questionamentos que surgem ao passar por cada um dos níveis de racionalidade. Se assim ocorresse, o processo legislativo poderia ser norteado pelas seguintes perguntas: A lei em questão tem forma linguisticamente adequada? Análise referente ao R1; b) É sistemática? Passa-se ao R2; c) É eficaz? Avança-se ao R3; d) É efetiva? Analisa-se o R4; e) É axiologicamente adequada? Responde a racionalidade atribuída ao R5; é eficiente? (Alcança os objetivos anteriores a um custo satisfatório?) Analisa-se o R6.

Dito isso, quer-se então avaliar brevemente os níveis de racionalidade legislativa da Lei nº 12.654/2012 e os desdobramentos quase uma década depois de sua implantação. A escolha de tal marco normativo para análise deve-se ao fato que nele estão presentes, os elementos característicos da racionalidade legislativa do legislador brasileiro em matéria de direito penal e direito processual penal, permitindo através da arguição de tal dispositivo, identificar traços de uma legislação “reativa” que fulgura esta seara penal, além de outras externalidades que limitam sua aplicação na realidade social brasileira.

A Lei nº 12.654/12 instituiu importantes inovações para a matéria de Direito Processual Penal brasileiro, a partir do momento em que previu essa nova modalidade de identificação criminal, qual seja, a coleta de material genético e a criação de um banco de dados de perfis genéticos nacional para fins criminais. A referida lei trata da identificação genética criminal e autoriza a coleta compulsória de material genético do acusado, para fins de prova, e do condenado, por crime hediondo ou por crime doloso contra pessoa cometido com grave violência, para fins de armazenagem em bancos de dados que tem por objetivo ajudar a elucidar crimes futuros (BRASIL, 2012).

Esse tema tornou-se objeto de grande discussão no meio jurídico, político e social. A maior divergência ocorreu em torno da (in)constitucionalidade desta medida. O material divulgado pelo STF a respeito do assunto remete a seguinte ideia:

Reconhecida a existência de repercussão geral na alegação de inconstitucionalidade do art. 9-A da Lei 7.210/84, introduzido pela Lei 12.654/12, que prevê a identificação criminal e o armazenamento em bancos de dados de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou por crimes hediondos mediante extração obrigatória de DNA. Alertou-se que os limites dos poderes do Estado de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes, de traçar o respectivo perfil genético, de armazenar os perfis em bancos de dados e de fazer uso dessas informações são objeto de discussão nos diversos sistemas jurídicos. Entendeu-se como necessário analisar a questão à luz da possível violação dos direitos da personalidade e do princípio da vedação à autoincriminação – art. 1º, III, art. 5º, X, LIV e LXIII, da Constituição Federal (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, p.02).

Assim, a partir da apreciação do estudo publicado pelo STF, tem-se que em relação ao Brasil, a utilização e criação de um banco de dados genéticos para fins de investigação criminal é assunto constantemente debatido, divergindo em opiniões doutrinárias, pois se discute a sua (in) constitucionalidade à luz dos princípios dispostos na Constituição de 1988, principalmente aqueles que se referem os direitos da personalidade, bem como ao princípio da vedação da autoincriminação.

Ao aplicar a Teoria da Legislação de Manuel Atienza e analisar os níveis de racionalidade legislativa da lei penal em questão, podemos considerar que ela apresenta irracionais. Inicia-se então, ponderando a racionalidade jurídico-formal (R2), a qual demanda que toda nova lei deve se inserir harmoniosamente no sistema jurídico, adequando-se a técnica legislativa. Outrossim, se está diante de uma irracionalidade quando a legislação de alguma forma contribui para provocar erosões legislativas, não atendendo aos critérios estabelecidos no ordenamento jurídico ou apresentando lacunas e contradições, afetando negativamente o sistema do Direito (ATIENZA, 1997). Nesse sentido, então, a Lei nº 12.654/2012 apresenta contradições e se sujeita à existência de repercussão geral acerca da sua (in)constitucionalidade.

Quando submetida ao nível de racionalidade pragmática (R3) a lei também apresenta deficiência legislativa, uma vez que a racionalidade pragmática é medida pela adesão dos destinatários a lei imposta pelo Estado, sendo assim, o sistema jurídico é visto como um sistema de normas comportamentais e o objetivo é conseguir que as

leis sejam obedecidas pelos indivíduos. Conforme já referido, no Brasil, essa racionalidade é resumida na lógica da “lei que pega” ou não, sendo diversos os motivos que levam ao fracasso de uma norma, existindo tanto questões subjetivas ou fatores objetivos, como neste caso, a ausência de meios (materiais, econômicos e tecnológicos) para o cumprimento da lei.

A irracionalidade da lei no nível pragmático, pode ser ressaltada por uma pesquisa de autoria própria, onde pesquisou-se sobre as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, no período de 12/03/2013 a 30/12/2020. Foram encontradas apenas 8 (oito) decisões envolvendo a referida legislação em mais de 7 anos de vigência. Percebe-se que este é um número consideravelmente baixo em comparação a outros assuntos, isso ocorre em virtude de que os fatores objetivos como a precariedade de recursos econômicos e tecnológicos que por vezes inviabilizam a aplicação da lei penal.

Aqui, os pontos mais importantes no que tange ao não atendimento dos níveis de racionalidade. Submetendo a Lei nº 12.654/2012 à análise da racionalidade teleológica (R4), tem-se que tal nível se relaciona com os fins pretendidos pelo legislador e os fins efetivamente alcançados pela lei. Assim, quando a lei não produz efetivamente os efeitos queridos ou se destina a produzir efeitos não declarados, está-se diante de uma irracionalidade legislativa no nível da racionalidade teleológica.

É o que ocorre com a lei em análise. Uma vez que a lei não possa ser aplicada na realidade social do país, deixa consequentemente de produzir os efeitos e resultados pretendidos. O mesmo ocorre quando a sua introdução nas decisões judiciais se dá de forma lenta, como já visto anteriormente. A conduta em análise aqui, não se refere ao aplicador da lei que deixa de aplicá-la, mas refere-se ao legislador, que produziu uma legislação deficiente em racionalidade teológica, abrindo margem para a insegurança jurídica e inúmeros questionamentos, tornando inviável o alcance da sua finalidade e o benefício da sociedade em geral.

Chega-se à análise do nível da racionalidade ética (R5). A racionalidade ética pressupõe que todas as condutas tipificadas em lei devem ter seus fins justificados em valores socialmente compartilhados, tais como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade

e da justiça, sendo a única fonte do direito justificativa em termos éticos no Brasil a Constituição Federal.

Nesse sentido, a irracionalidade ética pode ser vislumbrada quando a lei não se encontra de acordo com os princípios éticos e morais, perseguindo fins imorais e ilegítimos (HOMMERDING; LYRA, 2014). No que tange a tal observância, uma vez que a Lei nº 12.654 restou aprovada e promulgada, entende-se subjetivamente que a mesma corresponde aos valores éticos e morais da sociedade.

Percebe-se, no entanto, que ainda não há um consenso doutrinário sobre a (in)constitucionalidade da aplicação do banco de dados de perfis genéticos para fins de investigações criminais frente aos direitos da personalidade, bem como ao princípio da vedação da autoincriminação e da presunção de inocência. Ressalta-se, também, que o tema é de repercussão geral no STF e se encontra para julgamento. E, neste momento, vislumbra-se a irracionalidade mais grave que se pode evocar em uma legislação, pois trata-se da violação de direitos fundamentais.

Os princípios constitucionais aqui supracitados devem ser observados minuciosamente quando da criação e aplicação da legislação processual penal, como forma de orientação ao legislador e ao magistrado, para que os ditames constitucionais sejam ressaltados até mesmo na aplicação das penas e sanções. Esse vínculo existente entre a Constituição e o Direito Processual Penal demonstra a natureza garantidora das tradicionais liberdades públicas e dos direitos fundamentais dos cidadãos, intrínsecas ao processo penal (SOUZA, 2003).

Quanto ao nível da racionalidade da razoabilidade (R6), pressupõe-se questionar: A lei alcança os cinco níveis de racionalidade a um custo satisfatório? A decisão tomada deve atingir o maior grau de racionalidade possível. Posta aqui está a necessidade de alcançar um equilíbrio razoável entre as exigências contrapostas que necessariamente tinham que ser consideradas para a tomada da decisão; e por fim, a decisão tomada e a sua aplicação ao caso concreto deve ser razoavelmente aceitáveis pela sociedade.

No mesmo sentido, uma legislação deve existir para atender problemas sociais existentes. No entanto, não raramente, o que se vê no Brasil é a criação de leis simbólicas, elaboradas com finalidades

diversas que não resolvem os reais problemas da sociedade. O Direito Penal está se desacreditando. Os destinatários das normas penais não mais as temem, o processo legislativo tornou-se uma “fábrica de penas” que, diuturnamente, produz novas leis penais e novos tipos, além de aumentar penas em abstrato, como a dizer: “se não respeitam a Lei Penal, aí vai uma pena maior!”. Esse processo instrumentaliza o Direito Penal e o torna simbólico: existe, mas não tem eficácia (LIRA, 2015, p. 178).

A partir do momento em que uma legislação é criada como forma de exteriorizar poderes do Estado, identificado com fins e valores protegidos, sem que a respectiva lei produza algum resultado prático aos casos concretos, está-se diante de uma lei plenamente simbólica. A legislação simbólica possui vários efeitos sociais, dentre eles o de convencer as pessoas e determinados grupos sociais de que o direito reivindicado está garantido. Utilizando-se da norma como uma forma de confortar e tranquilizar a população. Também a criação da norma moral pelo legislador faz com que haja o apoio das instituições sociais (HOMMERDING; LYRA, 2014).

Considerações finais

Diante do exposto até aqui é que se faz necessário ressaltar a importância da aplicação de uma Teoria da Legislação da maneira pensada por Manuel Atienza. A legislação penal simbólica pode ser evitada se analisada no seu processo de produção, a fase pré-legislativa, legislativa e pós-legislativa. Do mesmo modo, se observadas as interações necessárias entre os editores, os destinatários, o sistema jurídico, os fins e os valores. E, por fim, se observados os cinco níveis de racionalidade, constituídos pela racionalidade linguística (R1); a racionalidade jurídico-formal (R2); a racionalidade pragmática (R3); a racionalidade teleológica (R4); a racionalidade ética (R5) e, por fim, a razoabilidade (R6).

Explicitados, cada um dos níveis de racionalidade propostos pelo modelo desenvolvido por Atienza (1997), é possível analisar e afirmar se determinado projeto de lei, ou uma determinada lei aprovada e sancionada, cumpre com os requisitos de racionalidade, ao mesmo passo que se pode identificar as prováveis irracionais nela contida.

Assim sendo, uma lei será racional quando transmitir uma mensagem fluída e objetiva, destacando seus fins, com sanções passíveis de serem cumpridas pelos seus destinatários, integrando-se harmoniosamente ao ordenamento jurídico e sendo fundamentada eticamente a partir da Carta Magna brasileira.

Com base na perspectiva apresentada, o presente estudo visou analisar os níveis de racionalidade da Lei nº 12.654 de 2021, legislação que implementou ao sistema penal brasileiro a previsão da coleta de material genético e a criação de um banco de dados de perfis genéticos para fins de identificação criminal. Outrossim, fez-se pertinente realizar o seguinte questionamento: A norma penal em análise está atingindo a finalidade e os objetivos para os quais foi criada? O Direito Penal atual apresenta uma alternativa para os riscos sociais modernos?

A fim de responder a problemática proposta, analisou-se brevemente o conceito de teoria da legislação, apresentado por Atienza, percorrendo seus elementos bases, bem como os níveis de racionalidade e chegando à discussão final com foco na análise crítica da Lei nº 12.654/12 como alternativa dotada de eficiência e eficácia no auxílio a justiça e a redução da criminalidade.

Sendo assim, restou demonstrado que não houve o atendimento a todos os níveis de racionalidade durante a elaboração da Lei nº 12.654/2012, e as deficiências na aplicação do diploma legal provavelmente decorrem desse déficit. Uma vez dotada de irracionalidade nos níveis jurídico-formal (R2), pragmático (R3), teleológico (R4), ético (R5) e razoável (R6), reputa-se como pontos mais importantes aqueles que se referem ao não atendimento dos níveis de racionalidade teleológica (R4), relacionando-se com os fins pretendidos pelo legislador e os fins efetivamente alcançados pela lei, uma vez que a lei não possa ser aplicada na realidade social do país, deixa consequentemente de produzir os efeitos e resultados pretendidos.

Além disso, merece destaque a presença da irrationalidade ética (R5) e da irrationalidade da razoabilidade (R6), que podem ser vislumbradas quando a lei não é legítima ou quando a sua redação não está de acordo com os princípios éticos e morais. Ainda, quanto a Razoabilidade (R6), a lei por vezes não alcança um equilíbrio entre exigências contrapostas, que necessariamente devem ser consideradas na decisão; o que a torna inaceitável pela sociedade. Percebe-se que sobre

a Lei nº 12.654/12 ainda não há um consenso doutrinário sobre a (in) constitucionalidade da aplicação do banco de dados de perfis genéticos para fins de investigações criminais frente aos direitos da personalidade, bem como ao princípio da vedação da autoincriminação e da presunção de inocência. E, neste momento, vislumbra-se a irracionalidade mais grave que se pode evocar em uma legislação, pois refere-se possivelmente da violação de direitos fundamentais.

Ressalta-se, no entanto, que os princípios constitucionais devem ser sempre observados minuciosamente quando da criação e aplicação da legislação processual penal, como forma de orientação ao legislador. Esse vínculo existente entre a Constituição e o Direito Processual Penal demonstra a natureza garantidora das tradicionais liberdades públicas e dos direitos fundamentais dos cidadãos, intrínsecas ao processo penal.

Entende-se dessa forma, que a referida lei não pode ser considerada uma legislação jurídica racional, mas, sim, uma legislação que possui aplicação “razoável”, pois é aplicada em situações em que não seria aceitável adotar uma decisão estritamente racional ou quando se alcança um equilíbrio entre exigências contrapostas, de modo a atender a necessidade momentânea da sociedade.

A sociedade moderna, contudo, dotada de um ambiente multicultural, diversificado e pluralista, requer a adoção de uma Dogmática Jurídica, de uma Ciência da Legislação e de uma Teoria da Legislação. A aplicação de uma adequada Teoria da Legislação pode representar grande contribuição ao desempenho dos legisladores na elaboração das leis penais, visando tutelar os direitos fundamentais positivados e produzir efeitos no âmbito das demandas sociais.

Referências

ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación.** Madrid: Civitas, 1997.

ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica.** Madrid: Trotta, 2013.

ATIENZA, Manuel. **A model for the analysis of legislative reasoning.** Conferência apresentada no International Workshop on Legisprudence Conceptions and misconceptions of legislation.

Universidade de Zaragoza, 23 e 24 de fevereiro de 2018. (Manuscrito fornecido no evento).

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 setembro 2019. Acesso em: 19 out. 2021.

BRASIL. Decreto 7.950, de 12 de março de 2013. Institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 mar. 2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7950.htm. Acesso em: 15 out. 2021.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La racionalidad de las leyes penales**. Madrid: Trotta, 2003.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. Revisão técnica e tradução de Cícero Araújo e Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION. CODIS brochure. Disponível em: <https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis>. Acesso em: 23 out. 2021.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la legislación y derecho como integridad**. Curitiba: Juruá, 2012.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco da Costa. **Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica**. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014.

KURY, P. A Racionalidade Legislativa na Lei 7.492/86: Uma análise crítica no âmbito dos efeitos e das garantias dos Direitos Humanos. **Amazon's Research and Environmental Law**, v. 3, n. 1, 28 jan. 2015. Disponível em: <http://www.faar.edu.br/portal/revistas/ojs/index.php/arel-faar/article/view/149>. Acesso em: 11 nov 2021.

LIRA, Cláudio Rogério Sousa. **Direito penal na pós-modernidade**: a racionalidade legislativa para uma sociedade de risco. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PAIVA, Luis Guilherme Mendes de. **A Fábrica de Penas:** racionalidade legislativa e a lei de crimes hediondos. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

SAUTHIER, Rafael. **A identificação criminal genética à luz dos direitos fundamentais e da Lei 12.654/12.** 1 ed. Curitiba: CRV, 2015.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo penal: sistemas e princípios.** Curitiba: Juruá, 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. COLETA DE MATERIAL GENÉTICO PARA FINS CRIMINAIS. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/Pesquisa5Coletadematerialgenticoparafinscriminais.pdf>. Acesso em 19 out. 2021.

Capítulo 12

BRASIL MAIS UMA VEZ NO BANCO DOS DENUNCIADOS À COMISSÃO INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS: CASO BOATE KISS¹

Ana Carolina Willers Castanho²

Luana Maíra Moura de Almeida³

Introdução

O Estado tem a responsabilidade primária de proteger os direitos humanos e em casos de omissão, pode e deve ser responsabilizado. A tragédia da Boate Kiss levou o Brasil, mais uma vez à condição de denunciado perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Em junho do corrente ano foi publicado o Relatório nº 94/24 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), admitindo a Petição 170-17. O referido relatório embasa o presente estudo, tendo relevância acadêmica e social, pois consiste numa análise prática de provável violação de direitos humanos perpetrada pela omissão Estado brasileiro.

Feitas essas considerações iniciais, o presente estudo tem por objetivo geral analisar o Relatório Nº 94/24 da CIDH e (im) possibilidades de responsabilização do Estado brasileiro no caso Boate Kiss. Tem-se como questionamentos da presente pesquisa: quais são as omissões creditadas ao Brasil e a probabilidade de responsabilização

1 Dediça-se esse trabalho a todos aqueles e aquelas que sofreram e ainda sofrem com a escuridão da noite de 27 de janeiro de 2013.

2 Acadêmica do 2º semestre do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), campus de Santo Ângelo. E-mail: willersanacarolina@gmail.com.

3 Professora Mestre do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), campus de Santo Ângelo. E-mail: luana.mmalmeida@san.uri.br.

estatal no caso Boate Kiss pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos?

Para responder à questão, optou-se pelo método de abordagem dedutivo, partindo-se da análise global sobre a responsabilidade civil do Estado, especialmente, na observância e implementação dos direitos humanos, para chegar à situação específica envolvendo a denúncia sobre o Caso Kiss levado até a CIDH. Ainda, como procedimento utiliza-se o monográfico para estudo acerca da sujeição do Estado brasileiro à CIDH, especialmente no caso em análise. Trata-se também de pesquisa bibliográfica e documental, pois é analisado o Relatório de Admissibilidade da Petição 170-17, além de consulta à doutrina e legislação pertinente ao tema.

O artigo está subdividido em três subitens, distintos e interconectados, representando os objetivos específicos da presente pesquisa. Inicialmente, objetiva-se descrever a tragédia ocorrida em Santa Maria/RS com o incêndio na Boate Kiss, resultando em violação de direitos humanos das vítimas e sobreviventes. Na sequência discutir as falhas e omissões do Estado brasileiro no caso em análise. E por fim, analisar a tramitação da Petição 170-17 e as atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, conforme previsto no Pacto de São José da Costa Rica e as (im)probabilidades de uma condenação na CIDH.

Hipoteticamente, pode-se afirmar que, caso comprovada a omissão estatal no caso da Boate Kiss o Brasil poderá ser condenado à reparação civil às vítimas e adotar providências para que situação semelhante não se repita no território brasileiro, pois o Estado descumpriu obrigações assumidas ao ratificar a Convenção Americana de Direitos Humanos ou o Pacto de São José da Cosa Rica.

A tragédia da boate Kiss: o incêndio e o tratamento dado as vítimas fatais e sobreviventes

Em 27 de janeiro de 2013, num incêndio na casa noturna denominada Boate Kiss, na cidade de Santa Maria/RS, resultou em 242 pessoas mortas por asfixia e pelo menos 636 sobreviventes feridos. A boate promovia uma festa universitária chamada “Agromerados” e estava superlotada, no local havia entre mil e quinhentas pessoas, onde

a capacidade da boate era de no máximo 691 pessoas. Recorda-se que o sinistro teve início após a utilização de artefatos pirotécnicos proibidos para locais fechados por membros da banda Gurizada Fandangueira. O teto da boate era revestido por espuma de poliuretano, que entrou em combustão com o uso dos fogos de artifício (Arbex, 2018).

O fogo teve início após o uso de artefatos pirotécnicos proibidos em lugares fechados por membros da banda Gurizada Fandangueira durante sua apresentação no palco da boate. O artefato foi aceso pelo promotor da banda. O vocalista o direcionou, então, para o teto. Ao alcançarem a espuma de poliuretano que revestia o teto, os fogos de artifício fizeram com que o revestimento entrasse em combustão. No momento do incêndio, as pessoas tentaram, em pânico, deixar o local. Os seguranças que guardavam a entrada da boate, porém, tentaram manter as portas fechadas porque tinham ordens dos proprietários de não permitir a saída de ninguém sem que a conta estivesse paga. Os funcionários não tinham treinamento sobre como atuar em situações de emergência. Nem eles, nem os membros da banda, nem os donos da boate deram instruções ao microfone sobre como proceder. Pelo menos um extintor de incêndio não funcionou ao ser manipulado por um segurança e pelo vocalista da banda. Não havia luzes de emergência nem rotas de saída iluminadas. A escuridão logo tomou conta do local (CIDH, 2024)

A boate tinha apenas um acesso, uma porta principal que servia como entrada e saída e que não permitiu a evacuação rápida necessária numa emergência. A boate não tinha rotas claras de evacuação e era como um labirinto de corredores estreitos cercados por grades e paredes internas. As pessoas que tentavam escapar encontraram obstáculos físicos como as barras de metal que faziam uma contenção próxima à porta de entrada, degraus, iluminação deficiente e falta de sinalização das saídas de emergência. A fachada externa da boate estava revestida de madeira; esse revestimento externo impediu que as pessoas conseguissem sair pelas janelas dos banheiros. À medida que se deparavam com os obstáculos, vítimas que caíam já não conseguiam se levantar. Pilhas de corpos se formaram nos banheiros, nos corredores estreitos da boate e ao redor das barras de metal que bloqueavam a saída. (CIDH, 2024)

A partir desse momento, uma sucessão de fatos ocorreu, aumentando o número de vítimas, fatais e feridas. A Associação de Familiares de Vítimas e Sobreviventes da Tragédia de Santa Maria

(AVTSM), entre outras entidades, apontam inúmeras irregularidades da Boate Kiss conhecidas pelo Estado.

Em virtude dessas irregularidades e omissão estatal, demora e impunidade, entidades como a AVTSM, Instituto Juntos, Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (CREA), Conselho Regional de Psicologia (CRP), Conselho Regional de Serviço Social (CRESS), Instituto dos Arquitetos do Brasil (IAB) e Sindicato dos Engenheiros do Rio Grande do Sul (SENGE) apresentaram petição, em 03 de fevereiro de 2017, na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), denunciando o Estado brasileiro, por violações aos Artigos 4 (vida), 5 (integridade pessoal), 7 (liberdade pessoal), 8 (garantias judiciais), 13 (liberdade de pensamento e expressão), 16 (liberdade de associação), 17 (proteção da família) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1 (obrigação de respeitar e garantir os direitos) e 2 (dever de adotar disposições de direito interno).

Em 19 de junho de 2024, foi publicado o Relatório Nº 94/24 de admissibilidade da denúncia, perante a CIDH, em relação aos artigos 4, 5, 8 e 25 da Convenção Americana, em concordância com seu art. 1.1. Além disso, haverá continuidade da análise do mérito da questão e inclusão da decisão no Relatório Anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (CIDH, 2024).

O poder de polícia falhou e/ou o Estado se omitiu no Caso da Boate Kiss?

Na denúncia encaminhada à CIDH, a parte peticionária alega que o Estado também é responsável pelas mortes e lesões decorrentes do incêndio na Boate Kiss, por não adotar as medidas necessárias para prevenir o incidente, bem como pela demora nos processos internos, pela impunidade e pela falta de reparação civil dos danos causados. (CIDH, 2024)

Em novembro de 2010, o Ministério Público iniciou o Inquérito Civil 00864.00180/2010 para investigar a falta de fiscalização em bares e lancherias, com foco no prefeito Cesar Schirmer. O inquérito foi motivado por denúncias da Brigada Militar sobre irregularidades na fiscalização municipal. Uma vistoria na boate Kiss foi solicitada em 29

de novembro de 2010, realizada somente oito meses depois, em 25 de julho de 2011. O resultado foi o de que as irregularidades estariam solucionadas. (CIDH, 2024).

Em abril de 2011 os bombeiros vão até a casa noturna fazer uma vistoria onde alegam a falta de luzes e saídas de emergência, em agosto eles retornam para outra vistoria e relatam não ter nada do que foi solicitado. Os alvarás vencidos e sem autorizações a boate não poderia estar funcionando, no documentário da Netflix “todo dia a mesma noite” a Polícia Civil relata que o alvará foi assinado após o dia do incêndio por um bombeiro. A Prefeitura na época sabia das falhas e escondeu documentações onde constavam 29 irregularidades com a boate.

O prefeito da época Cesar Schirmer no 8º dia de julgamento disse “Prefeitura não tem nada a ver com extintor, espuma, barra de contenção”. (G1/RS. 2021, s/p). Ele negou ter responsabilidades sobre a tragédia, porém dentre as irregularidades citadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no Relatório 94/2024, consta que:

Entre agosto de 2009 e fevereiro de 2010, a empresa deliberou junto à prefeitura sobre o prédio. A prefeitura indicou vinte e nove modificações necessárias no prédio, incluindo duas portas de emergência. Às adequações não foram feitas, e mesmo assim a prefeitura não embargou as atividades (CIDH. 2024, s.p.).

Ou seja, a prefeitura não fiscalizou e sabia de tudo e mesmo assim deixou a boate funcionar.

Após o incêndio da Boate Kiss, em 30 de janeiro de 2013, o Ministério Público instaurou o Inquérito Civil 00864.00006/2013 para apurar possíveis atos de improbidade administrativa por parte de agentes públicos municipais em relação ao incêndio da Boate Kiss. O inquérito apontou irregularidades e falhas administrativas relacionadas às obras e ao funcionamento da boate sem as licenças e alvarás exigidos, como o alvará de localização. O inquérito, porém, concluiu pela inexistência desses atos após considerar que as irregularidades e falhas administrativas encontradas não poderiam ser atribuídas a uma conduta dolosa por parte dos agentes públicos. Diante disso, o Ministério Público promoveu o arquivamento do inquérito.

O Estado Brasileiro também não chegou prestar nenhum auxílio em relação ao funeral e ao deslocamento dos corpos para seus lugares de origem, até porque muitas vítimas fatais eram de outras, cidades, estados e até mesmo países. A tragédia aconteceu porque quem deveria fiscalizar não fiscalizou.

Interessante mencionar a tabela que consta no Relatório 94/2024, com as irregularidades em relação à casa noturna:

Tabela 1 - Diversas irregularidades da Boate Kiss de conhecimento do Estado

IRREGULARIDADE	DESCRIÇÃO
Obras irregulares e embargo não cumprido	O prédio da Boate Kiss passou por obras sem autorização em 2009. A irregularidade foi denunciada e formalmente embargada pela prefeitura, mas o embargo nunca foi executado, e a boate foi inaugurada em 31 de julho de 2009.
Descumprimento da ordem de modificar o prédio para torná-lo mais seguro	Entre agosto de 2009 e fevereiro de 2010, a empresa deliberou junto à prefeitura sobre o prédio. A prefeitura indicou vinte e nove modificações necessárias no prédio, incluindo duas portas de emergência. As adequações não foram feitas, e mesmo assim a prefeitura não embargou as atividades.
Concessão tardia e irregular do alvará de localização, funcionamento sem alvará	Entre julho de 2009 e março de 2010, a Boate Kiss operou sem alvará de localização, mesmo após a prefeitura vistoriar o local, emitir três autos de infração, uma ordem (não-cumprida) de embargo das atividades e três notificações com multas de baixo valor. Em 14 de março de 2010, a boate obteve o alvará de localização de maneira irregular, pois não tinha conseguido o alvará sanitário necessário.
Concessão tardia e irregular do alvará sanitário, funcionamento sem alvará	O alvará sanitário foi solicitado apenas em dezembro de 2009 e emitido retroativamente em janeiro de 2010 sem vistoria. Renovado em 2011, expirou em 2012, e a renovação foi negada. No dia do incêndio, a boate não tinha alvará sanitário válido.
Renovação irregular do alvará de localização	O alvará de localização emitido em março de 2010 foi renovado irregularmente em 2011 e 2012, sem os alvarás sanitário e de prevenção contra incêndios, e sem a Anotação de Responsabilidade Técnica exigida.
Funcionamento sem licença de operação ambiental	A Boate Kiss só obteve a licença de operação ambiental em 3 de março de 2010, oito meses após sua inauguração, quando deveria tê-la obtido antes de iniciar suas atividades.
Renovações irregulares da licença de operação ambiental	Durante as renovações da licença de operação ambiental, os boletins para vistoria de 11 de fevereiro de 2011 e de 19 de abril de 2012 não continham a Anotação de Responsabilidade Técnica legalmente exigida. A última licença, emitida em 27 de abril de 2012, estava vigente quando ocorreu o incêndio e também foi renovada sem a devida Anotação de Responsabilidade Técnica.
Concessão tardia e irregular do alvará sobre prevenção, proteção e combate a incêndios; funcionamento sem alvará válido	O alvará de prevenção de incêndios foi emitido 28 dias após a inauguração da boate, usando um sistema de análise automatizada que dispensa a necessidade de um responsável técnico. Esse sistema, porém, não era autorizado para bares, boates e estabelecimentos similares. Em 11 de abril de 2011, os bombeiros fiscalizaram a boate e notificaram irregularidades nos extintores, iluminação de emergência, saídas de emergência e mangueiras de gás, indicando a necessidade de duas saídas de emergência. Apesar disso, em 11 de agosto de 2011 uma nova vistoria dos bombeiros resultou na renovação do alvará sem que as correções fossem feitas. Em 17 de outubro de 2012, os bombeiros notificaram o vencimento do segundo alvará. Em 7 de novembro de 2012, os proprietários da boate solicitaram a inspeção para a renovação. O incêndio ocorreu em 27 de janeiro de 2013 sem que a inspeção tivesse sido realizada. A boate operava sem alvará válido de prevenção de incêndios.

Fonte: CIDH (2024)

Importante, mencionar ainda que o Relatório Final da 1^a Delegacia de Polícia de Santa Maria/RS sobre o inquérito policial nº 94/2013/150501 esclarece que o Ministério Público ofereceu denúncia em razão das circunstâncias do evento: os fogos de artifício eram inapropriados para o local; o local do evento não era preparado para

nenhum tipo de show pirotécnico; os fogos de artifício foram acionados no palco, sem nenhum cuidado; a boate estava superlotada em relação a capacidade apurada em laudo pericial; a boate não apresentava saídas alternativas ou sinalização de emergência; a única saída disponível não apresentava dimensões para dar vazão às pessoas; a única saída disponível estava obstruída por obstáculos de metal do tipo guarda-corpo; os funcionários da boate não tinham treinamento de emergência; os seguranças da boate dificultaram a saída das vítimas nos primeiros instantes do fogo; os exaustores estavam obstruídos, impedindo a dispersão da fumaça tóxica. (RIO GRANDE DO SUL, 2013)

Após a menção às diversas irregularidades que contribuíram para a ocorrência da tragédia da Boate Kiss cumpre discutir se a Administração Pública de Santa Maria exerceu o poder-dever de polícia, ou seja, os atos de fiscalização, que poderiam ter evitado ou minimizado os efeitos da tragédia. Além disso, cumpre examinar as teorias de responsabilidade estatal que poderiam (ou deveriam) ter sido consideradas no caso.

O conceito do poder de polícia está previsto no art. 78 do Código Tributário Nacional:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder (Brasil, 1966, s.p.).

Na definição de Marçal Justen Filho (2023, p.355), poder de polícia “[...] é a competência para disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização de direitos fundamentais e da democracia, segundo os princípios da legalidade e da proporcionalidade”. O Poder Público, detentor desse poder-dever, visa a evitar que o gozo das liberdades e dos direitos privados produza lesões a direitos, interesses e bens alheios, públicos ou privados (Justen Filho, 2023). A Administração

Pública, portanto, deve limitar a atuação do particular, em benefício da coletividade.

Destaca-se que a Administração Pública, no exercício do poder de polícia, regulamenta as leis e controla a sua aplicação, de modo preventivo, através de ordens, notificações, licenças ou autorizações e também, repressivamente, mediante imposição de medidas coercitivas (Di Pietro, 2024). A manifestação do poder de polícia vai exigir que o particular adote cautelas, ativas ou omissivas, para que não haja risco à integridade alheia:

A funcionalização dos direitos e garantias individuais e sociais exige que os sujeitos adotem cautelas omissivas e também ativas, sem as quais se coloca em risco a integridade alheia.

Um exemplo é a segurança das edificações. Os edifícios devem contemplar saídas de emergência, concebidas segundo normas apropriadas. Outra manifestação de poder de polícia refere-se à segurança alimentar, com o dever de providências para impedir a deterioração de alimentos perecíveis e de fornecimento de informações adequadas aos consumidores sobre a composição e os efeitos dos produtos (Justen Filho, 2023, p.358).

Salienta-se que as medidas preventivas que devem ser adotadas pelo poder público consistem na fiscalização, vistoria, ordem, notificação, autorização, licença para que o particular adote comportamento individual em conformidade com a lei. Já as medidas repressivas podem representar a interdição de atividade, o embargo de obra, a apreensão de mercadoria impróprias para o consumo, entre outras. O objetivo das medidas repressivas é coagir ao cumprimento da lei (Di Pietro, 2024).

Ao analisar as irregularidades da Boate Kiss, que antecederam ao sinistro trágico, percebe-se que havia obras irregulares, o embargo não foi cumprido e foi descumprida a ordem de modificação do prédio para torná-lo mais seguro. Além disso, ocorreu concessão tardia do alvará de localização e sanitário, a casa noturna funcionou sem alvará sanitário e sem licença de operação ambiental, entre outras irregularidades listadas no Relatório 94/24 da CIDH, que demonstram que as medidas preventivas e repressivas inerentes ao poder de polícia administrativa não ocorreram por parte dos órgãos públicos competentes.

Os petionários, conforme o Relatório 94/24, alegam que os processos administrativos internos não apuraram a responsabilidade

de todos os agentes públicos envolvidos direta ou indiretamente no incêndio, como bombeiros, servidores públicos da Prefeitura e o próprio prefeito de Santa Maria. Os denunciantes do caso à CIDH, alegam que há atos de omissão, negligência e falta de aplicação e cumprimento da lei pelo município de Santa Maria, pelo Corpo de Bombeiros do Rio Grande do Sul e pelo Ministério Público estadual. A prefeitura teria emitido licenças de forma irregular e não exercer o poder de polícia e fiscalização e o Ministério Público teria deixado de embargar o funcionamento da boate e de interpor os procedimentos cabíveis para responsabilizar os proprietários da casa noturna, os agentes públicos envolvidos e os próprios promotores de justiça (CIDH, 2024).

O Estado brasileiro ao se manifestar perante à CIDH nega as acusações, afirmando que foram adotados todos os procedimentos necessários e recomendados ante à complexidade do caso. Refere que processos de natureza penal ainda estão em tramitação e as ações de reparação civil ainda não haviam sido esgotadas, quando do peticionamento perante à CIDH, o que, tornaria a petição inadmissível, ante o não esgotamento das instâncias internas (CDIH, 2024).

O relatório nº 94/24 de admissibilidade da petição 170-17 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e os efeitos de uma condenação na CIDH do Brasil em relação ao Caso Kiss

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é um órgão autônomo da Organização dos Estados Americanos (OEA) que tem como função principal promover a observância e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria. A CIDH atua com base em três pilares: sistema de Petição Individual; monitoramento da situação dos direitos humanos nos Estados Membros e atenção a linhas temáticas prioritárias (OEA, 2024).

Salienta-se que o Brasil se sujeita à jurisdição da CIDH. Através do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 foi ratificada a adesão do Brasil à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969 (Brasil, 1992).

O Brasil já teve outras condenações perante a CIDH, como o Caso Maria da Penha, que resultou na Lei Maria da Penha. O mesmo

pode ocorrer, no caso da Boate Kiss, pois a segurança é um direito social assegurado no artigo 6º da Constituição Federal. Logo, o Estado possui o dever de garantir-la para a sua população. Essa omissão estatal na atuação da prevenção de riscos gerou grande comoção popular. O grande número de mortos e feridos trouxe no âmbito da comunidade o anseio para que a justiça acontecesse, para que fossem responsabilizados os agentes que de alguma forma contribuíram para que o desastre ocorresse. (UFMG, pg.8)

Os inquéritos da Polícia Civil-RS e o relatório técnico do CREA-RS apontaram possíveis responsabilidades do Estado na ocorrência do incêndio, mas essas não foram acolhidas nas denúncias aceitas pela justiça. Dentre tais responsabilidades estão o fato de a boate Kiss ter obtido as licenças necessárias para funcionamento, a ignorância das irregularidades apontadas pelo arquiteto da cidade no projeto de reforma da boate e a liberação de alvará do Corpo de Bombeiros mesmo tendo sido constatado que o local possuía apenas uma saída de emergência. (UFMG, 2020)

Sobre a responsabilidade civil do Estado, importa reconhecer que pelo texto Constitucional a Administração Pública responde objetivamente pelos danos que seus agentes causarem:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. [...] (Brasil, 1988).

Percebe-se, portanto, que sua responsabilização, como regra, independe da análise de culpa. Diz-se a regra, pois em situações envolvendo a omissão estatal, a teoria do risco administrativo, no âmbito da doutrina e jurisprudência ganha novo enfrentamento, exigindo que se distinga se a omissão constitui, ou não, fato gerador da responsabilidade civil do Estado, tendo em vista que

Nem toda conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal; se assim for, não se configurará a

responsabilidade estatal. Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos. (Carvalho Filho, 2024, p. 475).

Nesse sentido, inclusive, o Tribunal de Justiça Gaúcho já reconheceu que “[...] restou caracterizada a negligência do Município e do Estado, omitindo-se em adotar as providências necessárias, em tempo hábil, a fim de evitar a ocorrência do evento danoso, estando evidenciada a culpa daqueles [...]” (Rio Grande do Sul, Tribunal de Justiça, 2021).

Considerações finais

O Estado, que é dotado de personalidade jurídica de direito público, onde seu papel é o de cuidar das pessoas. Proteger e implementar direitos humanos. A tragédia poderia ter sido evitada se quem deveria fiscalizar tivesse realmente fiscalizado.

Neste mesmo sentido, por fim, analisou-se o caso da Boate Kiss, no qual houve muitas falhas administrativas tanto estaduais quanto municipais. Deste modo, houve omissão do Estado do Rio Grande do Sul e do município de Santa Maria na execução de suas atividades o que é uma das causas diretas do ocorrido, e que fazem o Relatório Nº 94/24 da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. A luta por justiça, encabeçada por mães e pais que se tornaram ativistas e defensoras e defensores de direitos humanos, estava apenas começando. Em 2025, vai fazer 12 anos que se passam e eles ainda clamam por justiça frente à absoluta impunidade que impera no caso Kiss.

Por um lado, as autoridades públicas acabam sendo eximidas de responsabilidade pelas instituições que deveriam processá-las; por outro, os particulares são protegidos por sua condição de gerentes ou empresários de empresas privadas, escondidos que ficam sob o manto de que “não desejaram” o evento fatídico e de que estavam apenas administrando o empreendimento.

No caso Kiss não foi diferente. Para a revolta dos familiares das vítimas, o Ministério Público Estadual (MPRS) arquivou inquéritos e impediu a investigação judicial das autoridades da prefeitura de Santa Maria, isentando de responsabilidade o prefeito, secretários e fiscais.

Ao fazer isso, o MPRS violou o direito à justiça das vítimas e esgotou as ações e os recursos que o Sistema Judicial Brasileiro oferecia para a responsabilização dos agentes públicos, impondo a impunidade pública no caso.

Por essa razão, foi apresentada a denúncia internacional perante à Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre o caso Kiss, que está em tramitação. Diante disso, a Comissão reitera que tem competência para declarar uma petição admissível e decidir sobre seu mérito, mesmo que envolva processos internos, desde que estes possam violar os direitos garantidos pela Convenção Americana, refutando a alegação do Estado de que isso violaria a “fórmula da quarta instância”.

Referente a pergunta do tema, quais são as omissões creditadas ao Brasil e a probabilidade de responsabilização estatal no caso Boate Kiss pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos?

A probabilidade de responsabilização estatal depende de como a CIDH avaliará o cumprimento, ou a falta dele, das obrigações internacionais do Brasil sob a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). A Comissão Interamericana pode considerar que o Brasil não cumpriu sua obrigação de garantir a proteção dos direitos à vida, à integridade pessoal e à segurança, resultando em falhas sistemáticas que contribuíram para a tragédia.

A responsabilidade estatal poderia ser determinada se a CIDH concluir que as falhas nas obrigações de proteger as vítimas e na prevenção do incêndio foram suficientemente graves e que o Estado não tomou medidas adequadas para evitar a tragédia ou para assegurar que os responsáveis fossem punidos de maneira eficaz.

Além disso, a probabilidade de responsabilização também dependerá da análise da falta de medidas preventivas, de fiscalização e de resposta adequadas por parte das autoridades públicas e da sistemática negligência por parte do Estado em controlar e fiscalizar as condições de segurança dos estabelecimentos, o que poderia resultar em uma violação de direitos humanos.

Se a Comissão entender que houve omissões significativas que violaram os direitos das vítimas, pode recomendar que o Brasil tome medidas para responsabilizar os responsáveis e adote reformas para prevenir futuros incidentes, inclusive por meio de mecanismos de reparação e responsabilização das autoridades públicas envolvidas

Referências

ARBEX, Daniela. **Todo dia a mesma noite:** a história não contada da boate Kiss. 1^a ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018.

A RESPONSABILIDADE do estado no caso da boate kiss: uma análise sob o viés do direito dos desastres – dezembro 2020. file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/20982-Texto%20do%20artigo-98227-113407-10-20211119%20(3).pdf. Acesso em 15 de novembro de 2024.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estado e Municípios. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 17 nov. 2024.

BRASIL. **Decreto no 678, de 6 de novembro de 1992.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 15 nov. 2024,

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 38. Ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2024.

CIDH. **Relatório No. 94/24.** Petição 170-17. Admissibilidade. Alan Raí Rehbeim de Oliveira e outros. Brasil. 19 de junho de 2024. Disponível em: https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/2024/BRAD_170-17_PT.PDF. Acesso em: 17 nov. 2024.

DEPARTAMENTO DE POLÍCIA DO INTERIOR 1^a DELEGACIA DE POLÍCIA DE SANTA MARIA-RS. **Relatório Final** 22 de março de 2013.

file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/relatorio_kiss_definitivo.pdf. Acesso em 16 de novembro de 2024.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 37. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro : Forense, 2024.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Polícia Civil – 1^a Delegacia de Polícia de Santa Maria – RS. Inquérito Policial nº 94/2013/150501. 22 de mar. 2013. Disponível em:http://estaticog1.globo.com/2013/03/22/relatorio_kiss_definitivo.pdf. Acesso em 17 de novembro de 2024

GZHRS. Porque o Brasil deve ser processado por suas omissões em cortes internacionais- 30/01/2016. <https://gauchazh.clicrbs.com.br/porto-alegre/noticia/2016/01/por-que-o-brasil-deve-ser-processado-por-suas-omissoes-em-cortes-internacionais>. Acesso em 18 de novembro de 2024

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **O que é a CIDH?**. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/CIDH/jsForm/?File=/pt/cidh/mandato/que.asp>. Acesso em: 15 nov. 2024.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Apelações Cíveis. Processo nº **70085196731**. Julgado em 29 de setembro de 2021. Relator: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/1305344530/inteiro-teor-1305344548>. Acesso em 21 de novembro de 2020.

Capítulo 13

DAS POLÍTICAS PÚBLICAS À IGUALDADE DE GÊNERO NO CAMPO: UMA ANÁLISE SOBRE O ACESSO À APOSENTADORIA RURAL

Bibiana Fernanda Bick de Oliveira¹

Francieli Iung Izolani²

Introdução

A aposentadoria rural por idade é uma garantia constitucional que visa assegurar o amparo aos trabalhadores do campo que dedicam suas vidas à atividade rural, reconhecendo o esforço físico e o empenho necessários para manter a subsistência da família e a produção agrícola. Contudo, quando se trata das mulheres rurais, essa conquista enfrenta uma série de barreiras, muitas vezes invisíveis, mas profundamente arraigadas na estrutura social brasileira.

Essa realidade reflete um modelo patriarcal que associa o trabalho rural principalmente à figura masculina, enquanto reduz o papel da mulher ao trabalho doméstico, ignorando a sua contribuição direta nas atividades produtivas. No contexto das famílias rurais, o trabalho da mulher vai muito além das tarefas do lar. Elas participam da produção agrícola, do cuidado com os animais, da gestão do pequeno comércio familiar e, em muitos casos, trabalham tanto quanto os homens, com atividades que exigem esforço físico e grande carga de tempo e responsabilidade.

Considerando-se a realidade trazida, pelo fato desse trabalho ser frequentemente considerado uma extensão das responsabilidades

1 Graduanda do curso de Direito da Universidade Franciscana/UFN. Membro do Grupo de Pesquisa Ruptura.

2 Doutoranda em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus Santo Ângelo. Mestre em Direito pela UFSM. Diretora de Ensino, Pesquisa Editoração do Ruptura.

domésticas e, por isso, não é formalizado nem registrado, isso gera dificuldades para comprovar o tempo de trabalho e, assim, o direito à aposentadoria rural. Além disso, muitas vezes as mulheres não possuem documentação ou comprovação direta de sua atuação na atividade rural, pois a propriedade da terra ou os registros formais de produção são geralmente feitos em nome do marido ou de parentes homens.

Como justificativa, apresenta-se a questão social e jurídica, dadas as dificuldades de acesso ao direito à aposentadoria rural da mulher, vislumbrando-se a importância de se buscarem medidas e estudos – ainda escassos – para o alcance de tal direito, que impacta na efetiva igualdade de gênero prevista na Carta Magna.

Nesse contexto, este estudo busca responder ao seguinte problema de pesquisa: Quais as perspectivas de políticas públicas voltadas à igualdade de gênero contribuírem para o acesso ao benefício de aposentadoria rural.

Para tanto, utiliza-se do trinômio metodológico: Método de Abordagem, Procedimento e Técnicas. Como método de abordagem, a escolha é pelo sistêmico-complexo, calcado em Edgar Morin e Fritjof Capra, considerando-se a necessária interdisciplinaridade das diversas esferas, quais sejam, Direito, Política, Sociologia, envolvendo as inter-relações entre sociedade, ambiente e cultura, numa sistemática articulada como forma de se alcançarem as soluções aos problemas desta sociedade contemporânea. O procedimento é a pesquisa bibliográfica e de análise documental, além de técnicas de resumos, fichamentos e análise de dados.

Para se alcançar o objetivo geral que é o de compreender as perspectivas de políticas públicas voltadas à igualdade de gênero contribuírem para o acesso ao benefício de aposentadoria rural, estrutura-se presente estudo em duas seções: a primeira, visa a analisar a situação da mulher trabalhadora rural no Brasil, focalizando-se sobre a questão da desigualdade de gênero sob a perspectiva de direitos como o de aposentar-se, e o segundo, tem como escopo analisar as políticas públicas voltadas à igualdade de gênero no campo.

A desigualdade de gênero no estado brasileiro: a situação da mulher trabalhadora rural

No Brasil, a presença das mulheres no campo é marcante, mas historicamente invisibilizada. Durante séculos, as trabalhadoras rurais desempenharam funções essenciais no desenvolvimento agrícola, mas sem o reconhecimento formal adequado. Nesse contexto, este tópico busca analisar a situação da mulher trabalhadora rural no Brasil, focalizando-se sobre a questão da desigualdade de gênero sob a perspectiva de direitos como o de aposentar-se.

Em grande parte, essas mulheres têm suas contribuições limitadas pela divisão sexual do trabalho, que tradicionalmente relegou às mulheres às funções domésticas e atividades agrícolas de subsistência, enquanto os homens eram vistos como os responsáveis pelo sustento da família.

Nesse diapasão, afirmam Gomes, Nogueira e Toneli (2016, p. 120) que

A conquista dos direitos sociais e previdenciários, pelas mulheres, está associada à figura da mulher trabalhadora rural, produzindo um distanciamento das posições da mulher “do lar” e “dona de casa”, relacionadas com as atividades não remuneradas.

Em complemento, a falta de autonomia financeira e o trabalho não remunerado são problemas persistentes para as mulheres no campo. Muitas vezes, a atividade agrícola desempenhada por elas é considerada uma extensão das responsabilidades domésticas, o que contribui para sua subvalorização (PINTO, 2002; SILVA, MEDEIROS, 2004). Além disso, essa realidade também agrava a sua dependência econômica dos homens, seja de maridos ou outros membros masculinos da família.

Também enfrentam desafios adicionais no que diz respeito ao acesso a direitos sociais, em especial os trabalhistas e previdenciários. Quanto aos direitos previdenciários, estes encontram-se previstos na Carta Magna e na legislação previdenciária. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê no inciso II, §7º do art. 201, a garantia da aposentadoria rural:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e

de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a:

[...]

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições

[...]

II - 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, para os trabalhadores rurais e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal. (BRASIL, 1988).

Outrossim, consagra no inciso I de seu art. 5º o direito à igualdade:

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

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (BRASIL, 1988).

Embora a legislação brasileira reconheça o direito dessas trabalhadoras à proteção social, muitas delas estão em situação de informalidade, o que dificulta o acesso a benefícios como aposentadoria, licença-maternidade e seguro-desemprego. Essa informalidade é agravada pelo isolamento geográfico e pela falta de acesso à informação e aos serviços públicos no meio rural.

Segundo dados da Confederação Nacional dos Trabalhadores Assalariados e Assalariadas Rurais (CONTAR, 2024), cerca de três milhões de pessoas trabalham no campo e apenas 11% (346 mil) são mulheres. Enquanto os homens costumam ter vínculos de trabalho formais, elas são vistas como ajudantes informais, sendo que 48% das trabalhadoras rurais (166 mil) não possuem vínculo formal de emprego, não havendo garantias trabalhistas consolidadas (CONTAR, 2024).

Outro aspecto a ser considerado é a disparidade salarial. As mulheres rurais costumam ganhar menos do que os homens, mesmo quando desempenham as mesmas funções. Esse fenômeno é reflexo da desigualdade de gênero que permeia todo o mercado de trabalho

no Brasil, mas que se intensifica no campo, onde as condições de fiscalização e garantia de direitos são mais precárias.

De acordo com a Organização das Nações Unidas para Alimentação e a Agricultura (FAO, 2023a), o trabalho das mulheres no campo é menos valorizado, sendo constatado que as mulheres ganham US\$ 0,82 para cada US\$ 1,00 que os homens recebem em diárias trabalhadas, as quais são ímpares quando analisadas em conformidade com o papel feminino nas cadeias produtivas. Carrasco (2003) assinala o patriarcado como uma das razões para que o trabalho feminino no âmbito rural seja invisível, mesmo quando está diretamente comprometido com a sustentabilidade da vida humana.

Levando este cenário para a esfera previdenciária, mulheres que exercem o trabalho de boia-fria apresentam maiores dificuldades pertinentes à prova de seu trabalho rural, o que dificulta o acesso a benefício da Previdência Social.

De acordo com Berwanger (2009) e Barbosa (2012), a comprovação do trabalho rural para mulheres, especialmente as que atuam de forma sazonal e temporária, como as boias-friás, se torna um obstáculo significativo, uma vez que elas frequentemente não têm acesso a contratos de trabalho ou documentos que validem o tempo de serviço. Isso resulta em uma marginalização das trabalhadoras rurais no sistema de seguridade social, dificultando seu direito à aposentadoria e outros benefícios.

Ademais, o trabalho nas áreas rurais pode expor essas mulheres a condições degradantes e abusos por parte de empregadores, em especial às mulheres que trabalham na condição de boia-fria. Conforme Fitzgerald *et al.* (2023), casos de assédio sexual e moral são frequentes, mas subnotificados devido ao medo de represálias e à falta de políticas efetivas de proteção.

Entretanto, além das boias-friás, outras mulheres rurais também sofrem com a inefetividade do direito à aposentadoria rural, especialmente, devido à documentação, que está na maioria das vezes, em nome do genitor ou do esposo (AJUFE, 2020).

De acordo com Nobre (1998), o trabalho da mulher rural, mesmo que seja nas atividades domésticas, é justamente um trabalho de subsistência, pois é o que possibilita a própria atividade rural. O trabalho rural garante o sustento, enquanto o trabalho da mulher rural

garante a sobrevivência do grupo familiar. Mesmo assim, a dificuldade da mulher rural é provar que, apesar de ter realizado trabalho de extrema importância, ainda empregou tempo nas lides rurais.

Apesar das adversidades, as mulheres trabalhadoras rurais no Brasil têm se organizado em movimentos sociais e sindicatos para lutar por seus direitos e pela igualdade de gênero no campo. Movimentos como a Marcha das Margaridas, o Movimento de Mulheres Trabalhadoras Rurais do Rio Grande do Sul, por exemplo, tem mobilizado milhares de mulheres para reivindicar melhores condições de trabalho, acesso à terra, políticas públicas inclusivas e maior participação nos processos de tomada de decisões políticas e sociais.

De acordo com Confederação Nacional dos Trabalhadores Rurais Agricultores e Agricultoras Familiares (CONTAG, 2015, p. 8), o Movimento da Marcha das Margaridas, é composto por um grupo de mais de 20 mil mulheres, tendo o intuito de fortalecer e ampliar a organização, mobilização e formação sindical e feminista das mulheres trabalhadoras rurais, bem como de reafirmar o protagonismo e dar visibilidade à contribuição econômica, política e social das mulheres do campo.

Outra esfera a ser considerada na problemática da desigualdade de gênero centra-se na questão da reforma agrária e do acesso à terra, questões centrais para a autonomia das mulheres rurais.

O direito à propriedade da terra pode significar uma maior independência econômica, o que possibilita a essas mulheres um maior poder de negociação e participação dentro e fora de suas comunidades. Até a Constituição de 1988, consoante Deere e León (2002), as mulheres não detinham a possibilidade de realizar o registro de terra em seu nome, o que era destinado apenas aos homens, fazendo com que se tornassem dependentes deles para a obtenção de recursos e o acesso a políticas públicas.

Assim, a mudança na legislação instituída pela Carta Magna, que assegurou direitos igualitários, foi um marco importante para garantir a autonomia das mulheres no campo, embora ainda existam desafios em sua plena implementação. Essa conquista não só ampliou as possibilidades econômicas das mulheres rurais, mas também fortaleceu sua posição no contexto social e político.

Portanto, dada a breve análise, destaca-se as inúmeras intercorrências a partir da estruturação patriarcal da sociedade, o que afeta também as relações do campo e aponta para a busca de alternativas visando ao acesso das mulheres rurais ao direito básico, como a aposentadoria rural, passando-se, assim, ao estudo das políticas públicas de promoção de igualdade de gênero no campo.

Políticas Públicas de promoção de igualdade de gênero no campo para proteção da trabalhadora rural

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi um marco importante para os direitos sociais e a promoção da igualdade de gênero, incluindo as trabalhadoras rurais. Com base nessa Constituição, surgiram diversas políticas que visam promover a equidade de gênero no campo, abrangendo questões como proteção trabalhista, previdenciária, acesso a crédito, segurança alimentar, além de ações para combater a violência contra a mulher rural. Nesse contexto, este tópico tem como escopo analisar as políticas públicas voltadas à igualdade de gênero no campo.

Primeiramente, ressalta-se que por políticas públicas, entende-se como um conjunto de ações planejadas e implementadas pelos governos com o intuito de atender às demandas e necessidades da sociedade. Em termos práticos, essas políticas resultam em programas e ações que buscam resolver problemas sociais, econômicos e culturais.

Mastrodi (2024, p. 1) explica que

A expressão *políticas públicas* (ou no singular, embora menos usual, *política pública*), originada no sistema político dos EUA, tem sido empregada, de forma usual, para se referir a ações governamentais voltadas à solução de algum problema emergente, ou mesmo para se referir a qualquer ação realizada pela Administração Pública.

Nesse sentido, a sua formulação além de envolver a atuação do governo, também considera as interações com outros atores, como instituições e grupos sociais, refletindo um processo que engloba diferentes áreas do conhecimento, como sociologia, economia e ciência política. Assim, as políticas públicas não são apenas decisões administrativas, mas sim um reflexo das escolhas do governo em

resposta aos desafios que a sociedade enfrenta, sendo um campo de constante análise e adaptação (PETERS, 1986; LYNN, 1980).

Isso posto, destaca-se que programas e leis como a Política Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural (PNATER), o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF Mulher), e a inclusão das trabalhadoras rurais nos benefícios previdenciários, como aposentadoria e licença-maternidade, são exemplos de esforços legislativos para proteger e promover os direitos das mulheres no campo.

A Política Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural para a Agricultura Familiar e Reforma Agrária (PNATER), instituída pela Lei nº 12.188, de 11 de janeiro de 2010, surgiu com o objetivo de promover o desenvolvimento sustentável e a melhoria da qualidade de vida das populações rurais, especialmente agricultores familiares, assentados da reforma agrária, povos e comunidades tradicionais.

Além disso, estabeleceu diretrizes para promoção da inclusão produtiva, o fortalecimento da segurança alimentar e nutricional, e o estímulo a práticas agroecológicas (BRASIL, 2010). Além de regulamentar a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural, prioriza a participação social e a integração com políticas públicas, o que reforça o compromisso com a democratização do acesso aos meios de produção e a ampliação de oportunidades para as populações rurais no Brasil (BRASIL, 2010).

Quanto ao PRONAF Mulher, trata-se de uma linha de crédito, voltada especificamente para mulheres agricultoras familiares, o qual foi criado com o objetivo de promover a autonomia econômica das mulheres no meio rural. Este oferece condições diferenciadas de financiamento, como taxas de juros reduzidas e prazos ampliados, incentivando investimentos em atividades produtivas agropecuárias e não agropecuárias (BNDES, 2024).

Em suma, o PRONAF Mulher busca não apenas fomentar a participação feminina na economia rural, mas também contribuir para a equidade de gênero e o fortalecimento do papel das mulheres como protagonistas do desenvolvimento sustentável no campo. Assim como, reconhece o papel estratégico das mulheres na segurança alimentar e na geração de renda familiar, estimulando a inclusão produtiva e a valorização da mão de obra feminina no meio rural.

No entanto, apesar dessas conquistas legais, a implementação dessas políticas enfrenta desafios estruturais e culturais, que muitas vezes as tornam ineficazes ou limitadas ao seu alcance. O principal problema que compromete a efetividade dessas políticas públicas é a dificuldade de acesso e implementação nos territórios rurais.

O Brasil possui uma vasta extensão territorial, com muitas regiões rurais de difícil acesso e com pouca infraestrutura. Nesse cenário, há diversas questões socioeconômicas, geográficas e políticas que impedem que as políticas públicas cheguem de forma eficaz às trabalhadoras rurais.

Segundo a FAO (2023b), o Brasil precisa investir significativamente na ampliação de infraestrutura em regiões rurais para reduzir as desigualdades sociais e melhorar o acesso a serviços básicos como saúde e educação. Iniciativas como o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) têm buscado direcionar recursos para setores essenciais, mas o impacto ainda é limitado frente à magnitude das demandas, especialmente em áreas remotas, onde a presença do Estado é mais frágil.

Nesse ínterim, além das dificuldades sociais e de infraestrutura enfrentadas, acrescenta-se a questão do acesso à informação sobre tais políticas e direitos às próprias mulheres rurais como uma barreira fundamental, o qual deve ser adaptado à cultura de cada região e suas necessidades. Estudos sugerem que o aumento de investimentos em infraestrutura nas zonas rurais é crucial para o combate à pobreza e para a promoção da igualdade de oportunidades (ASMETRO-SI, 2023).

Dessa forma, muitas trabalhadoras rurais acabam desconhecendo seus direitos, seja por falta de campanhas informativas ou pela ausência de serviços especializados nas suas localidades (AJUFE, 2020).

Posto isso, o acesso à informação pode ser compreendido como o direito de indivíduos e coletividades de obterem, utilizarem e compartilharem informações de forma livre e segura, possibilitando a participação cidadã e a transparência nas relações entre Estado e sociedade. Esse conceito está intimamente ligado ao exercício da democracia, pois permite que os cidadãos compreendam as ações governamentais, fiscalizem os agentes públicos e tomem decisões informadas (BANCK, 2009).

Pode-se mencionar as campanhas de conscientização promovidas pelo governo e por organizações do setor agropecuário também como uma ferramenta para combater preconceitos e reconhecer a relevância da mulher no meio rural.

Iniciativas como a campanha Mulheres Rurais, organizada pela FAO em parceria com o Ministério da Agricultura e outras instituições, destacam histórias inspiradoras de mulheres rurais brasileiras, reforçando seu papel essencial no sistema agroalimentar e no desenvolvimento sustentável. Essas campanhas promovem visibilidade, liderança feminina e autonomia econômica, além de defender ações afirmativas voltadas para a igualdade de gênero e a inclusão no mercado de trabalho (FAO, 2022).

Além disso, o Ministério das Mulheres e outros órgãos têm implementado campanhas voltadas à redução da violência e discriminação, incentivando práticas de denúncia e mobilização social, como observado na divulgação de programas como o “Ligue 180”. Tais ações são fundamentais para mudar a percepção social e criar políticas públicas mais efetivas e inclusivas (BRASIL, 2023).

Para Berwanger (2009), a educação previdenciária é uma ferramenta crucial para a inclusão social das mulheres do campo, muitas das quais enfrentam dificuldades para compreender e acessar seus direitos previdenciários.

Ademais, ao promover a disseminação de informações sobre benefícios como aposentadorias e pensões, é possível superar barreiras culturais e institucionais que historicamente têm limitado o alcance da segurança social no meio rural. Esses programas educativos não apenas ampliam o conhecimento das trabalhadoras sobre seus direitos, mas também contribuem para o fortalecimento de sua autonomia e cidadania.

Ainda, ajudam a reduzir as barreiras de informação e burocracia, permitindo que as trabalhadoras compreendam os critérios para acesso aos benefícios, como a comprovação da atividade rural. Além de que a educação previdenciária fomenta o empoderamento dessas mulheres, pois lhes oferece ferramentas para reivindicar seus direitos junto às instituições (DIEESE, 2016; SANTOS, 2020).

Reconhece-se que no Brasil, existe uma infraestrutura deficiente, pois não há uma rede de serviços públicos acessíveis nas zonas rurais,

como delegacias, hospitais, postos de atendimento e agências bancárias, as quais acabam enfrentando tamanhas dificuldades para acessar direitos e serviços públicos.

No cenário brasileiro, as trabalhadoras rurais enfrentam dificuldades significativas devido à precariedade da infraestrutura disponível nas áreas rurais. Apenas 31% dos municípios possuem hospital geral, e, embora a Estratégia Saúde da Família amplie o alcance do SUS, ela ainda enfrenta limitações, como a falta de profissionais capacitados em regiões isoladas (IBGE, 2023).

Na educação, a precariedade das escolas rurais, associada à ausência de internet e transporte escolar adequado, prejudica a continuidade dos estudos e restringe oportunidades de desenvolvimento. Além disso, mais de 40% da população rural não tem acesso a saneamento básico, o que agrava os problemas de saúde e contaminação ambiental.

Estudos realizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística indicam que um aumento de 1% do PIB em investimentos em infraestrutura poderia impulsionar o crescimento econômico em 2,7%, reduzindo desigualdades e promovendo melhores condições de vida nas zonas rurais (IBGE, 2023; KPMG, 2023).

Em adição, os cortes orçamentários e a descontinuidade dos programas voltados para o fortalecimento da agricultura familiar e para o empoderamento das mulheres no campo muitas vezes sofrem com a falta de continuidade, cortes orçamentários ou mudanças nas prioridades políticas do governo, ocorrendo o enfraquecimento da implementação de ações mais duradouras e sustentáveis no campo.

Apesar disso, o governo federal continua a investir em políticas públicas para essa área. Em 2023, o governo liberou mais de R\$ 77 bilhões para o Plano Safra da Agricultura Familiar, com grande parte desse montante direcionada ao Pronaf, que visa o apoio financeiro à produção rural familiar (BRASIL, 2023). Em adição, o Ministério do Desenvolvimento Agrário e Agricultura Familiar (MDA, 2023) já executou 85% do orçamento previsto para o ano, com destaque para as políticas de assistência técnica e extensão rural.

Contudo, a efetivação dessas políticas e o financiamento para programas como o Garantia-Safra, que visa mitigar prejuízos da agricultura familiar, continuam sendo essenciais para garantir a

sustentabilidade e o desenvolvimento rural no Brasil, especialmente no que tange à implementação de ações mais duradouras.

Dessa forma, em que pese a previsão constitucional de políticas públicas voltadas à promoção da igualdade de gênero no campo, tem-se que essas ainda são escassas, dada a complexidade que envolve as questões de gênero no campo.

Conclusão

A desigualdade de gênero no estado brasileiro é uma questão complexa que, no contexto da mulher trabalhadora rural, revela-se em múltiplas dimensões. Para que essas mulheres conquistem maior igualdade e autonomia, é fundamental a construção de uma sociedade que valorize e reconheça suas contribuições, garantindo direitos e oportunidades de forma equitativa.

Diante dessa realidade, as políticas públicas apontam como um possível caminho para promover a igualdade de gênero e o reconhecimento da atuação das mulheres rurais para a obtenção de direitos previdenciários.

Nesse contexto, buscou-se compreender as perspectivas de políticas públicas voltadas à igualdade de gênero contribuírem para o acesso ao benefício de aposentadoria rural.

Dessa feita, ditas políticas públicas incluem ações afirmativas que incentivam a formalização do trabalho feminino, oferecendo capacitação e apoio para que as mulheres comprehendam melhor seus direitos e tenham acesso a ferramentas de gestão de recursos e administração rural.

Outrossim, a educação previdenciária mostra-se como uma estratégia fundamental, promovida através de cooperativas e sindicatos, que buscam conscientizar as mulheres sobre a importância de registrar formalmente sua participação nas atividades do campo e lutar pelo reconhecimento de seus direitos. Além disso, a legislação tem avançado na adaptação de critérios que contemplem as especificidades do trabalho rural feminino, levando em conta as condições desiguais em que muitas dessas mulheres vivem e trabalham.

As campanhas de conscientização promovidas pelo governo e por organizações do setor agropecuário também têm se mostrado importantes para combater preconceitos e reconhecer a relevância da mulher no meio rural. Essas campanhas não só visam aumentar o conhecimento das mulheres sobre seus direitos, mas também sensibilizar a sociedade e os próprios órgãos previdenciários sobre a realidade da mulher rural.

Para que as políticas públicas de proteção à trabalhadora rural sejam de fato eficazes, é preciso avançar em várias frentes, em especial, no fortalecimento do acesso à informação, meio essencial para garantir que as trabalhadoras rurais tenham conhecimento de seus direitos e saibam como acessá-los, bem como em campanhas educativas, centros de apoio e agentes de extensão rural com foco em gênero, os quais podem desempenhar papéis fundamentais nesse processo.

Com a ampliação das políticas públicas e de campanhas de conscientização, há um movimento crescente para que as mulheres rurais sejam reconhecidas como agentes econômicos fundamentais, e que o seu trabalho no campo seja valorizado e protegido pela legislação previdenciária. Em última instância, a efetivação dessas medidas é fundamental para garantir não só a igualdade de gênero, mas também para promover o desenvolvimento sustentável e justo do meio rural, onde as mulheres são pilares da economia e da estrutura social das comunidades.

Além disso, a ampliação da infraestrutura de serviços públicos no campo, por meio da criação de delegacias especializadas, postos de atendimento e linhas de crédito acessíveis para mulheres rurais, são necessários para o estímulo à regularização das atividades econômicas no campo e para assegurar o reconhecimento do trabalho feminino na agricultura familiar, medidas que ensejam o acesso das trabalhadoras aos benefícios e proteções trabalhistas e previdenciárias.

Entretanto, o desafio permanece complexo. As barreiras culturais e estruturais ainda dificultam que muitas mulheres se reconheçam como trabalhadoras rurais e busquem formalizar sua contribuição no campo. Muitas ainda veem a aposentadoria rural como um direito distante, sendo necessário o fortalecimento de redes de apoio e de organizações comunitárias que incentivem o protagonismo feminino e garantam o acesso a esses benefícios.

À vista disso, as previsões legislativas e as políticas públicas existentes para a proteção das trabalhadoras rurais são avanços importantes no papel, mas muitas vezes carecem de instrumentos de execução e fiscalização que assegurem sua aplicabilidade prática e alcance real, não apenas em dados estatísticos, apontando para um esvaziamento.

Entre os principais problemas que indicam esse esvaziamento, destacam-se a falta de monitoramento e fiscalização, devido a ausência de uma fiscalização eficiente no meio rural, tanto nas condições de trabalho quanto no cumprimento das legislações de proteção que enfraquecem a efetividade das políticas. A informalidade do trabalho rural também impede a fiscalização do cumprimento de direitos básicos.

Outrossim, padrões culturais e patriarcais relacionados à resistência cultural em muitas regiões do Brasil também prejudicam a aplicação de políticas de igualdade de gênero no campo. Em diversas áreas rurais, persistem visões patriarcais que dificultam o reconhecimento da autonomia e da importância do papel das mulheres nas atividades econômicas e sociais.

Sendo assim, a redução da desigualdade de gênero no meio rural brasileiro passa por uma série de desafios que envolvem não apenas políticas públicas inclusivas, mas também a transformação de padrões culturais profundamente arraigados. Programas de educação e capacitação são essenciais para empoderar as trabalhadoras rurais, fornecendo a elas as ferramentas necessárias para conquistar autonomia financeira e social.

É preciso, também, ampliar o acesso dessas mulheres a serviços de saúde, educação e assistência jurídica, especialmente em áreas isoladas. A implementação de políticas específicas que promovam a igualdade de gênero no campo, o combate à violência contra a mulher e o fortalecimento de redes de apoio são ações indispensáveis para reduzir as disparidades que ainda afetam milhões de mulheres trabalhadoras rurais no Brasil.

Referências

ASMETRO-SI. **Infraestrutura:** entenda o momento histórico e os desafios do Brasil. 2023. Disponível em: <https://asmetro.org.br>. Acesso

em: 24 nov. 2024.

ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL (AJUFE). Comissão Ajufe Mulheres. **Julgamento com Perspectiva de Gênero.**

Um guia para o direito previdenciário. Tani Maria Wurster e Clara da Mota Santos Pimenta Alves (coord.). – Ribeirão Preto, SP: Migalhas, 2020. Disponível em: http://ajufe.org.br/images/pdf/CARTILHA__JULGAMENTO_COM_PERSPEC_IVA_DE_G%C3%83NERO_2020.pdf. Acesso em: 23 nov. 2024.

BANCK, Geert. **Transparência e Acesso à Informação.** São Paulo: Editora Contexto, 2009.

BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL - BNDES. **PRONAF Mulher.** 2024. Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/financiamento/produto/pronaf-mulher>. Acesso em: 24 nov. 2024.

BARBOSA, Maria da Graça. **Mulheres rurais e direitos previdenciários:** um estudo sobre a inclusão social e os desafios da formalização. São Paulo: Editora Moderna, 2012.

BERWANGER, Jane Lúcia Wilhelm. **A seguridade social rural no Brasil:** inclusão e desafios. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BRASIL. **[Constituição (1988)].** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 24 out. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.188, de 11 de janeiro de 2010.** Institui a Política Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural para a Agricultura Familiar e Reforma Agrária – PNATER e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/lei/l12188.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12188.htm). Acesso em: 24 nov. 2024.

BRASIL. Ministério das Mulheres. **Campanhas.** 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/acesso-a-informacao/acoes-e-programas/campanhas>. Acesso em: 24 nov. 2024.

BRASIL. **Ministério do Desenvolvimento Agrário e Agricultura Familiar.** MDA, Incra e Conab já executaram mais de 85% do orçamento. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/mda/pt-br/noticias/mda-incra-e-conab-ja-executaram-mais-de-85-do-orcamento>.

Acesso em: 24 nov. 2024.

CARRASCO, Cristina. A sustentabilidade da vida humana: um assunto de mulheres? In: **A Produção do Viver: Ensaios de Economia Feminista**. São Paulo: SOF, 2003.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES RURAIS AGRICULTORES E AGRICULTORAS FAMILIARES - CONTAR. **Dia Internacional das Mulheres**: 48% das trabalhadoras rurais no Brasil são informais. 2024. Disponível em: https://contar.org.br/dia-internacional-das-mulheres-48-das-trabalhadoras-rurais-no-brasil-sao-informais/#:-text=Mas%20enquanto%20eles%20costumam%20ter,os%20direitos%20trabalhistas%20garantidos**.

Acesso em: 24 nov. 2024.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES RURAIS AGRICULTORES E AGRICULTORAS FAMILIARES - CONTAG. **Caderno de textos para estudos e debates – Marcha das Margaridas 2015**. Brasília: Contag, 2015.

DEERE, Carmen Diana; LEÓN, Magdalena. **Empoderamento das mulheres e direitos à terra**: um estudo comparativo na América Latina. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2002.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS ECONÔMICOS - DIEESE. **Aposentadoria rural**: perfil e desafios para a seguridade social no Brasil. São Paulo: DIEESE, 2016.

FITZGERALD, Louise. F.; et al. Sexual harassment in the workplace: A review of the literature and implications for the workplace. **Journal of Vocational Behavior**, v. 82, n. 3, p. 287-299, 2023.

GOMES, Rita de Cássia Maciazeki; NOGUEIRA, Conceição; TONELI, Maria Juracy Filgueiras. Mulheres em contextos rurais: um mapeamento sobre gênero e ruralidade. **Psicologia & Sociedade**, n. 28, v. 1, p. 115-124, jan./abr. 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **Indicadores de saúde nos municípios brasileiros**. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2023a. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br>. Acesso em: 24 nov. 2024.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA

- IBGE. **Pesquisa da Agricultura Familiar**. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2023b. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br>. Acesso em: 24 nov. 2024.

KPMG. **Infraestrutura no Brasil**: panorama e tendências. São Paulo: KPMG, 2023. Disponível em: <https://home.kpmg/br/pt/home/insights/2023/04/infraestrutura-no-brasil.html>. Acesso em: 24 nov. 2024.

LYNN, Lawrence E. **Políticas públicas**: um enfoque para análise. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1980.

MASTRODI, Josué. Políticas públicas: conceito. **Tomo Direito Econômico**, ed. 1, mar. 2024. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/561/edicao-1/politicas-publicas:-conceito>. Acesso em: 20 nov. 2024.

NOBRE, Miriam. Relações de gênero e agricultura familiar. In: NOBRE, Miriam; SILIPRANDI, Emma; QUINTELA, S.; MENASCHE, R. (org.). **Gênero e agricultura familiar**. São Paulo: SOF, 1998. Disponível em: <http://www.enfoc.org.br/system/arquivos/documentos/11/f1207relaes-de-genero-eagricultura-familiar---miriam-nobre.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ALIMENTAÇÃO E A AGRICULTURA - FAO. **The status of women in agrifood systems**. 2023a. Rome. Disponível em: <https://doi.org/10.4060/cc5343en>. Acesso em: 24 nov. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ALIMENTAÇÃO E A AGRICULTURA – FAO. **Garantir o acesso universal a serviços e infraestrutura rural é fundamental para o desenvolvimento sustentável**. 2023b. Disponível em: <https://www.fao.org/brasil/noticias/detail-events/pt/c/1636863/>. Acesso em: 24 nov. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ALIMENTAÇÃO E A AGRICULTURA - FAO. **Histórias inspiradoras de mulheres rurais brasileiras são destaque em publicação da FAO**. 2022. Disponível em: <https://www.fao.org/brasil/noticias/detail-events/pt/c/1636863/>. Acesso em: 24 nov. 2024.

PETERS, B. Guy. **Política pública**: teoria e prática. São Paulo: Editora FGV, 1986.

PINTO, Céli Regina Jardim. Gênero, patriarcado e violência: o impacto das relações de poder no Brasil. **Revista Estudos Feministas**, v. 10, n. 1, p. 45-68, 2002.

SANTOS, Maria Aparecida dos. **Direitos previdenciários e cidadania no campo**. Curitiba: Juruá, 2020.

SILVA, Márcia M. de Oliveira; MEDEIROS, Leonilde Sérvolo de. **Mulheres na luta pela terra: gênero e igualdade no movimento pela reforma agrária no Brasil**. São Paulo: Editora Cortez, 2004.

Capítulo 14

DIÁLOGOS INTERCULTURAIS ENTRE MATERNAGEM E CULTURA GLOBAL E DE POVOS INDÍGENAS BRASILEIROS

Marigley Leite da Silva de Araujo¹

Rosângela Angelin²

Introdução

A manutenção da espécie humana sobre o planeta requer a existência da maternidade que envolve a geração da vida humana no ventre das mulheres, assim como a maternagem que se ocupa com o cuidado das crianças com sua sobrevivência e com aspectos de acolhida e afeto. Abordar o tema maternidade remete a uma gama significativa de diversidade do ato de maternar, que, geralmente tem recaído para as mulheres, mas que tem um recorte cultural de atravessamentos pelos quais mulheres e homens são submetidos.

Isso se evidencia na história da humanidade e na forma como as diferentes culturas criam as crianças e as educam. Nesse sentido, a cultura patriarcal criou um padrão de maternagem onde as mulheres

-
- 1 Mestre e Doutoranda em Direito pelo Programa de pós-graduação *stricto sensu*, em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo-RS. Pós-Graduada em Direito de Família e Sucessões e Direito Constitucional. Docente do Curso de Direito da URCAMP/São Gabriel. Advogada. Integrante do Projeto de Pesquisa “Movimentos Sociais e Direitos Humanos nas sociedades democráticas: Olhares voltados para a complexidade do Estado e de vulnerabilidades sociais”. E-mail: marigleyaraujo@gmail.com
 - 2 Pós-Doutora nas Faculdades EST (São Leopoldo). Doutora em Direito pela Universidade de Osnabrueck (Alemanha). Docente do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* – Mestrado e Doutorado em Direito e da Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo-RS. Líder do Grupo de Pesquisa CNPQ “Direitos de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas”, do Projeto de Pesquisa “Movimentos Sociais e Direitos Humanos nas sociedades democráticas: Olhares voltados para a complexidade do Estado e de vulnerabilidades sociais”, vinculados ao Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da URI, campus Santo Ângelo-RS. Vice-Líder do Núcleo de Pesquisas de Gênero, da Faculdades EST (São Leopoldo/RS). Integrante da Marcha Mundial de Mulheres. E-mail: rosangela@san.uri.br

são, predominantemente, as responsáveis exclusivas pela criação e educação da prole, ou como povos indígenas, nos quais as crianças são responsabilidade do coletivo da tribo e não somente da sua família de origem.

Sendo assim, a partir de um estudo hipotético, alicerçado em uma hermenêutica feminista, documentos, produções acadêmicas e institucionais, o estudo apresenta o seguinte questionamento: como se diferencia a organização da maternagem hegemônica patriarcal com a maternagem de povos indígena no Brasil?

A fim de dar conta do questionamento apresentado, o estudo se desenvolve em dois momentos: inicia abordando acerca das relações entre maternagem, família e patriarcado, para então, ater-se a tecer uma abordagem sobre aspectos históricos e culturais da maternagem no contexto global e em povos indígenas brasileiros.

Maternagem, família e patriarcado

A figura materna nem sempre foi sinônimo de amor. Por isso, buscar elementos na história para compreender melhor o processo de maternagem é essencial para compreender as suas diversas formas de manifestação. Assim, a abordagem realizada apresenta alguns aspectos históricos em relação às famílias e abrange um olhar sobre essas, a maternagem e o patriarcado, a partir da cultura hegemônica ocidental.

A partir de uma leitura baseada na arqueologia, na história e na antropologia Riane Eisler afirma que, no início da humanidade, as mulheres eram consideradas e veneradas como deusas devido ao seu poder de procriação. Não existia o casamento monogâmico e, o tipo de família existente era a matrilinear, onde a sucessão é contada a partir das mães. Engels partilha dessa mesma perspectiva de que as mulheres tinham um valor social elevado devido o poder que a maternidade lhes garantia dentro do contexto social (ENGELS, 2005).

Posteriormente, de acordo com os estudos de Engels, criou-se uma organização familiar chamada *punaluana*, baseada no casamento³ por grupos, ou seja, vários homens se casavam com várias mulheres.

3 É utilizado o termo “casamento”, mas na época não existia essa instituição, de modo que, ao ser utilizado nesse texto, significa a união de pessoas em relações sexuais e, possivelmente, afetivas.

Com o passar do tempo, por instinto de preservação da espécie, os casamentos entre parentes consanguíneos deixou de ser uma prática, passando a se constituir as relações chamadas pré-monogâmicas, onde ao homem era reservado o direito a poligamia e a infidelidade. “Essas relações poderiam ser dissolvidas e a prole permanecia com a mulher”. (ENGELS, 2005, p. 51). Nessa perspectiva, já se percebe que, devido a matrilinearidade inicial, a prole fica mais próxima da mulher, o que não significa que a responsabilidade até então sobre os cuidados estavam exclusivamente sobre as mulheres.

Após esse período houve uma solidez nos laços conjugais. A partir daí, tendo em vista a ausência de dados precisos, a história dá um salto no tempo, passando a relatar, de forma minuciosa, “a organização familiar romana, que era chefiada pelo cidadão romano, também chamado do *pater*” (WALD, 1998, p. 9). Não havia escolas; as famílias eram numerosas, incluindo tios, tias, avós e irmãs, sendo que as mulheres solteiras eram encarregadas de cuidar das crianças. Cada família produzia seus próprios bens de consumo e a religião era praticada dentro do núcleo familiar, cabendo o sacerdócio ao *pater*, o qual elegia os deuses de adoração (COELHO, 2002, p. 17).

Esta organização familiar era chamada de família patriarcal, uma vez que cabia ao homem o poder sobre a mulher, principalmente, no controle de sua sexualidade e sobre sua prole. Para Badinter (1986, p. 95), o patriarcado “[...] não designa apenas uma forma de família baseada o parentesco masculino e no poder paterno, mas designa toda a estrutura social que nasça de um poder de pai [...]”.

Com o passar do tempo a autoridade do *pater* diminuiu até ele ser proibido de vender seus próprios filhos (embora permanecendo a permissão de castigos moderados). O parentesco dominante passa a ser o consanguíneo e a mulher-mãe, por meio do *Senatus Consultum Tertuliano*⁴, passou a ter alguns direitos, tais como: a guarda do filho e os direitos sucessórios dele (WALD, 1998, p. 9).

Com o surgimento do Cristianismo, a Igreja passou a legislar através de normas chamadas *cânones*, como forma de diferenciá-las das leis estatais. Os *cânones* passaram a ser chamados de Direito Canônico que, ao contrário das leis romanas, compreendiam a união de casais

4 Decisão com força de Lei que o antigo senado romano expediu, depois de sancionada pelos Tribunais da Plebe (SILVA, 2008).

como um sacramento, ou seja, um ritual religioso. Embora tenha editado normas de convivência um pouco mais favoráveis às mulheres, o Direito Canônico manteve o homem na chefia da sociedade conjugal e assim agindo, acabou dando continuidade à família patriarcal nos moldes fixados pelo Direito Canônico.

O modelo patriarcal permaneceu inabalável até o século XIX, quando, em 1789, entrou em choque com os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade da sociedade francesa. Desde então, a tirania patriarcal foi, gradativamente, sendo contestada e criticada; porém, o patriarcado segue sendo a estrutura ainda presente na contemporaneidade.

No que se refere a maternagem entre a idade média e a atualidade é interessante destacar que, entre os séculos XVI e XVII, as crianças recém-nascidas, filhas e filhos de pessoas da corte, com apenas horas de vida, eram entregues às amas de leite, que os criavam até aproximadamente os cinco anos de idade. Isso porque a vida social das mulheres, ao lado do marido, era incompatível com a tarefa de ser mãe, que demanda tempo com os cuidados com a criança (PAULO, 2009).

Após o surgimento da ciência denominada demografia, os pais e mães perceberam que os filhos representavam a sua segurança na velhice, quando não poderiam exercer mais atividade laborativa. Também, gradativamente, passaram a compreender que o mais importante para o Estado eram as pessoas como um todo, dando origem a um discurso de dignificação da maternidade, buscando convencer as mulheres que o seu trabalho era nobre e de extrema relevância, sendo atribuídas exclusivamente a ela todas as responsabilidades pela criação e desenvolvimento do filho (PAULO, 2009).

Além do discurso social acima apontado, as teorias de Rousseau e a psicanálise contribuíram, significativamente, para transformar a mulher-mãe em imagem de abnegação e amor, sendo atribuídas exclusivamente a ela todas as responsabilidades pela criação e desenvolvimento da criança. Rousseau afirmava que “[...] as mães eram responsáveis pela sobrevivência e pela saúde futura dos filhos assim como por toda a educação, seriam elas culpadas também pelo seu destino, por se tornarem homens de bem ou párias sociais, grandes homens ou criminosos” (PAULO, 2009. p. 46).

Rousseau, Klein e Winnicott sustentavam que o aleitamento era o primeiro sinal de amor da mãe pela criança recém-nascida, sendo esta função indispensável ao que a sociedade espera de uma boa mãe. Esse discurso era bastante cruel para aquelas mães que não conseguiam amamentar, bem como para aquelas que, por questões de ordem financeira, precisavam trabalhar e, portanto, não poderiam dispor de todo o tempo do mundo para os seus filhos (PAULO, 2009, p. 50). Frente a esse contexto, Graziuso refere-se a “culpa materna”:

A figura da devoção materna aos filhos surgiu no final do século XVIII e início do século XIX, com destaque para as mulheres pertencentes a burguesia francesa, com forte influência de Jean-Jacques-Rousseau, em sua obra “*Emílio, ou da Educação*”, que encorajavam o aleitamento materno, cuidados com a alimentação e um maior vínculo entre a mãe e o bebê. Assim nasceu a figura da mãe que sacrifica em nome da prole, sem apego aos sucessos pessoais. Essa figura materna molda a mãe moderna, e aquelas que não conseguem cumprir com a extensa devoção de seu novo papel sentiam-se culpadas, sentindo-se enraizado que se tornou conhecido como “culpa materna” (GRAZIUSO, 2018, p. 32).

Mesmo na atualidade as mulheres seguem esse padrão de maternagem, assumindo as responsabilidades todas para si. Nesse contexto, movimentos feministas passaram a defender que a maternagem é uma construção social e que, a mulher é um sujeito desejante. Por sua vez, sua felicidade não deveria estar ligada à maternidade, como algo natural. A maternidade é natural, mas a maternagem não. Nesse sentido, Angelin e Hahn (2019, p. 45) ponderam:

O problema está quando as diferenças, neste caso as biológicas, são motivos geradores de desigualdades e privilégios para alguns, como aconteceu com as mulheres, a partir da sua suposta naturalização da maternidade e do cuidado, situações essas intensificadas pelas responsabilidades que a maioria das mulheres possui na economia familiar. Natural é parir e alimentar a prole. No mais, o que envolve as relações, seriam construções culturais.

Ocorre que a ideia de mulher-mãe e única responsável pela maternagem já está enraizada no imaginário da sociedade, tanto que, somente nos últimos anos, a mulher começou a admitir, publicamente, que está se sentindo esgotada e que precisa cuidar de si, o que era impensável no passado.

A imposição cultural e a naturalização da maternagem teve como aliado também o mundo jurídico, onde o pátrio poder era hegemonicó e as mulheres se encontravam subjugadas a ele. A partir da Constituição Federal de 1988, a família transforma-se em veículo de promoção do princípio da dignidade humana, ou seja, tornou-se democratizada, o que “[...] implica igualdade, respeito mútuo, autonomia, tomada de decisão através da comunicação e resguardo da violência [...]”. Assim sendo, de acordo com as mudanças ocorridas, tanto homens, quanto mulheres são responsáveis pelo contexto familiar. Essas características passaram a ser uma possibilidade de elemento norteador para a relação materno-filial (GIDDENS, 2005, p. 103).

Paulo (2009, p. 17) explica que, “[...] ambos, tanto o homem quanto a mulher, não nascem pai e mãe, mas se tornam pai e mãe. Eles constroem suas identidades parentais, incorporando valores e características que lhe são transmitidos, através de modelos”. A construção cultural das identidades está sendo transformada, o que pode ser percebido, especialmente, quando se trata das relações afetivas e de cuidados com a prole. Atualmente é possível ver pais assumindo conjuntamente a responsabilidade pela criação de filhos e filhas.-

Dado o exposto, a seguir, o texto ocupa-se me adentrar na reflexão acerca de alguns aspectos envoltos na maternagem, no contexto global e de povos indígenas.

Diálogos interculturais entre maternagem e cultura global e de povos indígenas brasileiros

Cada cultura concebe a maternidade e a maternagem de formas diferentes. Ser mãe pode significar tanto uma experiência muito prazerosa, como também muito negativa, dependendo do contexto que a mulher-mãe está inserida. Habermas (*apud* COSTA; WERLW, 2008, p. 6), ao analisar a identidade explica “[...] pertence ao caráter social das pessoas naturais o suposto de que elas se formam como indivíduos através das formas de vida intersubjetivamente compartilhadas, conformando sua identidade nas relações de reconhecimento recíproco [...]”.

Com a globalização ocorreram mudanças de toda ordem na sociedade, como o “[...] aumento das desigualdades econômicas entre os países e no interior de cada um deles; o desemprego crescente; o

desaparecimento progressivo de universos autônomos de produção cultural pela imposição de valores comerciais [...]” (MOREIRA, 2001, p. 65), sendo que essas foram as mudanças que mais impactaram a vida doméstica de forma imediata, espaço esse, ainda de responsabilidade e obrigação das mulheres, onde se encontra também o cuidado com a prole.

Também o consumo impõe estilo de vida e serve de mecanismo de defesa dentro da sociedade. Desta forma, “[...] o modo de consumir pode revelar anseios, práticas, adesão a valores e estratégias de distinção numa dada sociedade [...]” (EGERT; LOCATELLI, 2010, p. 113). Para Bourdieu (2002, p. 113) “[...] as diferentes posições que os grupos ocupam no espaço social correspondem estilos de vida, sistemas de diferenciação que são a retratação simbólica de diferenças objetivamente inscritas nas condições de existência [...].

Nesse contexto de diferenças de estilos de vida, a maternagem, compreendida como os cuidados dedicados as crianças e jovens - enquanto esses constroem a sua personalidade ao mesmo tempo em que se integram no meio social (PEREIRA, 2012, p. 75) -, se desenvolve de diversas formas no mundo contemporâneo.

A influência dos movimentos feministas corroborou para que a maternagem fosse repensada no contexto contemporâneo e, por conseguinte, fosse mudando. Aliado a isso é importante ratificar que a maternagem é uma construção social. A exemplo disso, relata-se a história de Pamela Druckerman, jornalista nova-iorquina, que fixou residência em Paris (França), juntamente com o seu marido inglês. Na França nasceram seus filhos e, o casal passou a conviver com outros pais de crianças desse país, podendo constatar comportamentos diferentes envolvendo a maternagem, tantos nas crianças, quanto das mães dessas. Essas observações culminaram no livro intitulado, “Crianças Francesas Não Jogam Comida Fora”. Na obra, entre outras questões, a autora refere que os bebês dormem a noite toda, a partir dos dois meses; frequentam creches, a partir dos nove meses e comem no mesmo horário em que os adultos (DRUCKERMAN, 2012, p. 62).

O segredo francês, de acordo com Druckerman (2012), é educar a criança a esperar, um método que começa nos primeiros dias de vida. Quando a criança chora a noite, por exemplo, os pais se aproximam e tão-somente a observam por minutos até que voltem a

dormir. As mães entendem que as crianças precisam saber lidar com as frustações e, que isso é um ensinamento valioso por toda a vida. A mãe consegue administrar melhor a liberdade e a responsabilidade no cotidiano familiar. Tal cultura proporciona que a mãe consiga, por exemplo, ler um livro ou conversar com amigas no parque, enquanto a mãe americana vive exausta e histérica tentando impedir que algo aconteça com o filho.

Independentemente do país ou da cultura, a maternagem no Estado Democrático de Direito perpassa pela educação dentro dos princípios fundamentais. Segundo Hahn e Duarte (2012, p. 56) “[...] para se construir uma cultura de direitos humanos, o cuidado de viver os valores integrados nos Direitos Humanos é fundamental. As gerações novas necessitam ser integradas nessa cultura pela vivência de gerações mais amadurecidas”.

Até o momento, foi abordada a maternagem a partir de um olhar ocidental, colonizado e com características voltadas para mulheres bancas e de classe média alta. No entanto, no Brasil, existem muitas culturas diversas que influenciam no processo de maternagem, mas tem as culturas dos povos indígenas que, podem diferir da cultura hegemônica e patriarcal de cuidado com a prole. Embora questões como moradia, proximidade com os grandes centros, segurança e status dentro da própria comunidade possam influenciar diretamente o modo de vida dos povos indígenas, na maioria das comunidades, em especial, de povos mais isolados, há semelhanças no exercício da maternidade. De acordo com a antropóloga Daniela de Lima a maternagem indígena da atualidade é diversa e tem a ver com vários fatores, conforme segue:

Para entender o modelo de maternidade de cada mulher, é preciso considerar se o povo ao qual ela pertence tem suas terras demarcadas ou não; se mora longe, perto ou até mesmo dentro da cidade; se vive em beira de estrada, defendendo-se de bala de capanga de latifundiário; se dentro da sua comunidade ela tem lugar de destaque; se é ama-de-leite; se é esposa ou filha de liderança; se ela mesma é liderança; se é mais velha ou mais nova; quantos filhos ela tem; se trabalha fora da aldeia ou fica em casa; se a sua etnia ainda fala a própria língua ou majoritariamente o português (DREHER, 2020, p. 2).

A antropóloga Lúcia Helena Rangel, professora da PUC-SP, que estudou o povo indígena brasileiro, *jamamandi*⁵, explica que nessa comunidade indígena, homens e mulheres desempenham funções sociais diferentes que se complementam e que, nesta divisão de tarefas, cabe à mãe educar os filhos para a vida adulta. De acordo com a pesquisadora “[...] mãe e criança quase se fundem em um mesmo corpo” e, “[...] a mãe cumpre um papel-chave na formação dos vínculos sociais e de pertencimento a família e a um povo” (RANGEL, 2011, p. 1).

A criança, até completar dois anos de idade, está sempre grudada com a mãe, que a transporta para todos os lugares em uma espécie de tipoia. Dessa forma, o acesso ao leite materno é imediato e ilimitado. O bebê acompanha a mãe nas tarefas diárias, tais como cozinhar, apanhar lenha, limpar a roça e fazer colheita (RANGEL, 2011, p. 2).

Dreher apresenta os costumes da maternagem em outras aldeias indígenas brasileiras, conforme segue:

“*Como o parto é normal, o leite chega mais rápido para nós*”, explica Gisele Fontes (Umussy), da aldeia Dessana próxima a Manaus “*Chega muito leite, então a criança mama o quanto ela quiser*” [...]. É assim na aldeia da Terra indígena Wavi-MT, do povo Tapayuna. “*A criança fica colada no peito da mãe praticamente o dia inteiro*” descreve a antropóloga Daniela de Lima. Elas usam uma espécie de tipoia para carregar as crianças – que ficam com acesso ao peito quando quiserem-e assim continuar seus afazeres. “*Elas vão fazer artesanato, tirar roupa do varal, isso e aquilo, geralmente com a criança no peito.* As Tapayuna também têm um hábito de amamentar até escassear o leite. As Kayapó utilizam uma espécie de sling para carregar as crianças enquanto trabalham [...]. As crianças Kaigang mamam no peito de mais de uma mãe, segundo a tradição, e até quando quiserem. “*Eu vejo que a gente não tenta colocar todo mundo na mesma caixa. Cada um é um. E cada um é diferente ente si*”, explica Joziléia Daniza Jacobsen (Yakixo), antropóloga Kaingang. Ela explica que algumas crianças já param de mamar com menos de um aninho enquanto outras podem mamar até os seis anos (DREHER, 2020, p. 2).

5 “Os Jamamadi fazem parte dos povos indígenas pouco conhecidos da região dos rios Juruá e Purus que sobreviveram aos dois ciclos da borracha, em meados do século XIX. Nos anos 1960, foi previsto seu desaparecimento como grupo diferenciado, mas a partir daquela época os Jamamadi conseguiram se recuperar, tanto em termos demográficos quanto culturais. Este verbete apresenta as informações esparsas de que dispomos sobre esta etnia.” (RANGEL, 2011, p. 1).

Segue a antropóloga *Kaingng*, Joziléia Daniza Jacobsen, afirmando que, quando o filho está um pouco maior, a mãe a carrega nas costas. O contato com os familiares é livre e todos colaboram com o desenvolvimento da criança. Joziléia (2020, p. 4) aduz que “[...] você sabe que é importante para o seu filho que a avó leve ele para tomar banho, que outras mães deem comida, que ele se relacione com os diversos irmãos...porque isso é um apoio”.

O comportamento do pai de recém-nascido também se modifica. Em algumas etnias, nos primeiros dias após o nascimento, o pai não sai de perto da casa nem para caçar ou pescar. Então, a família conta com o auxílio da coletividade para se alimentar nesse período (DREHER, 2020, p. 5).

Outro aspecto importante que permeia a maternidade indígena de muitos povos é a valorização do papel materno, se comparado com a família tradicional hegemônica, onde os cuidados das crianças são, muitas vezes, relegados às babás e as telas. No entanto, como em todas as culturas, nas culturas indígenas “[...] as crianças se machucam, choram e ficam doentes. Elas mordem o bico do peito da mãe quando começam a vir os dentes e as mães não querem mais dar de mamar. Elas também riem e fazem gracinhas para a família toda babar” (DREHER, 2020, p. 5).

Hodiernamente, com o crescimento das fábricas próximos as regiões indígenas, muitas mulheres passaram a trabalhar fora. A antropóloga *Kaingng*, Joziléia Daniza Jacobsen, observa que a amamentação das crianças foi modificada com o passar dos tempos, em especial, pelo fato das mulheres indígenas estarem trabalhando em indústrias. Diante disso, a rotina familiar sofreu significativas mudanças, especialmente, no que diz com a amamentação, pois as mães chegam a ficar até onze horas longe de casa. Nessa nova realidade, a rede de apoio tem funcionado como um conforto para as mães, que enfrentam com naturalidade a nova vida “[...] a nossa vida não era como antes e temos nos adaptar ‘as necessidades’ (JACODSEN, 2020, p. 4).

Ao afastar-se do seu grupo para exercer atividade laborativa a mulher-mãe indígena passa a conviver diuturnamente com a cultura dominante, onde as mulheres são consideradas apêndices dos homens; as trabalhadoras não gozam de igualdade econômica e as mães são instrumentos para a reposição da vida humana, ou seja, passam a

fazer parte da estrutura patriarcal que as envolvem e, gradativamente, a transformam como mulheres e, consequentemente, como mães. Saffioti alerta para a influência determinante do capitalismo sobre as identidades femininas:

A consciência da dependência em que, desde seus inícios, a formação econômico-social capitalista vem constituindo no Brasil e dos limites que a estrutura internacional de poder impõe à sua realização nos níveis alcançados pelas sociedades de consumo de massas constitui o ponto inicial para a compreensão dos papéis sociais que homens e mulheres vêm desempenhando na sociedade brasileira desde os seus primórdios SAFFIOTI, 2013, p. 229).

Sabe-se que no Brasil a trajetória dos diversos grupos sociais de mulheres não foi a mesma. Por isso, há que se ter presente essas diferenças que tem recortes étnicos e de classe, muitas vezes relativizados. Fato é que, “[...] Mulheres indígenas, mulheres negras escravizadas, mulheres brancas pertencentes a camadas mais pobres e mulheres brancas pertencentes à classe dominante passaram por caminhos bem distintos de discriminação [...]” (CHAKIAN, 2019, p. 65). Nesse contexto, a título exemplificativo, enquanto as mulheres brancas enfrentaram e continuam enfrentando discriminação no espaço privado, onde sempre foram subjugadas ao poder do chefe da família, mulheres indígenas de algumas tribos, como visto, anteriormente, vivenciam uma forma de colaborativa de convivência, onde o homem e a mulher possuem tarefas distintas, porém, sendo todas valorizadas.

Dado o exposto, considera-se que existem uma gama de diversidade de formas de exercer a maternagem e, a cultura envolvente e a cultura própria influenciam nesse processo.

Considerações finais

Diante do objetivo geral da pesquisa de refletir como se diferencia a organização da maternagem hegemônica patriarcal com a maternagem de povos indígena no Brasil, ao finalizar o trabalho, atenta-se para alguns aspectos. Nesse sentido, percebe-se que o patriarcado tem influenciado de maneira contundente nas formas de maternar, dependendo a cultura e, no caso da cultura hegemônica ocidental, a maternagem se apresenta como uma imposição às mulheres, relegando o espaço privado a elas,

enquanto os homens permanecem no espaço público. Isso tem gerado muitas desigualdades, pois existe uma naturalização da maternagem, como sendo papel feminino e, por conseguinte, uma sobrecarga às mulheres que assumem jornada dupla de trabalho: o cuidado com a prole e as obrigações doméstica, enquanto, ao mesmo tempo, precisam trabalhar fora de casa. Isso denota uma forte influência do patriarcado que, foi se adequando à lógica do capital e tem afetado de forma muito contundente a vida das mulheres.

Muito embora o Brasil tenha uma diversidade bem grande de povos indígenas e, cada qual com sua cultura específica, percebe-se que existem alguns aspectos que são similares com os das mulheres não indígenas, como o fato da amamentação e do cuidado com prole. Porém, percebe-se que, em alguns grupos indígenas, onde o patriarcado ainda não se faz tão presente, mulheres indígenas ainda preservam formas distintas de maternar, revelando valores culturais mais sistêmicos e sem a pressão de ter que ocupar-se ou criar filhos/as moldados para o mundo capitalista patriarcal. Por sua vez, como no caso do povo *Kaingang*, aqui estudado, a cultura envolvente tem afetado na forma de maternar das mulheres desses povos.

Referências

- ANGELIN, Rosângela; HAHN, Noli Bernardo. *Movimentos feministas e a vida das mulheres: (re)construindo possibilidades emancipatórias*. Curitiba: CRV, 2019, p. 45.
- BADINTER, Elisabeth. *Um é o Outro: relações entre os homens e mulheres*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- BEAUVOIR, Simone de. O Segundo sexo. Trad. Sérgio Milliet. 2 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009, 2v. In: CHAKIAN, Silvia. *A Construção das Mulheres: histórico, limites e diretrizes para uma proteção penal eficiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 23.
- BORDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 2 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- CHAKIAN, Silvia. *A construção dos direitos das mulheres: histórico, limites e diretrizes para uma proteção pela eficiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil: família e sucessões.* v. 5. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

COSTA, Sérgio; WERLE, Denilson Luís. *Reconhecer as diferenças: liberais, comunitaristas e as relações raciais no Brasil.* Disponível em: https://novoestudos-uol.com.br/v1/files/uploads/contents/83/20080627_liberais_comunitaristas.pdf Acesso em: 12 set. 2023.

DREHER, Andressa. *Maternidade Indígena:* como os indígenas vivenciam o parto, a amamentação e a criação dos Filhos. Disponível em <https://azmina.com.br/reportagens/maternidade-indigena/> Acesso em: 18 ago., 2023.

DRUCKERMAN, Pamela. *Livro Explica porque crianças francesas são mais comportadas do que em outras partes do mundo.* 2012. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/dnna/noticia/2012/02/livro-explica-por-que-criancas-francesas-sao-mais-comportadas-do-que-em-outras-partes-do-mundo> Acesso em: 18 ago. 2023.

EGERT, Renata; LOCATELLI, Liliana. Sociedade de Consumo, meios de comunicação e conflito. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; DEL'OLMO, Florisbal de Souza [Orgs.]. *Diálogos e entendimentos: Direito e Multiculturalismo e Cidadania e Novas Formas de Solução de Conflitos.* v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 120-121.

EISLER, Riane. *O cálice e a espada:* nosso passado, nosso futuro. Tradução Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2007.

ENGELS, Friedrich. *A origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado.* Texto Integral. 2. ed. São Paulo: Escala, 2005.

GIDDENS, Anthony. *A Terceira Via.* Tradução Maria Luiza X. De A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2005.

GRAZIUSO, Bruna Kern. *Úteros e fronteiras: gestação de substituição no Brasil e nos Estados Unidos.* Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo.* Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HAHN, Noli Bernardo; DUARTE, Letícia Rieger. *Educar para*

uma Cultura dos Direitos Humanos. In: MADERS, Angelita Maria; ANGELIN, Rosângela [orgs]. *Direitos Humanos e Sociais à Luz da Teoria da Complexidade de Edgar Morin*: discussões acerca de sua efetivação no Brasil. Santo Ângelo: FURI, 2012.

JACODSEN, Joziléia Daniza. O papel das avós na criação das crianças indígenas. In: DREHER, Andressa. *Maternidade Indígena: como os indígenas vivenciam o parto, a amamentação e a criação dos Filhos*. 2020. Disponível em <https://azmina.com.br/reportagens/maternidade-indigena/> Acesso em: 18 ago., 2023.

KNIBIEHLER, Yvonne. In: BADINTER, Elisabeth. *Um é o Outro: relações entre homens e mulheres*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 81-82.

MOREIRA, Antônio Flávio Barbosa. A recente produção científica sobre currículo e multiculturalismo no Brasil (1995-2000): avanços, desafios e tensões. *Revista Brasileira de Educação*. n. 18, p. 65-153. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbedu/a/zXL3fYg89Xrh4jQRJWXGydd/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 18 ago. 2023.

NEWMAN, Katherine S. *Laços que prendem: Interpretações culturais sobre a maturidade tardia na Europa Ocidental e no Japão*. Cadernos PAGU, v. 32, p. 43-82 .Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cpa/a/KzzkTLZsM6yhMPMPynPyFMk/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 18 ago. 2023.

PAULO, Beatrice Marinho. Ser mãe nas novas configurações familiares: a maternidade psicoafetiva. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. v.9, abri/maio. Porto Alegre: Magister, 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PITOLI, Gisele. WAMBIER, Sandro Marlus. Cidadania e Manutenção da Cultura e Identidade Étnica das Populações Indígenas no Paraná. Produção didático-pedagógica. Programa de Desenvolvimento Educacional – PDE 2016/2017. Universidade Federal do Paraná. *Cadernos PDE - Os desafios da escola pública paranaense na perspectiva do professor PDE*, v. II, 2016. Disponível em: http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/cadernospde/pdebusca/producoes_pde/2016/2016_pdp_hist_ufpr_giselepitoli.pdf.

Acesso em: 18 ago. 2023

RANGEL, Lúcia Helena. Elo e sentido na maternidade indígena. *Entrevista online para Patrícia Fachin*. Instituto Humanistas Unisinos, Edição 359, 2011. Disponível em: <https://www.ihuonline.unisinos.br/artigo/3804-lucia-helena-rangel->. Acesso em: 18 ago., 2023.

SAFFIOTTI, Heleieth I. B. *A mulher na sociedade de classes*. 3. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2013.

SILVA, Luís Antônio Vieira da. *História interna do direito romano privado até Justiniano*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2008. 324 p. -- Edições do Senado Federal, v. 106. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/573543/000856362_Historia_interna_direito_romano.pdf. Acesso em: 18 ago., 2023.

WALD, Arnold. *Direito de Família*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

Capítulo 15

DIREITO, ANOMIA SOCIAL E INSEGURANÇA JURÍDICA: UMA LEITURA DO DIREITO BRASILEIRO A PARTIR DAS EXPECTATIVAS NORMATIVAS

Luíse Pazini de Albuquerque
Adalberto Narciso Hommerding¹

Introdução

A teoria sistêmica de Niklas Luhmann entende a sociedade como um grande sistema, cujo regular funcionamento depende diretamente da harmonia dos subsistemas e, em especial, do sistema jurídico, que a formam. O Direito, nesse contexto, é compreendido como um subsistema dotado de características próprias, que se legitima socialmente a partir das expectativas normativas que estabelece. Quando essas expectativas, todavia, são frustradas, isso repercute sobre o funcionamento do todo, fazendo com que as pessoas não saibam mais o que esperar do subsistema jurídico, já que ele, constantemente, descumpre suas finalidades. Este é o objeto de análise do artigo: o contexto de insegurança jurídica e de “anomia”, conforme o conceito do sociólogo francês Émile Durkheim, que decorre da quebra das expectativas normativas gerada pela aplicação ineficaz do sistema de Direito atualmente vigente.

Diante do exposto, embasado no método hipotético-dedutivo, de abordagem qualitativa, e em procedimento histórico de estudo bibliográfico e documental, o artigo apresenta o seguinte questionamento: Como o atual cenário de aplicação do Direito Brasileiro contribui para

1 Juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Sul, Pós-Doutor em Direito pela Universidad de Alicante, Espanha, Doutor em Direito pela UNISINOS e Mestre em Direito pela UFSC; Professor de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito na URI, campus de Santo Ângelo/RS

a quebra das expectativas normativas (Luhmann) e, consequentemente, amplia a anomia e a insegurança jurídica na sociedade?

A título de hipótese prévia, pode-se afirmar que o Direito, na forma como o é aplicado, nem sempre consegue atingir os fins a que as normas se destinam, mas, ao contrário, sua aplicação amplia, por vezes, a condição de instabilidade e desordem. Estabelece-se, assim, um contexto de anomia, traduzido pelo sociólogo francês como a desintegração das normas jurídicas, em que essas, embora formalmente previstas, muitas vezes tornam-se insuficientes em efetivar aquilo que preveem. Nesse sentido, tem-se um cenário em que o próprio Direito, ao ser aplicado pelo Estado, quebra as expectativas normativas construídas socialmente sobre ele e acaba contribuindo à insatisfação e à insegurança jurídica, repercutindo no mau funcionamento da coletividade.

Para responder ao problema central desta investigação, no primeiro capítulo, o artigo busca compreender os conceitos e as finalidades do Estado e do Direito, este como instrumento fundamental daquele, bem como a relação entre eles e a sociedade; no segundo capítulo, busca compreender o conceito de “anomia social”, trazido por Émile Durkheim, bem como o contexto de “quebra das expectativas normativas”, à luz da Teoria Sistêmica de Niklas Luhmann, traçando a relação direta entre ambos os conceitos e a insegurança jurídica que os perpassa; e no terceiro capítulo, respondendo ao problema do trabalho, segue pela análise de alguns casos concretos, a fim de exemplificar como o atual cenário de aplicação do Direito Brasileiro contribui para a quebra das expectativas normativas e, consequentemente, amplia a “anomia” e a insegurança jurídica na sociedade.

Estado, Direito e sociedade

O Estado é uma instituição social amplamente estudada e debatida no campo das ciências sociais e humanas, caracterizando-se pela complexidade no que tange às suas finalidades, origem e reflexos sobre a vida humana. Não é à toa, portanto, que inúmeras são as teorias que tentam entender e explicar o Estado, não havendo, assim, um único conceito ou entendimento acerca daquele, mas, ao contrário, ideias e pontos de vista diversos que tentam defini-lo, em suas distintas

formas de organização. (MALUF, 2022). Dalmo de Abreu Dallari, após reforçar sobre os desafios em se conceituar o Estado, sintetiza-o “[...] como a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território.” (DALLARI, 2011, p. 122).

Maluf, trazendo conceito que muito vai ao encontro daquele apresentado por Dallari, afirma que “[...] o Estado é o órgão executor da soberania nacional” (2022, p. 16), formado pela presença de três institutos estruturantes: população, território e governo. Acrescenta, ainda, que, ausente algum desses elementos, a organização sociopolítica perde a plena qualidade de “Estado”. (MALUF, 2022). Nessa perspectiva, embora a dificuldade de se estabelecer um conceito único, e mesmo se verificando as inúmeras tentativas nesse sentido, é possível que se compilem elementos característicos e fundamentais desta instituição, que são comumente verificados nos mais variados conceitos estabelecidos e que sintetizam a definição do termo.

A partir de tais compreensões, e interligando os institutos elementares do Estado, vem à tona o conceito de Direito, que se caracteriza como instrumento pelo qual aquele exerce a soberania nacional e governa a população de seu território. Conforme leciona Marçal Justen Filho, embora existam normas jurídicas que se constroem no âmbito das relações privadas; na maioria das vezes elas são provimentos que emanam do ente estatal, cabendo a este aplicar os recursos necessários para assegurar a observância daquelas, inclusive mediante o uso da força física. É o que caracteriza a tutela estatal sobre a norma jurídica. Não há, portanto, como compreender o Estado sem que as formas de regulamentação por ele utilizadas em prol dos seus fins sejam também analisadas. (JUSTEN FILHO, 2021).

Entende-se, assim, que o Direito é compreendido como um conjunto de regras fixadas e “[...] destinadas a prevenir e extinguir conflitos de interesses [...]”, individuais e coletivos, que possam vir ocorrer na sociedade. Além disso, estabelece-se como “[...] instrumento para a alteração da realidade [...]”, que “[...] passa a prever incentivos para obter condutas socialmente desejáveis [...]”, e “[...] disciplina a atuação dos órgãos estatais na implantação e no desenvolvimento de ações [...]” (JUSTEN FILHO, 2021, p. 47). É evidente, portanto, que, sendo instrumento do Estado em prol do bem-estar coletivo, o Direito e seus modos de aplicação sofrem variações a depender das características e ideologias de cada Estado e sua forma de administração.

Verifica-se, assim, que além do aspecto jurídico, que o vincula à lei, o Estado assume, ainda, o caráter político, isto é, de tomada de decisões e desenvolvimento de ações compatíveis com a realidade e necessidades da sociedade a que visa atender. Isso para evitar que se torne um ente meramente dogmático, cujas normas sejam incapazes de atender aos interesses sociais. Tem-se, portanto, a existência de uma realidade jurídica e de uma realidade política, ambas, por sua vez, influenciando-se reciprocamente, o que confere ao Estado o poder político que ele detém. E é nesse aspecto, por exemplo, que a Teoria Geral do Estado se diferencia da Ciência Política, já que a primeira não se limita ao viés relativo à tomada de decisões, mas, também, se preocupa com o aspecto jurídico dessas decisões, ou seja, com a legitimidade e a legalidade dos meios de ação do Estado na sociedade. A partir disso, portanto, resta evidente que, além do vínculo direto entre o Estado e o Direito, ambos são também indissociáveis do meio social. (DALLARI, 2011).

Desde a filosofia contratualista, pensadores como Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau – em que pesem as diferenças entre suas teorias - já tinham o ente estatal e a lei como necessidades sociais, em prol da superação do estado de natureza, surgindo a partir da celebração de um contrato fictício pela coletividade. Metaforicamente falando, o contrato social era um pacto, consistente em um ato racional e consciente, em que as pessoas transfeririam seus direitos a um terceiro, para que este pudesse minimizar o estado de guerra. É aí que surgiria a figura do Estado, enquanto poder responsável por manter os homens “[...] dentro dos limites consentidos [...]” (DALLARI, 2011, p. 25), e por obrigá-los, “[...] por temor ao castigo, a realizar seus compromissos e à observância das leis da natureza [...].” (DALLARI, 2011, p. 25). Logo, o Estado e, consequentemente, o Direito seriam resultados da existência humana, não existindo antes do surgimento da sociedade, tampouco sendo dela dissociados, mas, ao contrário, integrando o processo civilizatório. (FILHO, 2021).

Ainda, parte da Ciência Política, do Direito e dos seus teóricos, sintetiza as relações descritas até aqui a partir da Teoria Tridimensional do Estado, traduzindo-o em três elementos conjugados e co-dependentes entre si. O primeiro deles diz do elemento de “fato”, referindo-se à existência de relação social marcada pelo permanente poder estatal, responsável por diferenciar subordinados e governantes. O segundo

elemento trata do “valor”, relativo ao motivo que enseja o exercício do poder. E, por fim, o terceiro diz com a existência do complexo de normas que servem de mediação e instrumento desse poder para a atualização e formação de valores sociais. (REALE, 2013). Tem-se, assim, o Estado enquanto “[...] unidade integrante de seus três momentos ou valências [...]”. (REALE, 2013, p. 400).

Nessa perspectiva, Estado, Direito e sociedade são institutos cujos conceitos se integram reciprocamente, de modo que a existência de um reflete diretamente sobre o outro. Conforme ressalta Sahid Maluf “O Estado é uma organização destinada a manter, pela aplicação do Direito, as condições universais de ordem social. E o Direito é o conjunto das condições existenciais da sociedade, que ao Estado cumpre assegurar.” (2022, p. 09). Evidente, portanto, que, quando um deles se modifica, isso implica a necessidade de transformações quanto aos demais, de modo que o Estado e o Direito, diante da evolução social, busquem adaptar-se às novas demandas que surgem. (DALLARI, 2011).

Ocorre, todavia, que, considerando a complexidade das relações sociais, nem sempre o Estado e o Direito conseguem dar conta de atender às finalidades de organização e bem-estar da coletividade, e por vezes, mostram-se bastante ineficazes, contribuindo à desordem e à insegurança jurídica. É o que será descrito nos próximos capítulos, a partir dos contextos de “anomia”, trazido por Émile Durkheim, e de desintegração das expectativas normativas, à luz da Teoria Sistêmica de Niklas Luhmann.

Anomia social, expectativas normativas e insegurança jurídica

O Direito, nas palavras de Niklas Luhmann, existe “[...] como um meio de integração da sociedade em sua globalidade [...]” (LUHMANN, 1983, p. 92), visando, em síntese, a organização e o bem-estar da coletividade pelo Estado. É por meio das leis que a instituição estatal busca, desde sua origem, atender às necessidades e anseios sociais, do que decorre que Estado e Direito nem sempre foram compreendidos da forma como hoje são. Desse modo, conforme descrito no primeiro capítulo, não há dúvidas da relação direta entre o Estado,

o Direito e a Sociedade, cujas finalidades integram-se e transformam-se reciprocamente.

Ocorre que, considerando a complexidade das relações sociais, o ordenamento jurídico, por vezes, mostra-se como instrumento bastante insuficiente, e, ao ser aplicado pelo Estado, nem sempre atende às finalidades a que ambos se prestam. Ao contrário, verificam-se situações em que Estado e Direito acabam contribuindo à desordem e à insegurança jurídica. Nessa perspectiva, o sociólogo francês Émile Durkheim trouxe à tona o conceito de anomia, palavra de origem grega, derivada de *anomos*, em que o prefixo “a” significa “ausência” ou “inexistência” e “*nomos*” significa “lei” ou “norma”. No caso do Direito, anomia, portanto, representa o estado de ausência ou desintegração das normas jurídicas, evidenciando a ineficácia de direitos e das garantias legais. Verifica-se, assim, uma relação bastante paradoxal: de um lado, a consagração de um Estado de Direito, que se pauta na lei como instrumento de ordem e pacificação; de outro, a desordem decorrente de uma aplicação legal insuficiente.

Um melhor entendimento acerca do conceito de anomia pode ser obtido a partir da análise da obra de Durkheim intitulada “Da Divisão do Trabalho Social”. Nela o autor analisa as relações de trabalho, enfatizando a divisão do trabalho social como elemento fundamental à consolidação de uma sociedade solidária. Ou seja, Durkheim coloca a divisão do trabalho como órgão necessário ao funcionamento do organismo, de modo que, se aquela não ocorresse, este pararia de funcionar. Tal divisão, por sua vez, dar-se-ia, justamente, por meio de normas de regulamentação e de organização, a fim de que o trabalho, assim, pudesse cumprir sua função social dentro do todo. (DURKHEIM, 1999). Nesse sentido, “[...] se a divisão do trabalho não produz a solidariedade, é porque as relações entre os órgãos não são regulamentadas, e porque elas estão num estado de anomia.” (DURKHEIM, 1999, p. 385).

Uma das versões da Teoria Sistêmica, apresentada pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann, complementa os estudos de Durkheim, possibilitando elaborar uma análise das expectativas normativas e sua função dentro do Direito. Primeiramente, Luhmann define que a sociedade é um grande sistema social, formado por um conjunto de subsistemas que integram sua complexidade. O autor diferencia os conceitos de “sistema” e “ambiente”, estabelecendo o segundo como

o entorno externo no qual o primeiro estaria inserido, sendo dotado, por sua vez, de maiores complexidades e possibilidades que aquele. Ambos, todavia, assumiriam relação direta, pois os primeiros, mesmo apresentando certo “fechamento” em si mesmo, seriam, sempre, determinados, pressupostos e limitados pelo segundo, no qual estariam inseridos. (LUHMANN, 2016).

Para Luhmann, o Direito seria um dos “sistema-parte” da sociedade, isto é, um subsistema que integraria o todo, com as características de um ente operativamente fechado, autorreferente e autopoietico. Isso significa que, em regra, no Direito a aplicação das leis deve observar e reproduzir seus próprios componentes, a partir de “operações recursivamente fechadas”, não podendo importá-los de um sistema externo, a fim de que sua função possa ser garantida. (LUHMANN *apud* GONÇALVES, 2013). Mesmo assim, enquanto subsistema, conforme referido, o Direito assume vinculação direta com a sociedade em que se encontra inserido, sofrendo repercussões de acordo com as transformações sociais. Nesse sentido, surgem as expectativas normativas, enquanto aquilo que as pessoas esperam do sistema legal, o que confirma a relação recíproca entre a sociedade e o Direito, já que este visa, em síntese, atender aquilo que dele se espera. (LUHMANN, 2016).

Nessa perspectiva, as expectativas normativas devem ser entendidas não como “[...] um estado de consciência atual de determinado indivíduo, mas um aspecto temporal do sentido de comunicações” (LUHMANN, 2016, p. 100), ou seja, como estabilidades específicas produzidas pela sociedade sobre as normas jurídicas e seus símbolos, que denotam as necessidades e anseios visados pela sociedade. Desse modo, as normas jurídicas constituem um “[...] arcabouço de expectativas simbolicamente generalizadas” (LUHMANN, 2016, p. 103), em que a coletividade passa a confiar. A função do Direito, enquanto instrumento estatal, é, portanto, de efetivar ou estabilizar essas expectativas, solucionando um problema temporal que sempre se verifica na comunicação social, buscando, assim, estabilizar o ambiente coletivo, especialmente quando a comunicação não é suficiente. (LUHMANN, 2016).

Considerando, todavia, a complexidade da realidade e das expectativas que se constroem, verifica-se que as normas nem sempre conseguem atender a tal fim e, por vezes, não são capazes de dar conta

da estabilização social necessária. Isso porque, muitas vezes, aquilo que se espera da lei não é, de fato, contemplado, verificando-se, diante da frustração das expectativas, a desaprovação dos símbolos legais pelos homens. Nessas situações, portanto, passam-se a se exigir novas conotações do sistema jurídico, pelo fato de que as normas deixam de ser respeitadas ou não mais conseguem se impor, o que faz com que o sistema tenha de recorrer a formas bastante imediatas em prol da recuperação da confiança dos indivíduos. Demonstra-se, assim, que, ao invés de estabilizar e ordenar a sociedade, a aplicação do Direito, ao frustrar demasiadamente as expectativas normativas, acaba desestabilizando e desordenando a sociedade, estabelecendo-se o cenário de insatisfação, insegurança e instabilidade do ambiente. (LUHMANN, 2016).

É assim, portanto, que se verifica a relação direta entre o contexto de anomia, de Durkheim, e de desintegração das expectativas normativas, na visão da Teoria Sistêmica de Luhmann, ambos traduzidos no cenário de ineficácia do Estado e do Direito em garantir aquilo que a sociedade espera de sua atuação. Nesses casos, contrariando suas finalidades primordiais – conforme discorrido no primeiro capítulo – o ente estatal e, claro, o sistema jurídico acabam, na verdade, potencializando a insegurança jurídica na sociedade. Para fins de exemplificação do que se está a dizer é que o terceiro capítulo abordará casos concretos, permitindo ao leitor uma maior compreensão do que vem sendo dito até aqui.

A influência do atual cenário de aplicação do direito brasileiro à quebra das expectativas normativas

Compreendendo que a função do Direito, sistematicamente falando, ou seja, a partir da visão sociológica, de observação da observação, é estabilizar e manter as expectativas normativas, atendendo às demandas e necessidades sociais, e que, diante do descumprimento de tal finalidade, verifica-se a anomia, marcada pela insatisfação e insegurança social, passa-se, neste capítulo, à análise de algumas situações concretas que evidenciam essa realidade. Busca-se, assim, responder ao problema deste texto, elucidando, por meio de situações fáticas, como o atual cenário de aplicação do Direito Brasileiro contribui para a quebra

das expectativas normativas, consequentemente ampliando a “anomia” e a insegurança jurídica na sociedade.

Em uma primeira análise, podem ser destacadas situações em que a anomia se dá em razão da inexistência de norma regulamentadora, cujos casos concretos, por sua vez, passam a exigir a aplicação suplementar ou análoga de outros dispositivos existentes. O art. 37, inciso VII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), por exemplo, estabelece que o direito de greve, no âmbito da administração pública, será exercido nos limites estabelecidos por lei específica. (BRASIL, 1988, s.p.). Ocorre, todavia, que ainda não houve, no ordenamento jurídico brasileiro, qualquer legislação destinada a tal regulamentação, tendo sido necessário que o Supremo Tribunal Federal, após o julgamento dos Mandados de Injunção nº 670/ES (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2007, s.p.), nº 708/DF (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2007, s.p.) e nº 712/PA (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2007, s.p.), determinasse a aplicação subsidiária da Lei nº 7.783/1989, isto é, a Lei Geral de Greve (BRASIL, 1989, s.p.), aos casos que, todavia, deveriam ser regulados por lei especial. Esse é apenas um dos breves exemplos que demonstram que o próprio sistema não garante aquilo que promete, uma vez que da leitura da Carta Magna (BRASIL, 1988, s.p.) cria-se a expectativa de que o direito de greve do servidor público será devidamente regulamentado, expectativa essa que, no entanto, acaba por ser frustrada pela falta de lei nesse sentido.

Outros casos ainda se verificam nas previsões do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988 (ADCT) (BRASIL, 1988, s.p.), pois muitas delas dispõem que serão aplicadas somente até que seja promulgada Lei Complementar. Ocorre, todavia, que em diversas situações previstas tal lei ainda não existe, e as disposições, que deveriam se aplicar “transitoriamente”, continuam válidas, desde 1988. É por exemplo o caso do art. 10, inciso I, do ADCT da CRFB de 1988 (BRASIL, 1988, s.p.), que regulamenta a multa do FGTS a ser paga ao empregado nos casos de dispensa sem justa causa, e que, todavia, conforme já referido, deveria aplicar-se apenas até que nova norma regulamentadora específica fosse criada. Ocorre que, embora a legislação do FGTS tenha, inclusive, sido posteriormente atualizada, sendo hoje vigente a Lei nº 8.036/1990 (BRASIL, 1990, s.p.), nada naquele sentido foi regulamentado. Permanece-se, assim, quanto ao valor da multa compensatória, aplicando-se o disposto no ADCT da

CRFB de 1988 (BRASIL, 1988, s.p.), pela falta da regulamentação que a própria Constituição afirma que deveria existir.

Em uma segunda análise, coloca-se diante de situação de anomia gerada não mais pela ausência de norma, já que existe disposição legal expressamente prevista, mas, sim, pelo fato de que sua aplicação entra em conflito com aquilo que se espera do dispositivo. Da leitura do artigo 85 da Lei nº 7.210/1984, Lei de Execução Penal, por exemplo, depreende-se que “O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade.” (BRASIL, 1984, s.p.), do mesmo modo que a duração razoável e célere do processo também é estabelecida no art. 5º, inciso LXXVIII, da CRFB/88. (BRASIL, 1988, s.p.). Apesar de tais disposições legais, em recente notícia divulgada pelo G1 de São Paulo, discorrendo acerca da população carcerária, com base em dados da 17ª edição do Anuário Brasileiro de Segurança Pública publicado no ano de 2023, é possível constatar que “5 mil cidades têm menos moradores do que o total de presos no Brasil; 1 em cada 4 não foi julgado.” (POPULAÇÃO..., 2023, s.p.). Neste caso, a partir da leitura das disposições legais referidas, embora se tenha a expectativa da garantia de que a estrutura dos presídios atenda ao número de presos e de que os processos assumam razoável e célere duração, não é o que se verifica quando se está diante da aplicação da norma na realidade. Ou seja, embora o direito seja formalmente assegurado pelo símbolo da norma, na verdade, na prática, não se sabe o que esperar do sistema, novamente verificando-se a ineficácia da forma e a não concretização da garantia.

Outros casos que se enquadram nessa segunda situação de anomia, isto é, a que decorre do conflito entre a realidade formal e a realidade material, são situações relacionadas à eficácia dos direitos fundamentais, cujas violações, na prática, são intensas. É, por exemplo, o que se verifica quanto ao direito à educação, previsto no artigo 6º e nos artigos 205 a 214, todos da CRFB (BRASIL, 1988, s.p.), que estabelecem ser a educação dever do Estado e da família, em prol de todo e qualquer indivíduo. Dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) Contínua: Educação 2022, levantados pelo IBGE, demonstram, porém, que “De 2019 para 2022, a taxa de escolarização das crianças de 4 a 5 anos caiu de 92,7% em 2019 para 91,5% em 2022.” (GOMES; FERREIRA, 2023, s.p.). Além disso, “Cerca de 18,3% dos jovens de 14 a 29 anos não concluíram o ensino médio, seja

por abandono ou por nunca terem frequentado a escola.” (GOMES; FERREIRA, 2023, s.p.). Ou seja, embora o direito esteja previsto, enquanto garantia fundamental à educação, na realidade não é atendido integralmente e, constantemente, as expectativas relacionadas à norma são frustradas.

Ainda, poder-se-ia destacar uma terceira situação, ocorrida com frequência e que também demonstra a insegurança potencializada pelo ordenamento jurídico, consistente na existência de conflitos normativos. Diz com os casos em que existe mais de uma norma regulamentando o mesmo tema, estabelecendo-se dúvidas quanto a sua aplicação. A título exemplificativo, por exemplo, destaca-se o art. 835, caput, e §1º, do Código de Processo Civil, que estabelece ordem de penhora a ser observada “preferencialmente”, colocando a constrição de “dinheiro” como sendo prioritária. (BRASIL, 2015, s.p.). A súmula 417 do STJ, no entanto, é preciso ao esclarecer que “[...] a penhora de dinheiro na ordem de nomeação de bens não tem caráter absoluto.” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2010, s.p). Desse modo, um indivíduo da sociedade, sobretudo sem conhecimento técnico quanto à lei, estando submetido a um processo executório, por exemplo, sequer sabe o que esperar de uma decisão judicial relativa ao bloqueio de seus bens, tendo em vista que o próprio sistema, internamente controvertido, não lhe garante qualquer segurança. A dificuldade, pois, está não apenas na aplicação da lei, mas, inclusive, na definição, pelos indivíduos, quanto às expectativas a serem estabelecidas sobre a disposição legal.

Ainda, caso bem semelhante foi verificado em recente julgamento do STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.865 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2023, s.p.), em que o Supremo decidiu que a função social da propriedade é requisito fundamental para impedir a desapropriação de terras produtivas. Na decisão, o Supremo ratificou o artigo 186 da CFRB/88, afirmando a necessidade do cumprimento cumulativo dos critérios econômico, social e ecológico, para que se considere o cumprimento da função social da propriedade, de modo que, diante do descumprimento de ao menos um dos critérios, aquela restaria prejudicada, legitimando-se, então, a desapropriação do bem para fins de reforma agrária, conforme o artigo 184 da Carta Magna. O grande conflito, todavia, deu-se pelo fato de que, na mesma Constituição, em seu artigo 185, inciso II, há a previsão clara e expressa de imunidade às propriedades produtivas, segundo a qual bastaria o

preenchimento do critério econômico (produtividade) para vedar a desapropriação. Tal entendimento protetivo era o que vinha há anos se aplicando nas decisões jurídicas. Com a decisão do STF, porém, vieram à tona as controvérsias existentes no texto constitucional, estabelecendo-se cenário de incerteza acerca da possibilidade ou não de desapropriar imóveis que, embora produtivos, descumpram os demais requisitos da função social como, por exemplo, por contarem com irregularidades ambientais ou trabalhistas. Na prática, as repercussões desse julgamento são bastante significativas, uma vez que as propriedades rurais brasileiras dificilmente atendem de forma precisa a todos os requisitos da função social, e, de acordo com o entendimento do STF, qualquer irregularidade nesse sentido seria suficiente a ensejar a desapropriação. Tem-se, assim, um evidente caso de anomia, já que o proprietário rural não sabe o que esperar do sistema jurídico e não mais conta com a aplicação da proteção constitucional que garantia que, se produzisse, não seria desapropriado. O afastamento de uma das disposições legais, pelas controvérsias internas do texto da lei bem como pela decisão referida, frustra, assim, a expectativa do proprietário.

Os casos acima referidos são apenas breves exemplos que demonstram que, mesmo diante da existência de um sistema jurídico, tal não significa que ele seja eficaz e seguro a atender às necessidades e demandas sociais. Ao contrário, pode apresentar omissões, falhas e conflitos internos que contribuem diretamente ao aumento da insegurança jurídica e da instabilidade social. Na primeira situação citada, observam-se dois exemplos em que a falta de regulamentação gera a incerteza acerca de como solucionar o caso concreto, que, consequentemente, passa a exigir a aplicação subsidiária de outros dispositivos. Na segunda situação, com os exemplos relacionados às garantias constitucionais do preso e da razoável duração do processo, e quanto aos direitos fundamentais, em especial o direito à educação, verifica-se que a forma como se aplica o símbolo vai de encontro àquilo que se espera de sua disposição. Na terceira situação, que trouxe os exemplos relacionados à ordem de penhora e à desapropriação de terras produtivas, por sua vez, há casos em que, por vezes, sequer se sabe o que esperar da aplicação da norma, pois o próprio sistema jurídico estabelece a confusão e o conflito internos.

O cenário discorrido, portanto, conclui que a atual aplicação do Direito Brasileiro contribui diretamente à formação de um contexto de

anomia e de insegurança jurídica, isto é, para uma realidade em que as expectativas normativas são, por vezes, frustradas, em decorrência da ineficácia do sistema para atender às demandas e garantias socialmente esperadas.

Conclusão

A aplicação do Direito, este enquanto instrumento estatal, por vezes, mostra-se bastante ineficaz para atender às demandas e anseios sociais, estabelecendo o contexto de anomia, conforme definido por Émile Durkheim, e desintegrando as expectativas normativas que socialmente se estabelecem, nos termos explicitados pela Teoria Sistêmica de Niklas Luhmann. Nesse contexto, verifica-se a formação de um cenário de insegurança jurídica, em que as pessoas não sabem mais o que esperar do sistema de Direito, uma vez que aquilo que ele promete, frequentemente, deixa de se efetivar. É o que se procurou demonstrar a partir deste artigo, cujo problema norteador restou: como o atual cenário de aplicação do Direito Brasileiro contribui àquebra das expectativas normativas, conforme a Teoria Sistêmica de Niklas Luhmann, e, consequentemente, amplia a “anomia” e a insegurança jurídica na sociedade?

Para responder à questão, o primeiro capítulo discorreu brevemente sobre os conceitos de Estado e de Direito, este, em síntese, entendido como instrumento daquele em prol da regulação e do bem-estar social. E, desse modo, concluiu-se pela relação recíproca entre Estado, Direito e Sociedade, uma vez que, a finalidade dos dois primeiros é atender às demandas e transformações da última, motivo pelo qual estão em constante adaptação. Ou seja, não há falar em Direito e Estado sem que exista uma sociedade que os fundamente.

Ocorre, porém, que nem sempre as finalidades ideais do Estado e do Direito são atingidas. Ao contrário, por vezes, verifica-se um Poder e uma Lei que não dão conta de regulamentar e atender às demandas sociais. Nesses casos, conforme discorrido no segundo capítulo, com base nas ideias de Durkheim e de Luhmann, coloca-se diante do contexto de anomia social, entendido a partir da desintegração das expectativas normativas, quando a sociedade deixa de confiar no sistema. E, como

consequência, a insegurança jurídica toma conta, a exemplo de situações casuísticas, descritas no terceiro capítulo.

Em síntese, a hipótese inicialmente levantada, como resposta ao problema do artigo, restou confirmada. A ineficácia na atual aplicação do Direito Brasileiro, conforme os casos exemplificados, contribui diretamente ao contexto de anomia social e de desintegração das expectativas normativas, ampliando a insegurança jurídica na sociedade. E para que se obtenham perspectivas positivas acerca do tema imprescindível que os operadores de direito e juristas, primeiramente, reconheçam as atuais falhas da atividade jurídica e, em seguida, estejam abertos ao estudo deste cenário e dos instrumentos legais que hoje vigem no Brasil. Isso para que se possam encontrar novos caminhos de interpretação e aplicação dos dispositivos, em prol da efetivação das garantias e dos direitos objetos de demandas e anseios sociais. Só assim o Estado e o Direito conseguirão cumprir suas finalidades de regulamentação e bem-estar coletivos, proporcionando a segurança jurídica na sociedade.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Brasília, DF: Presidência da República. [2022]. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.
Acesso em: 15 set. 2023.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 25 de 15 de maio de 1985.

Brasília, DF: Presidência da República. [1985]. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc25-85.htm. Acesso em 25 maio 2024. (Revogada pela Constituição Federal de 1988).

BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Lei de Execução

Fiscal. Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 17 out. 2023.

BRASIL. Lei nº 7.783 de 28 de junho de 1989. Presidência da

República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.HTM. Acesso em: 15 set. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de

Processo Civil. Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 17 out. 2023.

BRASIL. Lei nº 5.107 de 13 de setembro de 1966. Cria o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e dá outras Providências. Presidência da República. Disponível em:https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l15107.htm#:~:text=LEI%20No%205.107%2C%20DE%2013%20DE%20SETEMBRO%20DE%201966.&text=Cria%20o%20Fundo%20de%20Garantia,Art. Acesso em: 12 maio 2024.

BRASIL. Lei nº 8.036 de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8036consol.htm. Acesso em: 12 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 417. Na execução civil, a penhora de dinheiro na ordem de nomeação de bens não tem caráter absoluto. Superior Tribunal de Justiça, [2010]. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacao/institucional/index.php/sumstj/article/download/5328/5452>. Acesso em 17 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3865. Relator: Min. Edson Fachin. Publicado no DJE em 01 de setembro de 2023. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%210&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 12 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 670-9/ES. Relator: Maurício Correa. Publicado no DJE em 25 de outubro de 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>. Acesso em: 12 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 708-0/DF. Relator: Ricardo Lewandowski. Publicado no DJE em 19 de setembro de 2007. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaAgendaMinistro/anexo/mi708.pdf>. Acesso em: 12 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 712-8/PA. Relator: Eros Grau. Publicado no DJE em 25 de outubro de 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>. Acesso em: 12 maio 2024.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.**

30.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. 2. ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GOMES, Irene; FERREIRA, Igor. Em 2022, analfabetismo cai, mas continua mais alto entre idosos, preto e pardos e no Nordeste.

Agência IBGE Notícias. 07 de junho de 2023. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/37089-em-2022-analfabetismo-cai-mas-continua-mais-alto-entre-idosos-pretos-e-pardos-e-no-nordeste>. Acesso em: 25 maio 2024.

GONÇALVES, Guilherme L. **Teoria dos sistemas sociais**: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann. 1. ed. Disponível em: Minha Biblioteca, Editora Saraiva, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2. ed. Disponível em: Minha Biblioteca, (2nd edição). Grupo GEN, 2021.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito 1**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. Tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes - selo Martins, 2016.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. 36. ed. Disponível em: Minha Biblioteca, (36th edição). Editora Saraiva, 2022.

POPULAÇÃO CARCERÁRIA: 5 mil cidades têm menos moradores do que o total de presos no Brasil; 1 em cada 4 não foi julgado. **G1**. São Paulo. 20 de julho de 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2023/07/20/populacao-carceraria-do-brasil-e-maior-do-que-a-populacao-de-5-mil-municipios-1-em-cada-4-presos-nao-foi-julgado.ghml>. Acesso em 17 out. 2023.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 5. ed. Disponível em: Minha Biblioteca, Editora Saraiva, 2013.

Capítulo 16

DIREITO À LITERATURA: CONTRIBUIÇÕES DE HARPER LEE EM O SOL É PARA TODOS

Giovana Panzenhagen¹
Taciana Damo Cervi²

1 Introdução

Ler é sempre um ato de poder.
Manguel

Aliteratura tem sua importância reconhecida no desenvolvimento da personalidade, bem como na compreensão dos dilemas subjetivos e interpretação dos desafios sociais. Contemporaneamente, a perspectiva oferecida pela literatura para a interpretação jurídica tem sido considerada e, desperta a conexão entre os fatos da vida e o mundo jurídico. A partir das contribuições aventadas questiona-se: Qual a viabilidade de um direito à literatura a partir da abordagem do livro de Harper Lee - “O sol é para todos”?

A partir da pergunta condutora do estudo, previamente, tem-se como hipótese que a Literatura se configura como uma rica fonte de conhecimento para o Direito, oferecendo uma abordagem da perspectiva jurídica em diferentes contextos sociais. Além disso, ao incorporar questões jurídicas de forma integrada em obras literárias, como em “O Sol é para Todos”, cria-se uma ponte entre o Direito e os cidadãos, permitindo que temas frequentemente complexos se tornem mais acessíveis e próximos da realidade dos leitores.

Para levar a termo a pesquisa em tela, o trabalho encontra-se dividido em três momentos. Em uma primeira parte, pesquisa-se sobre o livro de Harper Lee - “O sol é para todos”, a fim de conhecer um

¹ Discente da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) Campus de Santo Ângelo. E-mail: gipanzenhagen@hotmail.com

² Doutora em Direito pela UFRGS. Professora de Direito na Universidade Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) Campus de Santo Ângelo.

pouco mais as questões referentes à literatura. Em momento posterior, aborda-se as percepções acerca do direito e seus reflexos em Maycomb, cidade cenário da obra. Por fim, no terceiro capítulo, reflete-se acerca das intersecções entre direito e literatura e a viabilidade de um direito à literatura.

O estudo segue o raciocínio firmado no método de abordagem indutivo e no método de procedimento hermenêutico por meio da pesquisa indireta de revisão bibliográfica e documental.

Considerações sobre *O Sol é para Todos*

A escritora norte-americana, Harper Lee, nascida no Estado do Alabama em 1926, obteve em seu cotidiano inspirações para a construção de um dos maiores clássicos da literatura. Transformou em peças fundamentais para a obra literária, as pessoas que a cercavam, e, principalmente, o cenário da sociedade na década de 30.

Harper Lee, filha de advogado e estudante de Direito, transformou o mundo real em inspiração para a obra “O sol é para todos”, apresentando ainda, o comportamento dos moradores de Maycomb a crua natureza humana. Propondo analisar o contexto social que envolvia os cidadãos da sociedade da época, bem como seus valores éticos e morais que repercutem na história da humanidade.

A narrativa, vencedora do Prêmio Pulitzer de Literatura, embora escrita em 1960, nos Estados Unidos, não possui delimitação geográfica e, tampouco temporal, pois sua história apresenta fatos característicos da época em que foi escrita mas que também perpassam décadas sendo repetidos no cenário contemporâneo mundial. Destaca-se assim, a atualidade e pertinência jurídica de “O sol é para todos”, no original *To kill a mockingbird*.

A narradora da história é Jean Louise Finch, uma menina de apenas seis anos, apresenta ao leitor sua perspectiva diante do cotidiano em Maycomb, uma cidade fictícia do interior, localizada no sul do Alabama. Scout, como a narradora é apelidada, divide seus dias com o irmão, Jem Finch, e com o pai, Atticus Finch, considerado um advogado renomado na cidade por seu senso de justiça e integridade moral. E é assim que, pela riqueza do olhar de uma criança, Lee propõe, além dos

mistérios criados pelo imaginário infantil, uma importante percepção acerca da complexidade da sociedade e do Direito.

A cidade de Maycomb, devido a localização geográfica, é caracterizada por altas temperaturas, o destaque descriptivo na coloração vermelha da terra dava maior enfoque ao calor no sul do Estado do Alabama. Scout descreve que tal mormaço fazia as pessoas moverem-se devagar, assim como o passar dos dias. Contudo, esse não era o único fator para tal vagar. A menina não deixa de mencionar a situação aquisitiva da cidade “Ninguém tinha pressa, pois não havia aonde ir, nada que comprar nem dinheiro para tal, nem nada para ver nos arredores do condado de Maycomb”. (Lee, 2021, p. 14). E nesse momento apresenta, ainda, um fator importante para o decorrer da história, Scout mesmo tão jovem, afirma-se tão atenta ao seu redor e expõe que “[...] o condado tinha tomado conhecimento de que não precisava ter medo de nada, só dele mesmo”. (Lee, 2021, p. 14). Contextualizando ao leitor, logo de início, que não eram apenas de bens materiais que carecia Maycomb.

O enredo de “O sol é para todos” enfatiza questões sociais de forma crítica. A problemática acerca de preconceitos racial e social, justiça e tolerância afirmam a relação intrínseca da obra com o ordenamento jurídico, e apresentam em Atticus, o advogado, uma visão exemplar sobre o operador do Direito. Por tamanha notoriedade, Atticus é escolhido para atuar na defesa de Tom Robinson, um homem negro que é injustamente acusado e condenado em decisões fundadas em preconceito. Tais complexidades do mundo adulto em uma sociedade repleta de controvérsias, provocam em Scout, uma criança, a perda de sua inocência.

É nesse contexto que surge a faísca para a criação do título original da obra - *To kill a mockingbird*, traduzido para o português *mockingbird* pode ser compreendido como o rouxinol, ave capaz de entoar sua melodia com excelente frequência sonora.

Ao longo da história seu nome é diversas vezes mencionado, porém sua primeira aparição reflete a essência do pássaro. Quando Scout e Jem ganham espingardas de ar comprimido, Atticus Finch avisa “Preferia que você atirasse em latas no quintal, mas sei que vai atrás dos passarinhos. Atire em todos os gaios que quiser, se conseguir acertá-los, mas lembre-se: é pecado matar um rouxinol”. (Lee, 2021, p. 118). Portanto o pássaro, que não destrói os jardins, não faz ninhos nas

plantações e apenas canta, assume o símbolo da inocência, da esperança. E tendo em vista um contexto social tão difícil, é importante que não se mate um rouxinol.

Com isso, tem-se que o título literalmente traduzido em “Para matar um rouxinol” não soa tão bem para o mercado literário. A ideia de “O sol é para todos” propõe incitar o ideal de liberdade, de igualdade independente de origem, cor, religião ou qualquer outro fator que possa gerar segregação. Tem-se então, conexão imediata com o contexto constitucional brasileiro que tem em seu artigo 5º a garantia de que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. (Brasil, 1988).

A escritora constrói importantes personagens para compor a narrativa em Maycomb, entre eles Calpúrnia, governanta na casa dos Finch, presente na vida e educação das crianças. O menino Dill que se torna amigo de Jem e Scout, participando das aventuras e enrascadas com o grupo. A senhorita Maudie, cotidianamente transmitindo importantes percepções sociais às crianças, e, principalmente, revelando à garota as injustas diferenças em ser mulher na sociedade. E, válido destacar também, a presença de Boo Radley, morador da cidade e um mistério para as crianças, um dos rouxinóis do enredo. (Lee, 2021).

Destaca-se como o livro apresenta a nítida separação de classe na descendência das famílias. A imaginação fértil de Scout, Jem e Dill, os impediam de deixar os Radley em paz, agindo de maneira misteriosa e raramente deixando o conforto do seu lar, instigavam as crianças a criar as mais diversas histórias e colocar em prática os mais variados planos para tentar entendê-los. Os Cunningham e os Ewell representavam os desafortunados, os lavradores que lutavam contra a escassez de seus recursos e os que assistiam somente o primeiro dia de aula e depois paravam de ir à escola. E, o bairro dos negros, onde vivia Tom com sua família. (Lee, 2021). Dessa forma, os personagens compõem a essência da cidade de Maycomb em um nítido contexto de desigualdade social, como também, projetam na obra a essência do humano.

A obra literária retrata, na convivência de Scout com os outros personagens, a análise do comportamento humano. Harper Lee

destaca, assim, o excessivo julgamento dos seres humanos uns para com os outros.

Assim, “O sol é para todos” desenvolve os valores essenciais que importam para Atticus, tendo em vista o caráter exemplar que o personagem assume na história. O advogado ao ir contra o ideal segregacionista da maioria, semeado pelo antepassado dos habitantes de Maycomb e cultivado até a presente representação da cidade, indica bravura. Defender Tom Robinson no caso era uma batalha perdida antes mesmo do início. A sociedade apresentada na obra transbordava preconceito e intolerância, e mesmo com inúmeras evidências que provassem a inocência de Tom, os cidadãos não estavam dispostos a desprender-se de seus julgamentos rasos e infundados, como pode ser verificado a seguir.

Percepções acerca do direito e seus reflexos em Maycomb

Para tanto, em um dia na cidade de Maycomb, aparece um cachorro de comportamento estranho, se movendo a passos lentos, desequilibrados e contorcendo-se, completamente fora do habitual canino. Diante da situação de ameaça pelo “cachorro louco”, como referido na obra, foi entregue a Atticus a responsabilidade de resolver a situação. Ilustrado no advogado a missão de justiça que recai sobre seus ombros cotidianamente, Atticus apoia o rifle no ombro, ajusta a mira e atira. Nesse momento claro de divisão entre o bem e o mal, os pássaros estavam em completo silêncio.

Frente a isso, as crianças, Jem e Scout, haviam se empolgado com a cena de valentia do pai perante o breve momento de inquietude da cidade devido a aparição do “cachorro louco” e tomaram aquilo como a maior definição de coragem. Contudo, Atticus, cidadão consciente, expõe que “Coragem é fazer uma coisa mesmo estando derrotado antes de começar. E mesmo assim ir até o fim, apesar de tudo”. (Lee, 2021, p. 143). Perante a isso, a procura pela Literatura na necessidade de compreender, questionar e reconstruir o contexto social de injúria presente em Maycomb, não era de interesse dos moradores da cidade. E, assim, liderar a batalha da minoria que acreditava na justa igualdade

contra uma maioria que não aceitava a inocência de Tom Robinson, é um dos sinais de bravura que Atticus poderia representar.

Nessa situação, os poucos cidadãos despidos de preconceito refletem a importância da exímia atuação do operador do Direito no contexto social frente as injustiças da cidade. Apresentado na obra indagações que tentavam entender o motivo de Atticus continuar batalhando em uma luta perdida, Maudie, moradora próxima da família, expõe a importância do advogado “[...] confiamos nele para fazer o que é certo. [...] Os poucos moradores desta cidade que acham que justiça não é só para brancos, os poucos que acreditam que um julgamento justo é um direito de todos, não apenas nosso”. (Lee, 2021, p. 294). Afirmando, assim, a esperança depositada em Atticus como última tentativa de mudar a realidade, um último salto de fé para inocentar Tom Robinson, para livrar o rouxinol encurralado pelo cachorro louco.

Diante do contexto apresentado de Maycomb, os cidadãos não pararam em Atticus as ofensas atribuídas devido a sua atuação na defesa de Tom, foram constantes as críticas e provocações dirigidas a Jean Louise. Visto que uma grande maioria afirmava que o advogado estava errado no caso, tais acusações levam a menina a questionar as ações do pai. Ao projetar o seu pensamento, Scout recebe como resposta de Atticus “A única coisa que não deve se curvar ao julgamento da maioria é a consciência de uma pessoa”. (Lee, 2021, p. 135). Portanto, em mais uma sábia exposição, reflete-se sobre como é válido o direito da maioria de pensar e desenvolver uma opinião, tudo isso tendo como pilar de estrutura o respeito. E que, mesmo assim, o ser humano deve priorizar o seu bem-estar moral perante o julgamento alheio, buscando agir pelo justo.

A percepção de Scout e Jem diante das situações de injustiça é reveladora, mostra-se importante ouvir as crianças, visto que em sua simplicidade e inocência são expostas as maiores fissuras do mundo adulto. No momento em que Atticus, pai da menina, luta em uma batalha já perdida, Scout revela, em uma genial referência a cena do cachorro louco, que “[...] foi como observar Atticus ir até a rua, apoiar o rifle no ombro e puxar o gatilho, mas observar sabendo o tempo todo que a arma estava descarregada”. (Lee, 2021, p. 137). O momento inspira esperança, pois apesar da sentença, mesmo não proferida, já previsível, o operador do Direito não deixou de tentar, e mesmo com a arma descarregada, foi a batalha lutar com o que lhe restava: a fé nas

pessoas. Fé que buscava, diante de todas as problemáticas da situação, que reconhecessem a verdade em Tom Robinson.

A obra referida representa o senso crítico e os valores morais que a leitura proporcionou a Scout e sua família, e ainda, administra o que o preconceito, a intolerância e insciência causa aos *mockingbirds*, inocentes, da história. Nessa representação realista dos seres humanos, permite-se ao leitor analisar, no modo espectador, os valores que permeiam, ou que deveriam permear a natureza comportamental ética e moral da sociedade. Desse modo, a presença de Atticus na obra é fundamental para mostrar que é possível manter a esperança na humanidade, sem perder a consciência do mal regado pela falta de valores morais.

Intersecções entre direito e literatura: conformação de um direito à literatura

A literatura tem sido fonte de inspiração para os estudos jurídicos sendo o direito em si considerado literatura enquanto texto. Inevitável a sensibilização do leitor ao acompanhar uma narrativa que pode ser comparada com fatos do cotidiano das pessoas. Embora ainda seja visto como vanguardista o estudo do direito e literatura não é novo. O movimento tem seu marco nas décadas de 1970 e 1980 nos Estados Unidos da América reconhecido na nomenclatura *Law and Literature Movement*, com desdobramento em três abordagens: o Direito como Literatura, o Direito da Literatura e o Direito na Literatura.

Com essa premissa, Schwartz (2006) aborda o direito como literatura caracterizado pelo texto jurídico identificado como texto literário; a segunda perspectiva, é revelada no estudo do ordenamento jurídico aplicado ao setor literário; até que ao final, tem-se o contexto jurídico percebido nas obras clássicas da literatura.

Além disso, a conexão entre o sistema social do Direito e o da arte, no qual a Literatura está inserida, propõe a construção de novas percepções para cada um deles. Em regra, a ciência jurídica não recorre as obras literárias para buscar suas observações, contudo, cada história contada em um livro contribui para a criação de um dos fatores mais importantes nos cidadãos de uma sociedade, uma consciência moral e política. Para Schwartz, buscar a relação do Direito no enredo, é buscar vivenciar no texto, o ser humano e seus comportamentos na sociedade

como elo entre a realidade da ciência social com a ficção da literatura. (Schwartz, 2006).

Com essa compreensão, percebe-se a literatura capaz de demonstrar contextos possíveis enquanto “[...] o direito codifica a realidade, a institui por uma rede de qualificações convencionadas, a encerra num sistema de obrigações e interdições”, nas palavras de Ost. (2004, p. 13). Nesses rumos, considera-se que o Direito em si tem muito a considerar a partir da literatura pois, esta representa em ficção, conforme refere Calvo González (2013) as perspectivas que perpassam o mundo jurídico a ponto de humanizar o Direito.

O raciocínio pode ser complementado com as palavras de Cândido que destaca:

A literatura confirma e nega, propõe e denuncia, apoia e combate, fornecendo a possibilidade de vivermos dialeticamente os problemas. [...] Ela não corrompe nem edifica, portanto; mas, trazendo livremente em si o que chamamos o bem e o que chamamos o mal, humaniza em sentido profundo, porque faz viver. (Cândido, 2011, p. 178).

Nesse mote, em vista da essencialidade da literatura como efetivo instrumento de percepção da sociedade e desenvolvimento das capacidades de compreensão do ser, ressalta-se a importância do acesso amplo e irrestrito da população à literatura.

Ocorre que o leitor há muito é temido na história, a leitura proporcionou à humanidade abrir os olhos perante as mais variadas problemáticas que assolam a sociedade. Nos períodos históricos, as produções textuais possuíam, principalmente, o objeto de comunicação com os cidadãos e informação àqueles que viriam posteriormente. Nesse sentido, refere-se Hílaco, que vivendo em Roma no século I a.C., buscava em suas obras retratar os romanos como os detentores do mundo e repassar tal imagens aos leitores da Grécia Antiga. (Gonçalves, 2014).

Assim, refere Gonçalves que “O homem antigo sabia perfeitamente que, ao ler e/ou ouvir um texto, de qualquer gênero, imagens se formariam em sua mente, permitindo que o lido ganhasse contornos e sentidos” e, que devido a isso, neste período da Antiguidade era presente uma grande valorização da chamada “*mimesis*”, que em tradução do grego, representaria as faculdades dos seres humanos de

reproduzir e imitar, respectivamente *aemulatio* e *imitatio*. (Gonçalves, 2014, p. 4). Portanto, as tramas que permeiam as produções literárias são capazes de representarem, com veracidade, cenários dos mais variados lugares e costumes e, dessa forma, estabelecer análises e críticas envolvendo realidades e instituições.

Diante disso, ainda que o mundo se encontre constantemente em processo de evolução, permanece na sociedade contemporânea a grande percepção dos gregos e romanos em compreender a fonte das produções literárias na vida e vivências humanas em todos os seus enredos. Desde os períodos históricos antigos, o ser humano encontra-se no centro das inspirações para a literatura antiga em busca da interpretação da existência humana. (Gonçalves, 2014). Ainda, a autora afirma que todos os questionamentos que surgiam na necessidade de compreender as relações entre homem e natureza, dispuseram de todos os potenciais comunicativos que possuíam e, nesse contexto, “[...] imaginaram, representaram, sonharam, bem além do que nos permite hoje a constituição da ciência histórica e as angústias da tal pós-modernidade”. (Gonçalves, 2014, p. 15).

Resgatando trecho da obra de Lee, verifica-se que a menina Scout propõe reflexões acerca da leitura referindo que “Não gostava de ler até o dia em que tive medo de não poder ler mais”. (Lee, 2021, p. 29). A menina, portanto, de maneira tão simples proporciona a reflexão do quão essencial e, ainda mais, vital é para o ser humano e para a sociedade, poder ler.

Na obra “O sol é para todos” não é diferente. A escola da cidade de Maycomb resolve implementar um novo sistema de ensino, explicado por Jem Finch como “Logo, todas as séries vão usar esse método e não vai mais ser preciso aprender só com livros. É assim: se quiser aprender sobre vacas, você vai ordenhar uma, entendeu?”. (Lee, 2021, p. 29). Scout, uma criança habituada a ler todas as noites com Atticus, seu pai, expõe tamanha indignação frente ao novo modelo de educação. A leitura mantinha a menina informada, curiosa e disposta a tentar entender os fenômenos sociais, encorajando-a a manter-se pensante frente o contexto que a cercava.

A obra literária destacada apresenta na família Finch os defensores da Literatura. Nesse sentido, a narradora da obra, perante as imposições do novo modelo educacional de não ler sem que isto fosse

requisitado, afirma sobre seu irmão, Jem, que “[...] nenhum sistema educacional criado pelo homem o impediria de chegar aos livros”. (Lee, 2021, p. 47). A visão de Scout apresenta a influência da imagem que Atticus passava aos filhos, sempre disposto a responder os questionários e convidá-los para as sessões de leitura do jornal.

Assim, a imaginação das crianças, diante das aventuras cotidianas, era um indício do seu envolvimento com a Literatura, mas a dúvida crescente perante as injustiças do mundo era a prova viva da consciência desenvolvida pelos leitores.

Nesse particular, revela-se o quanto importante é o acesso à educação para que as pessoas possam estar inseridas em sociedade, trabalhar e contribuir para o desenvolvimento mas, sobretudo percebe-se a influência da literatura na formação de valores e na conformação da personalidade. No mesmo sentido, Cândido ressalta que “A literatura³ não é uma experiência inofensiva, mas uma aventura [...] como acontece com a própria vida, da qual é imagem e transfiguração. Isto significa que ela tem papel formador da personalidade”. (Cândido, 2011, p. 178).

Com tal perspectiva o autor aborda a literatura como ferramenta de emancipação quando promove a percepção da complexidade do mundo e de contextos diversos, bem como do senso de beleza e amor. Nesse viés, nota-se essencial o papel da literatura no exercício da empatia e no desenvolvimento da criatividade. Cândido refere assim, o processo de humanização decorrente das conexões propiciadas pela literatura.

Em tais rumos já considerou Cândido quando referiu que “[...] a literatura aparece claramente como manifestação universal de todos os homens em todos os tempos. Não há povo e não há homem que possa viver sem ela, isto é, sem a possibilidade de entrar em contato com uma fabulação”. (2011, p. 176). Por meio dela tem-se a experiência inusitada da diferença e da diversidade, apresenta os anseios e valores pretendidos, bem como aqueles que rejeita e, nesse aspecto, sentir o texto de Harper Lee propicia a percepção da atuação do Direito.

Para tanto, a fruição das artes e da literatura necessita de verdadeira equiparação aos demais direitos constitucionais, tais como o direito ao lazer, à liberdade e à crença, constante dentre os direitos fundamentais da Carta Constitucional e, vislumbrados como direitos

³ Quando Cândido utiliza a palavra literatura, o faz de modo amplo, referindo toda criação poética, ficcional, dramática, seja pelo folclore, lendas, etc. (2011, p. 176).

humanos. Sobretudo porque a Literatura e o processo mimético fornecem ao Direito, por meio da atuação das pessoas, importantes pontos de a serem amealhados e reprocessadas por sua lógica funcional – trata-se de contribuições sobre o bem e o mal, o justo e o injusto, bem como sobre o legal e o ilegal.

Considerações finais

A história desenvolvida por Harper Lee retrata três anos na vida de Scout, e com ela os ensinamentos que os personagens adquirem pelo transcurso do tempo. Personagens misteriosos e incompreendidos pelas crianças, se tornam como um livro aberto no final da história. Os valores antiquados que eram reproduzidos sem filtro pela menina, posteriormente recebem um bloqueio moral. As certezas se tornam dúvidas e a inocência dos rouxinóis se perdem com a aspereza das situações as quais são injustamente submetidos. Mas, apesar de tudo, o lampejo de fé no ser humano mantém-se presente na obra. Quaisquer que forem as batalhas que a sociedade deve enfrentar, mesmo que perdida, deve-se permitir um ato de coragem.

Mediante o exposto, a Literatura afirma-se uma fonte de conhecimento para o Direito, abordando a visão jurídica nos mais diversos contextos sociais. Também, inserir as questões jurídicas, de maneira coerente, em obras literárias, tal como feito em “O sol é para todos”, propõe maior proximidade dos cidadãos com o Direito, aproximando da realidade do leitor questões muitas vezes complexas em uma sociedade. O texto literário busca ampliar a realidade do enredo ao leitor, constrói cenários, apresenta personagens, insere temas de profundas reflexões para que, a partir das vivencias do leitor, interprete-se o seu ser e o mundo.

É importante, por fim, buscar na Literatura bases que possibilitem ao Direito novas compreensões, e com isso, conduzir uma maior reflexão acerca de seus valores e propósitos. A narrativa de Harper Lee expõe a qualquer interessado em ler a obra, um cenário bem construído, personagens representantes dos cidadãos reais, e um tema de discussão muito rico ao ser humano e ao ordenamento jurídico. Como já referido, o Direito é intrínseco à sociedade e, com isso, inseparável de onde está o homem, a Literatura vem, portanto, para proporcionar que

todos, ao ler as histórias, conheçam o passado, presente e quiçá futuro do mundo.

Logo, a obra “O sol é para todos” demonstra a importância da literatura para o desenvolvimento da personalidade do leitor sendo possível reivindicar um direito à literatura caracterizado pelo direito de acesso às narrativas que contribuem para os questionamentos ao mundo, à sociedade e seus dilemas e, especialmente, com relação às complexas relações humanas que perpassam os conflitos jurídicos.

Além disso, proporciona ao estudo do Direito contextos pertinentes de observação e interpretação dos desafios sociais e jurídicos tratados na literatura pela acidez do mundo adulto e seus reflexos.

A obra em análise contribui ainda, para a percepção das vivências subjetivas nas etapas de um processo jurídico. Desse modo, a apresentação dos detalhes por meio do olhar de uma criança permite ao leitor acessar as reais dimensões do ordenamento jurídico na vida da comunidade, o que parece ser o mote de um direito à literatura.

Referências

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

CALVO GONZÁLEZ, José. **Direito Curvo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

FRONTEIRAS DO PENSAMENTO. **Alberto Manguel**: Ler é um ato de poder. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=XHBIAntmnhs&t=13s>. Acesso em: 08 mai. 2024.

LEE, Harper. **O sol é para todos**. Rio de Janeiro: Editora José Olympio, 2021.

OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

SCHWARTZ, Germano. **A Constituição, a Literatura e o Direito**. Porto Alegre: Editora Livraria do advogado, 2006.

ANDIDO, Antônio. Vários Escritos. 5^a ed. Rio de Janeiro: Ouro sobre azul, 2011.

GONÇALVES, Ana Teresa Marques. **Entre gregos e romanos:** história e literatura no mundo clássico. Revista Tempo. 2014, consulta em 20 de fevereiro de 2024. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=167031535001>. Acesso em 05.mar.2024

Capítulo 17

EDUCAÇÃO MERCADOLÓGICA: O LEILÃO DO SABER E OS DIREITOS CONDICIONADOS

Fabrício da Silva Aquino¹

Leonardo Severo Soares²

Maria Cristina Gomes da Silva D'Ornellas³

Considerações iniciais

A presença de assuntos atinentes à política, ao poder e à economia na escola, em diversos contextos educacionais ao redor do mundo, tem sido objeto de debate e discussão há, pelo menos, meio século. O contexto escolar contemporâneo, sobretudo do século XXI, tem se traduzido na utilização da educação como meio para que os estudantes se tornem, tão somente, aptos ao mercado de trabalho e à produção inerente ao capitalismo. A esse respeito, este trabalho visa caracterizar a – denominada pelos autores – *educação mercadológica*,

-
- 1 Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM, no qual é bolsista DS/CAPES Edital PRPGP/UFSM nº 50/2024. Bacharel em Direito pela Universidade de Cruz Alta – UNICRUZ. Técnico em Informática pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Farroupilha *Campus Júlio de Castilhos/RS*. Pesquisador externo do Grupo de Pesquisa Jurídica em Cidadania, Democracia e Direitos Humanos – GPJUR da Universidade de Cruz Alta - UNICRUZ. E-mail: faquino016@gmail.com.
 - 2 Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Especialista em Educação Profissional e Tecnológica pela Faculdade São Braz – UNINA. Licenciado em Educação Profissional pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Tecnólogo em Análise e Desenvolvimento de Sistemas pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Sul-Rio-Grandense *Campus Bagé – IFSul*. Técnico em Informática pelo Colégio da URCAMP *Campus Dom Pedrito*. Pesquisador do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão – Docência, Escola e Formação de Professores – DOCEFORM, da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. E-mail: leosevsoares@gmail.com.
 - 3 Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Mestra em Leis sobre o Comércio Europeu e Internacional pela Universiteit Van Amsterdam – UvA. Mestra em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Professora do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. E-mail: maria.dornellas@ufsm.br.

abordando como esta vem sendo inserida nos meios formais de educação e quais seus efeitos para as instituições escolares e sujeitos que as frequentam.

O artigo considera os movimentos feitos acerca desta espécie de educação, atualmente imbricada por instituições privadas, inclusive no Brasil, onde vem tornando-se prática comum. Justifica-se a relevância desta pesquisa na necessidade de reflexão e reafirmação de uma educação democrática e emancipadora, que não organize a escola à luz de uma visão distante e não pertencente do seio social da comunidade, cujo espaço, por certo, deve refletir as diferentes realidades que a compõe.

Nesse sentido, busca-se responder a seguinte questão: “Em que medida a educação mercadológica é uma problemática para o contexto educacional, incluindo, sobretudo, as atividades desenvolvidas nos meios de educação formal e os cidadãos que deles fazem parte?”. Para responder tal questão a pesquisa utiliza a abordagem metodológica analítico-hermenêutica, partindo de uma lógica dedutiva. Neste sentido, inicia-se por verdades gerais para deduzir destas verdades específicas ao caso, bem como, ao analisar, divide-se os objetos para, posteriormente, interpretar os dados obtidos da análise.

Como técnica de pesquisa, utiliza-se a pesquisa bibliográfica de cunho qualitativo investigativo, buscando a resolução do problema por intermédio de referenciais teóricos publicados – os quais servem de subsídio para o conhecimento sobre o que é pesquisado –, sob enfoque de como o assunto é tratado na literatura científica, descrevendo, compreendendo e explicando os objetos de estudo propostos pelos pesquisadores. Por fim, o levantamento bibliográfico do estudo é realizado a partir da análise de livros, artigos, meios eletrônicos, entre outros locais que apresentam conteúdo documentado, os quais contribuíram para a construção da temática proposta.

Desenvolvimento

A conceituação de poder, política, cidadania e democracia são objetos de estudo desde suas concepções à atualidade, como meio de entender a mudança, adaptação e o cotidiano dos indivíduos e suas respectivas sociedades. Tais conceitos são transversais e completivos, porque a existência de um traduz e viabiliza a existência do outro, cujo

mecanismo de aprimoramento, historicamente, permeia o direito à educação.

A conceituação de poder perpassa por reflexões indissociáveis sobre a política e suas relações, considerando que se expressa nestas, por meio das relações de poder (Foucault, 2021), de modo que, onde existem relações de poder, existe política, a qual se exprime nas diferentes formas de exercê-lo (Borges, 2004).

O termo política deriva do grego *politeía*, que indicava os procedimentos relativos à vida coletiva no interior da *pólis*⁴, mas, atualmente, trata-se de expressão polissêmica. Os indivíduos, animais políticos⁵, são seres sociais, e a política, nesse sentido, representa as interações entre os seres humanos, sendo este um dos significados da palavra, compreendida segundo Bobbio, Matteucci e Pasquino (2010, p. 954) como uma “[...] forma de atividade ou de *práxis* humana”.

Tal concepção de política, com atenção às interações do ser humano, apresenta-se como condicionante à vida cotidiana, abrangente das problemáticas da sociedade aos meios coletivos para sua resolução, e se expressa em negociações, na cooperação entre os povos, na luta por recursos que tornam possíveis a produção e reprodução da vida social, dentre outros desdobramentos (Alarcón, 2022). Isto é, a política é praticada pelos grupos sociais, formais ou informais, e, ainda que os espaços públicos/estatais, não raras vezes, sejam tomados como personificações da política, segundo Cunha (2021, p. 106) na verdade “[...] ela se expressa em relações humanas de toda natureza”.

O exercício da *práxis* humana voltada, especialmente, aos assuntos de governo e de Estado dá sentido à palavra para além da noção aristotélica, em que o desenvolvimento e aprimoramento da sociedade passa a ser um alvo perseguido, dizendo respeito, segundo Heidemann (2009, p. 29), da “arte de governar e realizar o bem público”, relativo à boa administração da *coisa pública*, por meio das relações de poder e

4 Unidades sociais organizadas em territórios abrangentes entre o Mar Egeu e o Golfo Sarônico, surgidas a partir de 800 a.C, onde se inaugurou uma revolução reflexiva e laica da concepção do mundo e da imagem dos deuses, para o fim de dar início às sociedades políticas (Leister, 2006; Aquino, Santos, Rodrigues, 2024)

5 Conforme Barão (2019, p. 09) essa expressão cunhada por Aristóteles (384 a.C a 322 a.C): “afirma que o homem [...] possui em si uma inclinação natural para a vida em comunidade, ou seja, essa animalidade política é natural a ele, pertence a sua natureza. Essa inclinação natural é desenvolvida e aplicada através da sabedoria prática, onde o homem reflete sobre como atingir o seu fim, a Eudaimonia”.

do exercício do governar, em que emergem conceitos como cidadania e democracia, as quais também pressupõem o exercício constante do poder pelos indivíduos.

Cidadania e democracia são expressões propostas e vivenciadas na Grécia da Era Clássica. Aquela dizia respeito à prerrogativa de participar da vida política da *pólis* e de seus assuntos públicos, e esta originou-se da junção dos termos *demos*, cuja significação é “povo”, e *kratia*, “poder”, ou seja, poder do povo. Neste período, cidadania e democracia foram vinculadas, apesar das limitações de seu exercício a poucos cidadãos (Leister, 2006; Dahl, 2001).

O conceito de cidadania variou no decorrer dos anos, modulado à luz do que se pretendeu denominar como *cidadão*. Atualmente, na perspectiva ocidental, é entendida como um conjunto de direitos que possibilita ao indivíduo participação ativa na sociedade e em decisões de interesse público, como na escolha dos/as governantes (Bobbio, 2004; Dallari, 2004). Diferentemente da democracia, que mantém maior proximidade com o significado original, a cidadania é um fenômeno histórico-social, ligado à formação e desenvolvimento do Estado moderno. Nesse sentido, dependerá de como ocorreu a progressão de sua relação com o povo, bem como, de quais mecanismos foram utilizados para a sua existência e afirmação (Marshall, Bottomore, 2021).

A educação, historicamente, foi utilizada como um dos meios para consolidação da cidadania, ao partir do pressuposto que reafirma a organização social e seus processos, em aspectos como formação e junção dos indivíduos, por meio do convívio, o que contempla a participação na política estatal e ao aprendizado escolar, não dissociado às atividades que se desenvolve para se viver e transnacionalizar conhecimentos.

A educação, sob a perspectiva da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (Unesco), é dividida em *informal*, *não formal* e *formal*. A educação *informal* está presente nas relações cotidianas, isto é, na sociabilidade, nas famílias, clubes, religiões, na comunicação de massa, nas mídias digitais, dentre outras (Lima *et al*, 2019) e não deve ser confundida com a *não formal*, pois acontecem em diferentes realidades e proporções. Esta, envolve o engajamento político, as experiências de vida, o labor, as potencialidades do indivíduo, sua compreensão sociopolítica, ou seja, a construção de sua identidade coletiva, que acontece em instituições como museus, centros

político-culturais, ONG, dentre outros. (Cascais, Terán, 2014; Lima *et al*, 2019).

A educação *formal* é organizada e desenvolvida em escolas, com sistematização e análise de conteúdos, sendo regimentada por leis e normas institucionais, pelo que se elaboram planejamentos com vistas a atingir determinados resultados (Lima *et al*, 2019), a partir de três objetivos basilares, quais sejam, a formação do indivíduo, o desenvolvimento das ciências e o domínio da técnica, pressupostos para que o indivíduo consiga se inserir e viver de acordo à identidade da sociedade (Gandin, 2010).

A instituição *escola* teve diversas modulações, como o caráter religioso na Idade Média; a reflexão das ideias renascentistas dos séculos XIV a XVI; a formação de mão-de-obra no sistema capitalista industrial associado à vontade burguesa disciplinadora (Santos *et al*, 2018; Foucault, 2019); e, desde o final do século XX e início do século XXI, se vê enredada na dicotomia dos governantes questionarem os educadores por não seguirem pontualmente as políticas oficiais, e, de outro lado, estes criticarem aqueles por realizarem políticas educacionais que não são possíveis, efetivamente, de se implementar (Fiorese; Forneck, 2023).

A atual instituição escolar tem se transformado em um ambiente que dissemina os interesses do capitalismo⁶ e do capital. Tal processo tem impacto acentuado em como o processo educativo é concebido e realizado, pois se o ambiente deveria estar voltado para uma formação cidadã e crítica, e isso não ocorre, a escola e, por consequência, a educação disseminada, passam a ser meios para reproduzirem as relações de poder e as estruturas capitalistas que tendem a favorecer àquelas minorias econômicas abastadas. Ao partir de uma premissa mercantil, a escola tende a esvaziar seu papel histórico de emancipação e fortalecimento da cidadania, contribuindo para a ascensão de desigualdades sociais e regionais (Dezem *et al*, 2024).

Isto é, quando alinhada aos interesses mercantis, a escola decide não mais desenvolver a conscientização crítica. Se antes, em sua concepção, emergiu como meio de formar indivíduos autônomos e

6 “Espécie de civilização, radicalmente diversa de todas as que a precederam, tanto sob o aspecto da mentalidade coletiva quanto da organização das instituições sociais [...] que, historicamente, correspondeu ao surgimento, como modelo global de vida, da busca do lucro máximo pelo exercício profissional de uma atividade econômica” (Comparato, 2011, p. 255).

hábeis a criticarem e recriarem novas estruturas na sociedade, a partir de então ela se resguarda a modelar indivíduos para a estrutura capitalista e de mercado, reduzindo-se, tão somente, a um meio de treinamento para a prática profissional (Dezem *et al.*, 2024).

A perda de vista da existência da escola emancipadora, tende a tornar os estudantes vulneráveis aos usos dos interesses dominantes, pois, nesse modelo, inexistem discussões sobre as posições subalternas existentes no seio social. Entretanto, essa transformação é gradativa e não ocorre de maneira manifesta. De acordo com Laval (2003), um dos aspectos que favorece a existência desse tipo de escola são as políticas educacionais voltadas somente ao desempenho e eficiência numérica do estudante, cuja ênfase nos resultados mensuráveis esconde o objetivo primeiro da educação em sentido *lato*, a julgar que

Uma dupla transformação tende a redefinir a articulação da escola e da economia em um sentido radicalmente utilitarista: por um lado, a concorrência desenvolvida no seio do espaço econômico tornado mundial; por outro lado, o papel cada vez mais determinante da qualificação e do conhecimento na concepção, na reprodução e na venda dos bens e serviços. As organizações internacionais de ideologia liberal, acompanhadas pela maior parte dos governos de países desenvolvidos, que propulsionaram essa concepção da escola, fizeram da competitividade o axioma dominante dos sistemas educativos: a competitividade econômica é também a competitividade do sistema educativo (Laval, 2003, p. 3-4)

Nesse sentido, essa espécie de articulação entre a instituição escola e a economia redefine a função da educação para um papel menor em relação ao concebido, que passa a ser vista somente como uma engrenagem do mercado. Tal visão, segundo Laval (2003, p. 4), desrespeita o estudante e retroalimenta desigualdades históricas, pois “ela não é somente um ‘input’ em uma função de produção, ela é, daqui em diante, compreendida como um fator cujas condições de produção devem ser plenamente submetidas à lógica econômica”.

Esta adjeção da economia à educação não é algo da realidade atual e foi incluída no início das discussões das teorias críticas sobre currículo escolar, como na obra *Schooling in capitalista America*, publicada em 1976 por Samuel Bowles e Herbert Gintis. Nela, tratando da escola, os autores abordam a consolidação do pensamento capitalista a partir das

relações sociais dos estudantes, por meio de papéis de dominação e de dominantes. A par disso, veem como a economia está, há cerca de meio século, adentrando o meio escolar e estabelecendo uma relação muito adequada a que o sistema capitalista deseja, onde os “mais” capazes dominarão os “menos” capazes (Bowles e Gintis, 1976).

No Brasil, o educador Paulo Freire denunciou essa espécie de educação denominando-a, como “educação bancária”, na qual há uma negação ao diálogo e a prática pedagógica é voltada ao autoritarismo e aos anseios do capitalismo, dando aos educandos respostas prontas do que se deve fazer, por meio de uma “pedagogia de resposta”. Nela, está vedada a possibilidade de se fazer críticas, tampouco se deve questionar ou duvidar, pois somente quem porta o conhecimento é capaz de depositá-lo nos alunos. Assim, a educação é “puro treino, é pura transferência de conteúdo, é quase adestramento, é puro exercício de adaptação ao mundo” (Freire, 2000, p. 101).

Recentemente, em São Paulo, na esfera da política estatal, essa espécie de educação se corporificou institucionalmente, por meio dos leilões de escolas realizados pelo governo estadual, ocorridos entre os meses de outubro e novembro de 2024. Na ocasião, o governo outorgou à empresa ganhadora do leilão a administração de vários elementos da escola e do ambiente escolar, como a infraestrutura e a alimentação que será servida. A concessão tem prazo de duração de 25 anos, e terá os serviços prestados avaliados por um alegado *verificador independente*. Desta forma, o governo decidiu abster-se do dever de administrar e fiscalizar o seu sistema educacional, passando a responsabilidade da gestão de parte significativa da escola a uma empresa de engenharia.

Do ponto de vista educacional, a atitude afeta variados aspectos da escola, como gestão e currículo, pois ignoram-se os princípios da gestão escolar democrática, conforme Lück (2009) elucida, na qual os sujeitos dessa comunidade escolar – diretores, professores, alunos, pais, e todos que a frequentam – poderiam atuar em prol de sua construção e também contribuiriam para o desenvolvimento do senso comunitário e de união acerca deste local, pois

A integração da escola com a comunidade e com os pais tem sido identificada como um fator importantíssimo para o bom funcionamento da escola e qualidade de seu processo educacional. Diretores, cujas escolas foram selecionadas para receber o Prêmio Nacional de Referência em Gestão Escolar, têm

expressado que uma das estratégias mais importantes para levantar “escolas derrubadas” tem sido a abertura do estabelecimento de ensino para a comunidade. Mediante esse procedimento, disponibilizaram a escola para uso pela comunidade e ganharam em troca a recuperação do patrimônio e a parceria com a sua conservação. A escola passou a ser um ambiente mais alegre e cordial e o espírito educativo melhorou. (Lück, 2009, p. 78).

Ao afastar a gestão da escola de seus sujeitos, cria-se margem para outros problemas, tais como o distanciamento dos estudantes com a escola – que pode ocasionar evasão – e a descontextualização do ambiente escolar aos assuntos e vivências de seus cotidianos, que muitas vezes não condizem com a realidade local, ou mesmo das necessidades sociais daquela comunidade. Moll (2009) aborda isso como um fator de aperfeiçoamento para o ensino técnico integrado de nível médio, exemplificativamente, de maneira que este seja capaz de incorporar as necessidades locais e fazer com que os estudantes consigam se identificar naquele contexto, fator que será decisivo para a sua estabilidade no meio.

De acordo com estudos de Tadeu (2016), em abordagem sobre os aspectos que formam e influenciam o que o autor define como *currículo oculto*, ações e atitudes estão sendo ensinadas e replicadas aos estudantes de maneira que estes se vejam como parte de determinado grupo social ou econômico, e ajam como tal. Isto é, àqueles estudantes oriundos de famílias de operários cabe aprender a respeitar e seguir aqueles que são oriundos de famílias com renda superior

Em particular, as crianças das classes operárias aprendem as atitudes próprias ao seu papel de subordinação, enquanto as crianças das classes proprietárias aprendem os traços sociais apropriados ao seu papel de dominação. (Tadeu, 2016, p. 79).

Para a autora Nussbaum (2015), conforme elucidado no segundo capítulo de seu livro “*Sem fins lucrativos: Por que a democracia precisa das humanidades*”, denominado “*Educação Para o Lucro, Educação Para a Democracia*”, esse fenômeno somente é observado e explicado à luz de um alegado desenvolvimento econômico do país. Contudo, tal observação é deficitária, pois a economia – quando pensada isoladamente – tende a ignorar, por exemplo, que enquanto o *Apartheid* ocorria na África do Sul, o país alcançava recordes no Produto Interno Bruto (PIB), o que

demonstra que, sem o devido cuidado, esta sobrepõe outros temas que revelariam o real desenvolvimento social e democrático de um país.

Do contrário, ao consolidar a ideia de que prosperidade econômica seja sinônimo de desenvolvimento – político, social e democrático – e para isso utiliza-se da educação, tender-se-á a criar uma imagem falsa de que a solução para os problemas nacionais perpassa pela entrega, à iniciativa privada, da gestão dos locais públicos, tais como instituições de ensino, abrindo-se mão da possibilidade de se estar presente nestas; constituir a identidade escolar e adaptá-las às necessidades locais, incluindo às dos seus estudantes, abarcando o risco de, paulatinamente, abrir-se espaço para o estabelecimento de uma cultura de conformidade ao que é imposto aos sujeitos que fazem parte desta ou daquela escola ou região.

Considerações finais

O estudo sinaliza que, gradativamente, a economia e os princípios capitalistas estão sendo infiltrados na educação e, por consequência, no ambiente educacional. A ideia de que o desenvolvimento econômico é sinônimo de desenvolvimento social – situação inflada nos estudantes –, associada às práticas de concessão do controle público às empresas privadas, gera um distanciamento entre a educação, os educandos e os educadores, pois consolida a ideia de uma educação mercadológica ou bancária, em sinalização àquela indicada por Freire. Esta, composta de todos os fatores anteriormente citados, constitui sua identidade na prática de formar sujeitos impossibilitados e incapazes de gerar opinião, que não têm a capacidade de vislumbrar, de forma crítica, o mundo em que vivem.

Todavia, a gestão escolar democrática deve ser o cerne para que se efetive uma educação de qualidade nas escolas, nas quais aqueles que ali convivem e buscam o êxito em suas vidas possam ser atendidos com excelência à plenitude democrática, observada a quantidade de escolas espalhadas nos 5568 municípios do Brasil, além do Distrito Federal e do Distrito Estadual de Fernando de Noronha.

Levando em consideração que os estados detêm o poder de conceder a administração de instituições de ensino às empresas de áreas alheias à Educação, caberá aos órgãos reguladores do Poder Executivo

Federal – tal como o Ministério da Educação do Brasil –, enquanto instâncias superiores em tratar o caráter normativo da temática, reafirmar as práticas pedagógicas inclusivas e reflexivas, que visem o fortalecimento de outros direitos fundamentais e da própria cidadania, de modo que se evite a dispersão do seu *animus*, que tende a facilitar e tornar comum situações análogas a do Estado de São Paulo – próxima de ser replicada em outros locais caso não venha a acontecer uma regulamentação.

Referências

ALARCÓN, P. J. L. **Ciência Política, Estado e Direito Público:** Uma introdução ao Direito Público da contemporaneidade. 5. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch Brasil, 2022.

AQUINO, F. S; DOS SANTOS; D.T.G; RODRIGUES, D.B. Educação jurídico-constitucional e para a cidadania na Base Nacional Comum Curricular: considerações sobre a sua (in)suficiência no Ensino Básico brasileiro. **Ciências Sociais Aplicadas em Revista**, v. 27, n. 47, p. 156–186, 2024. Disponível em: <https://e-revista.unioeste.br/index.php/csaemrevista/article/view/32697>. Acesso em: 4 nov. 2024.

BARÃO, M. L. **O naturalismo na Política de Aristóteles**. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Filosofia. Universidade Federal de Pelotas, Rio Grande do Sul, 2019. Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/ppgfil/files/2022/11/O-naturalismo-na-Politica-de-Aristoteles.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2024.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. 2. ed. São Paulo: Gen LTC, 2004.

BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. **Dicionário de política**. Tradução de Carmem C. Varriale, *et al.* 13. ed. Brasília: UnB, 2010.

BORGES, J. L. Escola e disciplina: uma abordagem foucaultiana. **Revista Urutágua - Revista Acadêmica Multidisciplinar**. n. 5, 2004. Disponível em: http://www.urutagua.uem.br/005/05edu_borges.htm. Acesso em: 03 nov. 2024.

BOWLES, S. GINTIS, H. **Schooling in capitalist America: Educational reform and the contradictions of economic life**. Nova

York: Basic Books, 1976.

CASCAIS, M. G. A.; TERÁN, A. F. Educação formal, informal e não formal na educação em ciências. **Revista Ciência em Tela**, v. 7, n. 2, 2014. Disponível em: <http://www.cienciaemtela.nutes.ufrj.br/artigos/0702enf.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2024.

COMPARATO, F.K. **Capitalismo**: civilização e poder. 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/6rdn6gfNjWGcwjBVcFszSWh/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 02 nov. 2024.

CUNHA, P. R. Afinal, o que é política? - Estudos sob a perspectiva da ciência política para Estudantes de Direito. **Revista de Ciências Sociais e Jurídicas**, v. 3, n. 2, 2021. Disponível em:<https://revistas.anchieta.br/index.php/revistadecienciasocialsejuridica/article/view/1881/1647>. Acesso em: 02 nov. 2024.

DAHL, R. A. **Sobre a democracia**. Brasília: UnB, 2001.

DALLARI, D. A. **Direitos Humanos e Cidadania**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004.

DAUER, L., PAIVA, D. **Leilão das escolas**: Consórcio SP + Escolas leva 2º lote por R\$ 3,25 bilhões enquanto estudantes protestavam do lado de fora. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2024/11/04/consorcio-sp-escolas-arremata-2-lote-de-construcao-de-escolas-publicas-do-estado-de-sp-por-r-325-bilhoes.ghml>. Acesso em: 06 nov. 2024.

DEZEM, L. T, et al. “O avesso da educação”: a incorrigível lógica do neoliberalismo em ataque ao ensino público e seu impacto na educação. **Observatório de La Economía Latinoamericana**, v. 22, n. 9, 2024. Disponível em:<https://ojs.observatoriolatinoamericano.com/ojs/index.php/olel/article/view/6860>. Acesso em: 4 nov. 2024.

FIORESE, L.; FORNECK, K. L. Caminhos desencontrados e dilemas contraditórios: Trincheiras que complexificam o debate sobre o Novo Ensino Médio. **Revista Espaço Pedagógico**, v. 30, 2023. Disponível em: <https://seer.upf.br/index.php/rep/article/view/14143/114117293>. Acesso em: 04 nov. 2024.

FOUCAULT, M. **Microfísica do poder**. 13. ed. São Paulo: Paz & Terra, 2021.

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**: Nascimento da prisão. 42. ed.

Petrópolis: Vozes, 2019.

GANDIN, D. **Planejamento como prática educativa**. 18. ed. São Paulo: Loyola, 2010.

HEIDEMANN, F. G. Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento. In: HEIDEMANN, F. G.; SALM, J. F. (orgs.).

Políticas Públicas e Desenvolvimento: Bases epistemológicas e modelos de análise. Brasília: UnB, 2009.

LAVAL, C. **A escola não é uma empresa**: o neoliberalismo em ataque ao ensino público. Trad. Rejane Janowitz. Londrina: Planta, 2003.

LEISTER, M. A polis ateniense. **Revista Mestrado em Direito**. ano 6, n. 1, 2006. Disponível em: <https://biblat.unam.mx/hevila/Revistamestradoemdireito/2006/vol6/no1/1.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2024.

LIMA, E. I. *et al.* O papel da educação formal, não formal e informal na formação política de mulheres educadoras. **Revista Pegada**, v. 20, n. 1, 2019. Disponível em: <https://revista.fct.unesp.br/index.php/pegada/article/view/6305>. Acesso em: 02 nov. 2024.

LÜCK, H. **Dimensões da gestão escolar e suas competências**. Curitiba: Positivo, 2009.

MARSHALL, T. H.; BOTTOMORE, T. **Cidadania e classe social**. São Paulo: UNESP, 2021.

MOLL, J. **Educação profissional e tecnológica no Brasil contemporâneo**: desafios, tensões e possibilidades. Porto Alegre: Artmed Editora, 2009.

NUSSBAUM, M. **Sem fins lucrativos**: por que a democracia precisa das humanidades. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

SANTOS, M. F. O. *et al.* Um contexto histórico: Origem da escola e sua produção social. In: CONEDU – CONGRESSO NACIONAL DE EDUCAÇÃO, 5., 2018, Recife. **Anais [...]**. Recife: Centro de Convenções de Pernambuco, 2018. Disponível em: <https://editorarealize.com.br/artigo/visualizar/49147>. Acesso em: 03 nov. 2024.

TADEU, T. **Documentos de identidade**: uma introdução às teorias do currículo. Belo Horizonte: Autêntica, 2016.

Capítulo 18

GARANTIA DE ACESSO À EDUCAÇÃO INFANTIL PARA FILHOS DE MÃES TRABALHADORAS: JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Affonso Henrique Soares Pazdziora¹

José Alcebíades de Oliveira Junior²

Introdução

O presente estudo investiga a judicialização do direito à educação infantil no Brasil, com foco na necessidade de vagas em tempo integral para as mães que trabalham. A pesquisa se concentra na análise da relação entre o direito de acesso à educação infantil, a necessidade de vagas em tempo integral em creches e pré-escolas para mães trabalhadoras e a crescente judicialização como ferramenta para garantir esse direito. O estudo abordará o papel da educação infantil no desenvolvimento da criança, os desafios enfrentados por mães que trabalham para conciliar maternidade e vida profissional e a resposta do sistema judiciário à demanda por vagas em instituições de educação infantil.

-
- 1 Mestrando em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal com Habilitação para Docência pela Faculdade Educamais. Especialista em Direito Processual Civil com Habilitação para Docência pela Faculdade Educamais. Especialista em Direito Digital e Compliance pela Centro Universitário União das Américas Descomplica. E-mail: affonsohenriquep@gmail.com.
- 2 Realizou ciclo de estudos em nível de pós-doutorado na Justus-Liebig-Universität Giessen, Alemanha, em 2015. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1991). Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina (1984). Professor convidado permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. E-mail: alcebiadesjunior@terra.com.br.

Diante disso, questiona-se: Como a judicialização do acesso à educação infantil reflete as dificuldades enfrentadas por mães que trabalham para garantir o direito à educação de seus filhos, em especial no que tange à necessidade de vagas em tempo integral?

A hipótese central da pesquisa é que a judicialização da educação infantil é consequência da insuficiência de vagas em tempo integral em creches e pré-escolas, o que impacta diretamente as mães que trabalham e necessitam conciliar o cuidado dos filhos com a vida profissional. Essa situação evidencia a lacuna entre a garantia constitucional do direito à educação infantil e a efetivação desse direito na prática.

O objetivo geral da pesquisa é analisar a judicialização do acesso à educação infantil no Brasil, investigando as causas e consequências da busca por vagas em tempo integral para as mães que trabalham.

Para alcançar esse objetivo geral, a pesquisa se desdobra nos seguintes objetivos específicos: a) examinar o direito de acesso à educação infantil no contexto brasileiro; b) analisar os desafios enfrentados por mães que trabalham para conciliar a vida profissional com a maternidade; c) investigar a judicialização como mecanismo de garantia do acesso à educação infantil.

A metodologia empregada caracteriza a pesquisa como de natureza teórica, de cunho qualitativo e com fins explicativos. O método de abordagem para a análise e interpretação das informações é dedutivo, e o procedimento secundário utilizado é a pesquisa bibliográfica.

A presente pesquisa se justifica pela relevância social e jurídica do tema, considerando a importância da educação infantil para o desenvolvimento da criança e a necessidade de garantir o acesso a esse direito a todas as famílias, em especial às mães que trabalham. A judicialização da educação infantil evidencia a urgência em discutir e buscar soluções para a falta de vagas em tempo integral, que impacta diretamente a vida de milhares de mulheres e crianças no Brasil. A pesquisa contribuirá para o debate sobre políticas públicas voltadas à primeira infância, buscando promover a igualdade de oportunidades e o desenvolvimento integral das crianças.

O trabalho será dividido em três seções, sendo que a primeira abordará o direito de acesso à educação e o papel da educação infantil, já a segunda seção tratará dos desafios enfrentados por mães que trabalham, e por fim, a terceira seção estudará a judicialização da educação infantil.

O direito de acesso à educação e o papel da Educação Infantil

A Educação Infantil é uma das etapas da Educação Básica, sendo destinada para crianças de 0 (zero) a 5 (cinco) anos, sendo a etapa anterior ao Ensino Fundamental. Ela desempenha um importante papel no desenvolvimento e aprendizado das crianças, muito além de desenvolvimento intelectual, abrangendo aspectos cognitivos, sociais, emocionais e físicos.

No cenário internacional, é amplamente aceito que a educação na primeira infância desempenhará um papel cada vez mais essencial na formação completa do indivíduo, no desenvolvimento de suas capacidades de aprendizado e no aumento do nível de inteligência. A inteligência não é uma característica geneticamente herdada ou transmitida pelo ensino, mas é construída pela criança desde o nascimento, por meio da interação social e da ação sobre objetos, circunstâncias e eventos (Victor, 2011).

Avaliações longitudinais, embora ainda em número limitado, indicam os impactos positivos da intervenção educacional nos primeiros anos de vida, seja em instituições específicas ou em programas de atenção educacional, tanto no desempenho acadêmico posterior quanto em outros aspectos da vida social. Pode-se afirmar com confiança que o investimento na educação infantil proporciona um retorno econômico superior em comparação a outras áreas (Victor, 2011).

Felipe de Melo Fonte (2021), ao falar do direito à Educação Básica traz que ele também deriva da necessidade de nivelar as condições iniciais dos cidadãos, um princípio fundamentado na justiça. No plano normativo, este direito se baseia nos princípios de liberdade e igualdade estabelecidos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, reforçados pelas regras específicas dispostas no artigo 206 e seguintes do mesmo texto constitucional, que estabelecem direitos subjetivos legítimos. Assim, o direito à educação assume uma importância única.

Dessa forma, garantir o acesso à educação é tarefa essencial para a formação da autoimagem do indivíduo, estabilizar suas aspirações e preferências e desenvolver características que o tornarão uma pessoa singular, concretizando a individualidade inerente à sua própria

personalidade, sendo estes elementos mínimos que caracterizam o processo civilizatório (Fonte, 2021).

Ainda, complementa Fonte (2021), o desenvolvimento da personalidade humana é assegurado, em primeiro lugar, por meio da educação básica, abrangendo tanto a educação infantil quanto o ensino fundamental. Esse direito foi estabelecido como uma norma pelo legislador constituinte original, conforme previsto no art. 208 da CF/88, incluindo seus incisos e o parágrafo 1º.

Dessa forma, é relevante destacar que durante essa fase da vida, os estudantes possuem direitos subjetivos, abrangendo aspectos como transporte, alimentação, materiais didáticos e assistência à saúde, todos no contexto escolar. Além disso, do sistema constitucional relacionado ao direito à educação, também podemos inferir o direito à implementação de políticas públicas voltadas para a erradicação do analfabetismo, a progressiva universalização do acesso à educação e o aprimoramento da qualidade do ensino, conforme estabelecido no Artigo 214 (Fonte, 2021).

Dessa forma, as políticas públicas educacionais não podem ser dissociadas do estudo da política. A vida, em todas as suas dimensões, é inherentemente política. Mesmo quando não têm a intenção de fazê-lo, os indivíduos são seres políticos, mesmo que afirmem buscar a despolitização. Os cidadãos elegem representantes políticos com a expectativa de que, uma vez eleitos, estes planejem e executem ações públicas benéficas em diversos setores, incluindo a educação. Os indivíduos conferem a autoridade de conduzir as cidades e o país na esperança de alcançar dias melhores (Lima, *et al.*, 2018).

Diante disso, o direito de acesso à educação, com ênfase no papel crucial da educação infantil, se apresenta como um alicerce fundamental para o desenvolvimento integral do indivíduo e para a construção de uma sociedade justa e igualitária. A educação infantil, para além de seus benefícios no desenvolvimento cognitivo, social e emocional da criança, configura-se como um direito fundamental que demanda a atenção e o investimento do Estado.

Assegurar o acesso à educação infantil, em sua integralidade, significa promover a igualdade de oportunidades, combater as desigualdades sociais e garantir que cada indivíduo tenha a chance de desenvolver plenamente seu potencial.

A efetivação desse direito, portanto, implica em políticas públicas eficazes que priorizem a educação desde a primeira infância, com a garantia de vagas, infraestrutura adequada e profissionais qualificados, construindo, assim, um futuro mais promissor para todos.

Mães que trabalham e a necessidade de vagas em tempo integral em escolas

As conceituações do papel da mulher na sociedade contemporânea são, em sua essência, pluralistas. Como consequência das novas relações de consumo, permaneceu no passado o modelo de mulher-esposa, que vivia exclusivamente para prover o lar e cuidar dos filhos, para, então, ingressar no mercado de trabalho. Entretanto, ainda que as mulheres tenham iniciado suas atividades laborais, o papel de dona de casa não mudou de figura e mulheres ainda são as principais responsáveis pela maior parte das atividades domésticas e parentais, porém com um tempo muito mais reduzido para tais afazeres.

Nesse sentido os desafios enfrentados por mulheres no mercado de trabalho são imensuravelmente maiores que os dos homens e, para se manter na sociedade contemporânea e líquida, são necessários muito mais esforços para chegar ao mesmo resultado que indivíduo do sexo oposto. Assim, os parâmetros das vidas modernas estão desregulados e, quanto mais se eleva o nível e os parâmetros de aperfeiçoamento, mais distante se está de uma vida plena e mais atrelados à liquidez das relações fica o indivíduo (Bauman, 2001).

Na sociedade contemporânea, as prioridades e objetivos mudam com rapidez, estabelecendo novos aprimoramentos e novos obstáculos para se alcançar o mesmo objetivo, cria-se uma incerteza do presente e futuro, tanto na vida pessoal, quanto profissional (Bauman, 2001). Em um cenário em que tais parâmetros estão presentes para todos os indivíduos, a situação para a trabalhadora mulher-mãe é ainda mais desfavorecida.

Corroborando com o fato exposto, tão latente é a problemática do *Opt Out* profissional que a Associação Brasileira de Recursos Humanos (ABRH, 2022) aponta que 30% das mulheres deixam o mercado de trabalho para cuidar dos filhos. Dessa forma, trazem Monteiro, Lemos e Costa:

As razões relacionadas ao trabalho que influenciam a decisão de interrupção da trajetória profissional estão associadas à quantidade, ao ritmo e à inflexibilidade do trabalho; à inadequação de opções de jornadas reduzidas; à falta de oportunidades de promoção e de trabalho interessante [...] apenas um pequeno número de mulheres com MBA da renomada Harvard Business School deixam as suas carreiras porque gostariam de se dedicar integralmente aos filhos. A grande maioria parte com relutância porque se vê exercendo papéis insatisfatórios e com perspectivas sombrias de progresso. A mensagem de que não são mais consideradas “jogadoras” é comunicada de várias maneiras [...] (Monteiro; Lemos; Costa, 2021, p. 139).

Conforme asseverado, o *Opt Out* não costuma ocorrer pelo desejo da mulher em se dedicar exclusivamente à maternidade, mas sim pela falta de oportunidades de ascensão no mercado de trabalho em virtude da sua condição de mãe, além da sobrecarga em suas vidas.

O trabalho feminino desempenha um papel fundamental nas famílias brasileiras, especialmente quando as mulheres são as provedoras. Isso tem um impacto direto na estrutura familiar, que é crucial para a sociedade. As mulheres enfrentam o desafio de equilibrar sua formação educacional e profissional com a idade fértil, o que pode levá-las a escolher entre maternidade e trabalho. Portanto, é crucial que haja apoio jurídico e social para ajudá-las nessa decisão (Séguin; Pimentel; Padilha, 2017).

A educação infantil é um direito essencial e o Estado deve garantir que crianças até 5 anos tenham acesso a creches e pré-escolas. No entanto, a falta de vagas em creches públicas é uma preocupação para as mulheres que precisam conciliar o trabalho com os cuidados com os filhos e as tarefas domésticas (Séguin; Pimentel; Padilha, 2017).

Do exposto, depreende-se que a necessidade de vagas em tempo integral em escolas se coloca como um desafio crucial para as mães que trabalham na sociedade contemporânea. A persistente desigualdade de gênero, a intensificação do ritmo de trabalho e a falta de suporte para conciliar as responsabilidades profissionais e maternas criam um cenário desafiador para as mulheres.

A garantia do acesso à educação infantil, por meio da oferta de vagas em tempo integral, não se configura apenas como um direito da

criança, mas também como um fator fundamental para a igualdade de gênero e para a permanência das mulheres no mercado de trabalho.

A superação dos obstáculos que levam ao *Opt Out* profissional exige políticas públicas eficazes que promovam a equidade de gênero, a valorização da maternidade e o reconhecimento da importância da educação infantil para o desenvolvimento das crianças e para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

A judicialização da cobertura da Educação Infantil

A carência de vagas e as necessidades das mães trabalhadoras acaba por induzir ao que se chama de “judicialização das políticas públicas”, em virtude, muitas vezes, da desorganização estrutural que ocorre do planejamento elaborado pelo Poder Público. Através da judicialização, acaba que as decisões judiciais estabeleçam novas prioridades e variáveis não previstas originalmente pelo administrador, invertendo a lógica da política governamental.

O Estado de bem-estar social surgiu como resposta às demandas de grupos sociais que buscavam maior proteção estatal. Essa mudança representou uma transformação no Direito, com o Estado utilizando-o como instrumento para regular diversos setores da sociedade. Habermas destaca a “*publicização da esfera privada*” e a “*abertura do direito para o futuro*”, com normas mais indeterminadas e generalizadas, em contraste com a antiga busca por certeza jurídica (De Oliveira Júnior; Fonseca Soares, 2011).

Como ponto de partida, o Supremo Tribunal Federal (STF), como a cúpula do Judiciário nacional, estabelece que o Estado tem a obrigação, como parte de seu dever geral, de fornecer creche e pré-escola para crianças de zero a cinco anos de idade, em conformidade com o artigo 208, inciso IV, da Constituição Federal, conforme modificado pela Emenda Constitucional n. 53/2006 (Victor, 2011).

Em notícia recente, o STF também traz o julgamento do Tema 548, de Repercussão Geral, no qual se buscava compreender se era dever estatal de assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a 5 (cinco) anos de idade, sendo de relatoria do Ministro Luiz Fux, restando fixada a seguinte tese:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. GARANTIA DE VAGA EM CRECHE OU PRÉ-ESCOLA ÀS CRIANÇAS DE ZERO A CINCO ANOS DE IDADE. AUTOAPLICABILIDADE DO ART. 208, IV, DA CF/88. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. [...] 5. A tese da repercussão geral fica assim formulada: 1. A educação básica em todas as suas fases – educação infantil, ensino fundamental e ensino médio – constitui direito fundamental de todas as crianças e jovens, assegurado por normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata. 2. A educação infantil compreende creche (de zero a 3 anos) e a pré-escola (de 4 a 5 anos). Sua oferta pelo Poder Público pode ser exigida, individualmente, como no caso examinado neste processo. 3. O Poder Público tem o dever jurídico de dar efetividade integral às normas constitucionais sobre acesso à educação básica. (RE 1008166, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 22-09-2022, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 19-04-2023 PUBLIC 20-04-2023).

A decisão estabelece que a educação básica, incluindo a educação infantil, é um direito fundamental assegurado pela Constituição Federal com aplicabilidade direta e imediata. Portanto, o Poder Público tem o dever jurídico de cumprir integralmente as normas constitucionais relacionadas ao acesso à educação básica. Isso implica que as creches e pré-escolas devem ser oferecidas pelo Estado, e os cidadãos podem exigir individualmente o cumprimento desse direito.

Resta clara a importância da educação infantil como um componente crucial da educação básica e como um direito das crianças e das mães. Além disso, a decisão destaca a separação dos poderes e a reserva do possível, afirmando que a oferta de educação infantil não viola esses princípios.

Ademais, conforme explica Daniel Silva Passos (2014), a visão dos juristas, em sua maioria, tende a ser estreita quando se trata de políticas públicas. Advogados públicos, membros do Ministério Público e juízes geralmente estão condicionados a um modelo racional de análise de políticas públicas, no qual acredita-se que compreender

os processos de formulação da agenda, desenho e métodos de avaliação seja suficiente para entender completamente o desenvolvimento das atividades do Estado.

Entretanto, em um Estado Democrático de Direito, o orçamento é crucial para a gestão das políticas públicas, definindo as prioridades e a concretização dos direitos sociais. Entretanto, o Estado atua como uma limitação, sendo frequentemente usada para justificar a inércia estatal na implementação de direitos sociais, tornando-se um ponto relevante na judicialização de políticas públicas (Victor, 2011).

Em suma, a judicialização das políticas públicas, embora possa ser um instrumento importante para a garantia de direitos fundamentais como o acesso à educação infantil, evidencia as falhas e contradições na atuação estatal. A decisão do STF no Tema 548 reforça a necessidade do Estado garantir vagas em creches e pré-escolas, reconhecendo a educação como direito fundamental de aplicação imediata.

Contudo, a persistente carência de vagas e a frequente necessidade de recorrer ao Judiciário para a efetivação desse direito expõem a complexa relação entre o planejamento estatal, a alocação de recursos e a garantia de direitos sociais, especialmente em um contexto de demandas crescentes e recursos limitados.

A busca por soluções que ultrapassem a judicialização e promovam uma efetiva implementação das políticas públicas, com a devida atenção à educação infantil, permanece um desafio crucial para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

Considerações finais

A presente pesquisa analisou a judicialização do direito à educação infantil no Brasil, com foco na necessidade de vagas em tempo integral para as mães que trabalham. A partir da investigação realizada, constatou-se que a garantia constitucional do direito à educação infantil, embora prevista na Constituição Federal, ainda enfrenta desafios para sua efetivação na prática.

Observou-se que a educação infantil desempenha um papel crucial no desenvolvimento integral da criança, impactando positivamente em sua vida social e acadêmica futura. No entanto, a falta de vagas em creches e pré-escolas, especialmente em tempo integral,

impõe obstáculos para mães que trabalham e necessitam conciliar o cuidado dos filhos com a vida profissional.

A pesquisa evidenciou que a judicialização do acesso à educação infantil surge como uma resposta à insuficiência de vagas, configurando-se como uma ferramenta para garantir o cumprimento desse direito fundamental. As decisões judiciais, em sua maioria, têm reconhecido a obrigação do Estado em fornecer vagas em instituições de educação infantil, inclusive em tempo integral, considerando as necessidades das famílias e o direito à igualdade de oportunidades.

Embora a judicialização represente uma importante via para a concretização do direito à educação infantil, a pesquisa demonstrou que essa prática também revela as falhas na implementação de políticas públicas eficazes para a primeira infância. A necessidade de recorrer ao Judiciário para garantir um direito fundamental evidencia a lacuna entre o discurso legal e a realidade social, demandando ações mais efetivas do Estado para a garantia do acesso à educação infantil.

Dessa forma, percebe-se que a judicialização do acesso à educação infantil, embora fundamental para a garantia desse direito, não deve ser a única solução para a falta de vagas em tempo integral. É crucial que o Estado invista na ampliação da oferta de vagas em creches e pré-escolas, priorizando a construção de novas unidades, a contratação de profissionais qualificados e a implementação de políticas públicas que atendam às necessidades das famílias, em especial das mães que trabalham.

A superação dos desafios relacionados ao acesso à educação infantil exige um esforço conjunto do Estado, da sociedade e das famílias, visando garantir o desenvolvimento integral das crianças e a igualdade de oportunidades para todos. Espera-se que esta pesquisa contribua para o debate sobre a importância da educação infantil e para a formulação de políticas públicas eficazes que promovam o acesso à educação de qualidade para todas as crianças.

Referências

- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário 1008166/SC**. Recorrente: Município de Criciúma. Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 22/09/2022. Publicado em 20/04/2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357440806&ext=.pdf>. Acesso em: 06 out 2023.

DE OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades; FONSECA SOARES, Marcos Cápio. **Direitos Humanos e Democracia: Interfaces A Partir De Políticas Públicas**. Novos Estudos Jurídicos, Itajaí (SC), v. 16, n. 1, p. 33–46, 2011. DOI: 10.14210/nej.v16n1.p33-46. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/3268>. Acesso em: 02 nov 2024.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 3^a ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LIMA, Caroline Costa Nunes; et al. **Políticas públicas e educação**. Porto Alegre: SAGAH, 2018.

Mês da Mulher: **poder público deve garantir matrículas para crianças em creches e pré-escolas**. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Publicado em: 29/03/2023. Disponível em: [https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=504792&ori=1#:~:text=O%20Poder%20P%C3%A7a%20tem%20obriga%C3%A7%C3%A3o,repercuss%C3%A3o%20geral%20\(Tema%20548\)](https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=504792&ori=1#:~:text=O%20Poder%20P%C3%A7a%20tem%20obriga%C3%A7%C3%A3o,repercuss%C3%A3o%20geral%20(Tema%20548)). Acesso em: 06 out 2023.

MONTEIRO, Paula Furtado Hartmann de Queiroz; LEMOS, Ana Heloísa da Costa; COSTA, Alessandra de Sá Mello da. **As Razões do Opt-out**: um Estudo sobre Mulheres que Interromperam suas Carreiras em Função da Maternidade. Sociedade, Contabilidade e Gestão, Rio de Janeiro, v. 16, n. 2, mai/ago, 2021. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/scg/article/download/42934/135-154>. Acesso em: 03 out 2023.

PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção judicial nas políticas públicas**: o problema da legitimidade. São Paulo: Saraiva, 2014.

SEGUIN, Élida; PIMENTEL, P.; PADILHA, C. **Creche**: Direito da Criança ou da Mãe Trabalhadora?. Revista Interdisciplinar do Direito

- Faculdade de Direito de Valença, [S. l.], v. 12, n. 1, 2017. Disponível em: <https://revistas.faa.edu.br/FDV/article/view/123>. Acesso em: 06 out 2023.

VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. **Judicialização de políticas públicas para a educação infantil:** características, limites e ferramentas para um controle judicial legítimo. São Paulo: Saraiva, 2011.

30% das mães deixam o mercado de trabalho para cuidar dos filhos. Associação Brasileira de Recursos Humanos (ABRH). Jan 2018. Disponível em <https://www.abrhbrasil.org.br/cms/30-das-maes-deixam-o-mercado-de-trabalho-para-cuidar-dos-filhos/>. Acesso em: 04 out 2023.

Capítulo 19

INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA SEGURIDAD SOCIAL: AVANCES, DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES

Felicitas M. Biré Barberán¹

Florencia C. Vely

Introducción

La justicia nacional y federal enfrentan un colapso operativo, que limita su capacidad para responder a los reclamos de la ciudadanía, generando desconfianza y descontento hacia el Poder Judicial.

El fuero de la Seguridad Social, desde su creación en la década de 1990 con la ley 24.631, no ha sido la excepción. Una de las principales razones, fue establecer que la Cámara Federal de la Seguridad, debía intervenir en el tratamiento de la totalidad de las apelaciones ordinarias deducidas en las causas previsionales que se iniciaban en todo el país. Esta circunstancia se prolongó por casi 20 años, lo cual produjo una clara postergación injustificada de la protección que el Estado debe otorgar a los jubilados.

Recién en el año 2014, la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante el fallo “Pedraza”², declaró la inconstitucionalidad de oficio del art. 18 de la ley 24.463, reconoció la competencia de las Cámaras Federales asentadas en las provincias y con ello logró descomprimir años de atrasos en la revisión de sentencias. Sin embargo, la realidad es que las Cámaras y los Juzgados tienen grandes volúmenes de causas, que requieren de atención urgente al estar comprometidos derechos de personas vulnerables.

¹ Abogada (UCSF), Secretaria Juzgado Federal de Posadas - Misiones, Investigadora CEDEAD.

² CSJN Fallos:337-530 “Pedraza”.

Las 100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad expresamente considera a la edad como causa de vulnerabilidad. Aclara, que el envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia.

Cabe recordar que el art.75 incs. 22 y 23 de la C.N., garantizan la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los Tratados internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en «especial respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad».

En ese marco, la ley n° 27360³ aprobó la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIPDHPM) que reconoce como su objeto «promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad». Establece la Convención, que se deben adoptar todas las medidas de cualquier índole incluido un adecuado acceso a la justicia para garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial.

La garantía de igualdad ante la ley implica un trato legal igualitario a quienes se encuentran en igualdad de condiciones y eliminación de discriminaciones arbitrarias o negativas entre las personas. En algunas circunstancias, resulta válido favorecer a determinadas personas si mediante esa discriminación, inversa o positiva, se procura compensar y equilibrar la marginación o el relegamiento desigualitarios.

El acceso a la justicia es un derecho humano fundamental que tiene toda persona y que constituye un pilar fundamental del estado de derecho en una sociedad democrática con la particularidad respecto del adulto mayor -en cuanto vulnerable- que el Estado ha asumido una especial protección de garantizar su goce.

Es jurisprudencia de la CIDH que «los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre derechos Humanos consagran el derecho al acceso a la justicia y que requiere que los procedimientos judiciales

3 Publicada en el Boletín Oficial de fecha 31/05/2017.

sean accesibles para las partes, sin obstáculos o demoras indebidas, a fin de que alcancen su objetivo de manera rápida, sencilla e integral⁴.

La CIPDHPM consagra en forma explícita el derecho de acceso a la justicia. Refiere al compromiso de los Estados Partes para adoptar y fortalecer «todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias y de cualquier otra índole, incluido un adecuado acceso a la justicia a fin de garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos».

La expresión acceso a la justicia debe interpretarse en un sentido amplio o bien que está conformado por varias etapas. Abarca tanto la etapa prejudicial como el ocurrir ante los órganos judiciales para obtener la tutela de sus derechos, pero la expresión también alcanza, por un lado, el derecho a obtener una sentencia fundada como que esa resolución pueda ser cumplida y ejecutada. La garantía debe hacerse efectiva en todas las etapas y en su mejor expresión.

En ese sentido ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre⁵. Tan así es porque toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección expedita en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte de los Estados miembros es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos.

El acceso a la justicia «se relaciona con la posibilidad de los individuos, en igualdad de condiciones, de reclamar y hacer valer sus derechos y eliminar cualquier situación de desigualdad, discriminación, violencia, maltrato o abuso que estén sufriendo. Este derecho humano fundamental e inalienable representa para las personas la puerta de reclamo para facilitar la resolución de sus controversias. Es un pilar fundamental en toda sociedad, relacionado con el principio constitucional de igualdad ante la ley⁶».

4 CIDH. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. 08/03/2018, recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo21.pdf>

5 CIDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. 04/07/2006, recuperado https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf

6 Feliciotti, Rosana El acceso a la justicia durante el proceso de envejecimiento, recuperado

El acceso efectivo a la justicia -en igualdad de condiciones- que exige la CIPDHPM a los Estados Parte con relación a las personas mayores, lo es incluso mediante la adopción de ajustes de procedimiento en todos los procesos judiciales en cualquiera de sus etapas. Los Estados Parte han asumido el compromiso de garantizar la debida diligencia y el tratamiento preferencial a la persona mayor para la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones en procesos judiciales» (art.31).

Una demora prolongada en la tramitación de un proceso transgrediendo los principios procesales de plazo razonable y celeridad, constituye en principio, una violación a los derechos humanos y causa de responsabilidad del Estado por incumplimiento de compromisos asumidos internacionalmente.

Por eso propongo abordar en este trabajo, la manera en que la inteligencia artificial puede contribuir a dar mayor eficacia a la justicia en este fuero. Y, en consecuencia, a través de la utilización de una herramienta aportada por la IA, lograr el dictado de sentencias definitivas integrales que, a partir de datos del expediente, reflejen las liquidaciones (haber inicial, haber corregido, diferencias no abonadas, intereses) y contribuyan no solo a reducir el tiempo de respuestas en las ejecuciones de sentencias, sino también a garantizar que los derechos reconocidos en el fallo, no se vean frustrados por el trascurso del tiempo. De esta manera no solo se contribuye a que los principios procesales de plazo razonable y celeridad sean respetados, sino que además se garantiza que el acceso a la justicia de los jubilados y pensionados sea efectivo.

Problema de investigación

La sentencia es el acto jurídico emanado de uno o más jueces (según resulte ser un tribunal unipersonal o colegiado) y revestido de las formalidades necesarias, que tiene como fin dar por concluido un pleito brindando una de las soluciones posibles que la ley prescribe.

También es posible afirmar que se trata del pronunciamiento más importante que realizan los jueces en las causas judiciales que llegan a su conocimiento. Ahora bien, en el extenso universo de reclamos judiciales que existe en materia de la seguridad social, con un enfoque global y con la aplicación del principio de pareto; es posible

realizar una segmentación de esos reclamos ya que, a pesar de sus aristas, sus sentencias se basan en criterios jurisprudenciales ampliamente aceptados.

Tal es el caso de los reclamos por reajuste de las movilidades de los beneficios previsionales y sus respectivas liquidaciones de diferencias retroactivas no abonadas. Estos casos son resueltos por la unanimidad de los juzgados competentes en la materia, siguiendo lineamientos fijados por fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En ese contexto, las personas ajena al derecho podrían intuir que es algo relativamente ágil; sin embargo, la realidad judicial evidencia que, el análisis para determinar en cuál de todos los lineamientos fijados por el Máximo Tribunal se encuadra el caso, continúa siendo un trabajo que demanda el tiempo del personal humano.

A ello cabe agregar, que estas sentencias determinan los parámetros para la redeterminación del haber inicial y las pautas de movilidad; pero esclarecer cuál es el monto al que debe ser actualizado el haber jubilatorio y las diferencias de dinero a favor de las personas jubiladas, son cuestiones que recién es posible conocer en la etapa de ejecución de las sentencias. Además de los plazos procesales obligatorios, se podrá advertir que estas circunstancias son factores que provocan las demoras de años en que las personas jubiladas obtengan la corrección de sus haberes y los pagos retroactivos.

Se trata de evitar imponer a las personas ancianas cargas procesales desproporcionadas y desajustadas al estado actual del proceso. Una ponderación adecuada de la incidencia del tiempo en estos litigios exige -por mandato constitucional- compatibilizarlos con la propia vida de los justiciables, quienes, de quedar sujetos a nuevas esperas, conforme al desenvolvimiento natural de los hechos, verían frustrada la sustancia de sus derechos.

Para que la tutela judicial sea efectiva, no sólo se debe garantizar el acceso a la justicia, sino que las resoluciones deben dictarse y cumplirse respetando el principio del plazo razonable, de economía y concentración procesal, porque la edad avanzada de actor podría frustrar la satisfacción de derechos reconocidos por la sentencia.

La expresión plazo razonable forma parte de las exigencias del art.31 de la CIPDHPM. La persona mayor tiene derecho a ser oída,

con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable. Esta garantía se extiende a todos los fueros sin excepción.

La misma Corte ha delineado el concepto de plazo razonable en numerosos precedentes; así ha dicho que «el derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia, consagrado en el citado art. 18, requiere que la tutela judicial resulte efectiva; esto es, que sea oportuna y posea la virtualidad de resolver, sin dilaciones, las cuestiones sometidas a su conocimiento»⁷.

Justificación

Existen oportunidades de optimizar el proceso previsional desde su inicio hasta la conclusión de las causas sin la necesidad -en principio- de introducir modificaciones legislativas. En este contexto y a pesar de los plazos procesales irreductibles, desde la interposición de la demanda -actualmente digital-, la carga de los datos que dan origen a los expedientes electrónicos, providencias de trámite, la incorporación de los sumarios administrativos, las sentencias y su posterior trámite de ejecución; es posible acortar drásticamente los tiempos del litigio.

Si bien a continuación, se desarrollará la idea de un proyecto de inteligencia artificial centrado en las sentencias y su ejecución; no puedo dejar de mencionar que existen otros pequeños cambios en los actuales sistemas del Poder Judicial de la Nación que contribuirían a dar mejoras significativas al servicio de justicia.

Para brindar números más concretos, podemos tomar un informe publicado (85-2015), donde la Auditoría General de la Nación advirtió “una demora promedio de 3 años 6 meses y 13 días corridos hasta el dictado de la sentencia de primera instancia y de 9 meses y 12 días corridos entre la sentencia de primera instancia y la sentencia de Cámara. Del análisis efectuado, se ha determinado una demora promedio de 4 años 7 meses y 24 días corridos en la tramitación de un proceso judicial por reajuste y movilidad, considerando la fecha de inicio del proceso judicial hasta la sentencia firme, y una demora promedio de 7 años 6 meses y 6 días hasta el mensual en que el Organismo puso al pago la liquidación de sentencia. En el análisis efectuado no se está considerando el tiempo que transcurre hasta la habilitación de la

⁷ CSJN Fallos: 339:740.

instancia judicial”. De ello puede extraerse que la etapa de ejecución de sentencia tiene una demora promedio de más de 2 años.; lo cual es superior al plazo legal previsto de 120 días (art. 22 de la ley 24.463).

De allí entonces, la importancia de ofrecer soluciones que, mediante la incorporación de la tecnología disponible, contribuya a reducir estos tiempos de respuesta en el proceso, al dictarse sentencias integrales que no solamente contemplen los fallos de la CSJN⁸ para realizar a posteriori la liquidaciones judiciales, sino que además nos brinde la solución numérica para que la ejecución pueda cumplirse en los plazos procesales que prevé la ley (art. 22 de la ley 24.463) y de esa manera brindar un servicio de justicia eficaz a las personas jubiladas, retiradas y pensionadas.

Objetivos

Objetivo general

Optimizar el proceso judicial en el fuero de la Seguridad Social en Argentina, mediante la implementación de herramientas de inteligencia artificial que nos permitan dictar sentencias integrales, utilizándose a partir de los datos del expediente administrativo, que puedan determinar cuáles son los fallos de la CSJN (parámetros) se deben aplicar, pero además que en esa misma sentencia entregue los resultados en números: a cuanto se debe reajustar el haber inicial, cuantos es el haber corregido, a cuánto ascienden las diferencias no abonadas y sus intereses correspondientes.

En la práctica judicial, el cambio que propongo es estructural para este tipo de reclamos, ya que implica además de reducir la cantidad de liquidaciones y de apelaciones en los tribunales, que el proceso de reajuste previsional y su etapa de ejecución, cumplan los plazos procesales previstos en la ley 24.463. Pero también cambiaría radicalmente la función de la UCADEP, que actualmente representa un cuello de botella a la hora de liquidar los juicios de todo el país.

8 CSJN Fallos 329:3089 y 330:4866 “Badaro”; 332:19214 “Eliff” entre otros.

Objetivos específicos

- a. Analizar las causas y consecuencias de las demoras en el fuero de la Seguridad Social.
- b. Identificar los factores estructurales y operativos que contribuyen a las demoras en la resolución de casos de reajuste y movilidad previsional.
- c. Evaluar el impacto de estas demoras en los jubilados y pensionados, así como en el sistema judicial.
- d. Explorar el potencial de la inteligencia artificial en la optimización del proceso judicial.
- e. Investigar las aplicaciones actuales de inteligencia artificial en sistemas judiciales similares a nivel internacional.
- f. Identificar tecnologías y metodologías específicas de inteligencia artificial que podrían ser implementadas en el fuero de la Seguridad Social.
- g. Diseñar un modelo de implementación de inteligencia artificial adaptado al fuero de la Seguridad Social.
- h. Proponer un marco conceptual para la integración de inteligencia artificial desde la presentación de demandas hasta la ejecución de sentencias.
- i. Desarrollar recomendaciones prácticas para la digitalización de expedientes, automatización de trámites administrativos y gestión eficiente de ejecuciones judiciales.
- j. Evaluar los beneficios y riesgos de la implementación de inteligencia artificial en el fuero de la Seguridad Social.
- k. Proponer recomendaciones para la mejora continua del sistema judicial.
- l. Establecer medidas para monitorear y evaluar la efectividad de las soluciones implementadas, con el objetivo de garantizar su sostenibilidad y adaptabilidad a largo plazo.

Marco teórico

La introducción de la inteligencia artificial (IA) en el ámbito judicial presenta una oportunidad para mejorar la eficiencia y la precisión en la resolución de casos.

Las aplicaciones de IA incluyen desde el procesamiento automatizado de documentos legales hasta sistemas avanzados de análisis predictivo para determinar la aplicabilidad de precedentes judiciales y optimizar la gestión de expedientes. Estas tecnologías aceleran los tiempos de respuesta judicial y contribuyen al cumplimiento de los principios procesales de plazo razonable, economía y celeridad procesal que son los pilares que deben reinar en todos los procesos para lograr una respuesta eficiente de la justicia.

El proyecto propone la integración de herramientas de IA desde la presentación de demandas hasta la ejecución de sentencias en el fuero de la Seguridad Social. Esto implica la digitalización de expedientes, la automatización y la implementación de sistemas de análisis predictivo para la resolución eficiente de casos de reajuste y movilidad previsional.

Por eso se realizará un estudio integral del escenario normativo referente a la protección de los derechos de los adultos mayores relacionado al acceso a la justicia mediante la garantía de un proceso eficiente. El punto de partida son las normas nacionales como la ley nº 24463 (Sistema integrado de jubilaciones y pensiones), la Ley nº 27360 que aprueba la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIPDHPM) y luego tener en cuenta que la Argentina en el plano internacional, ha reconocido la importancia del respeto de los derechos humanos, mediante la adhesión, a la Carta Internacional de los Derechos Humanos, compuesta por: 1) La Declaración Universal de los Derechos Humanos; 2) El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; y 3) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; instrumentos que sirven como fundamento a la obligación de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos allí consagrados dentro y fuera de los Estados. Además, por vía del art. 75, inciso 22º, de la Constitución Nacional, la República Argentina ha otorgado jerarquía constitucional, además de los instrumentos consignados en el párrafo anterior, entre otros, a la Declaración Americana de los

Derechos y Deberes del Hombre, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. La creación de dichos instrumentos ha tenido por objeto la protección de grupos considerados históricamente vulnerables, que han sido colocados en desventaja frente a los demás colectivos de la sociedad. Los actos jurisdiccionales de los Jueces y Juezas de la República Argentina deben estar guiados no solo a la estricta aplicación de la legislación local, sino también aquella legislación internacional que se incorpora en nuestro sistema de derecho vigente, ya sea por vía consuetudinaria o mediante la ratificación de los tratados internacionales, con especial atención al principio *pacta sunt servanda* y los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

En efecto, entrada en vigencia la Convención Interamericana sobre la Protección de Derechos Humanos de las Personas Mayores, Argentina se adhirió muy rápidamente a este nuevo instrumento regional, de modo que, como parte del Derecho Interno, cuenta con jerarquía superior a la ley, habilita a las personas a fundar sus reclamos jurídicos bajo su marco y obliga a todos los operadores y jueces a aplicarla con primacía, incluso respecto del nuevo código civil y comercial de la nación.

En el plano local, la visión “estructural” de la igualdad ha sido incorporada expresamente en el artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional que establece entre las atribuciones del Congreso “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

Por otro lado, será necesario consultar doctrina dirigida resolver diferentes interrogantes que existen en relación a la aplicación de inteligencia artificial a decisiones judiciales, como por ejemplo de verificar la compatibilidad de la utilización de estas técnicas de la IA con los principios procesales (plazo razonable, economía y celeridad procesal) que deben reinar para garantizar el acceso a la justicia de este grupo vulnerable.

Hipótesis

La implementación de herramientas de inteligencia artificial en el fuero de la Seguridad Social en Argentina contribuirá significativamente a reducir las demoras en la resolución de casos y mejorar la eficiencia del sistema judicial, simplificar, estandarizar procesos judiciales, optimizar el análisis de casos y acelerar la ejecución de sentencias. Permitiendo con ello garantizar la efectividad del principio de plazo razonable, economía y celeridad procesal como norte del pleno acceso a la justicia por parte del colectivo vulnerable en estudio.

Marco metodológico

Técnica documental: fuentes a consultar

Normativa y Legislación: Ley nº 24463 (Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones).

Ley N° 27360 aprueba la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIPDHPM). Tratados internacionales.

Jurisprudencia: Sentencias y resoluciones de tribunales federales inferiores, de la Cámara Federal de la Seguridad Social y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos, “Pedraza”, “Badaro”, “García”, entre otros. Jurisprudencia de la CIDH.

Informes de Auditoría: Informes de la Auditoría General de la Nación sobre el funcionamiento del sistema judicial y estadísticas sobre tiempos de resolución.

Doctrina nacional e internacional: Libros, artículos, estudios sobre el uso de inteligencia artificial en el ámbito judicial y sobre principios procesales, debido proceso y procesal constitucional.

Informes de Organizaciones: Documentos instituciones que estudian el acceso a la justicia y el impacto de las demoras en los jubilados.

Análisis de Datos Cuantitativos

Recopilar y analizar estadísticas en juzgados sobre tiempos de resolución, volúmenes de casos en el fuero de la Seguridad Social.

Para una mejor calidad de datos, sería importante realizar una medición en diferentes tribunales del país, a fin de poder establecer un promedio general; tomando la realidad de los juzgados federales de Posadas y Oberá (Misiones), cada causa de reajuste de haberes requiere de tiempo aproximado de 5hs. para el análisis del expediente, elaboración del proyecto de sentencia y control.

Partiendo de esta línea de base y tomando la jornada laboral de 6 hs., en términos generales podemos decir que una persona dedicada exclusivamente a esta tarea podría realizar 6 sentencias por semana y 24 al mes. A esta situación se debe agregar los plazos de revisión por las Cámaras Federales de Apelaciones (6 a 9 meses). Una vez iniciada la etapa de ejecución, actualmente las sentencias se

remiten a la UCADEP de la ANSES quien tiene el plazo de 120 días hábiles para corregir los haberes y pagar los retroactivos.

Ante este panorama, el sistema propuesto contribuirá a realizar el análisis y elaboración del proyecto de sentencia, es decir el 80% del trabajo que actualmente demanda las 5hs. Pero la celeridad más importante ocurre al hacer posible que la sentencia incluya y traduzca los lineamientos en números y determine el valor del haber jubilatorio reajustado y los montos de las diferencias a abonar.

Es decir que la realidad demuestra que la liquidación de las sentencias en UCADEP dilata por al menos 2 años el cumplimiento y pago a las personas jubiladas, por lo que el sistema propuesto podrá eliminar estas demoras.

Estudio de Casos

Analizar casos específicos donde se ha implementado inteligencia artificial en sistemas judiciales similares a nivel internacional, para identificar buenas prácticas.

Por ello podemos hablar de una investigación dogmática en tanto que se centra en el análisis de leyes, tratados y decisiones judiciales,

y se busca entender cómo se aplican estas normas en el contexto de la justicia para adultos mayores.

Por otra parte, la investigación incluye la interpretación de artículos de la Constitución, leyes específicas y tratados internacionales, lo que refleja un método dogmático, donde el objetivo es esclarecer el significado y alcance de las normas.

También se enfoca en los derechos de las personas mayores y el acceso a la justicia, analizando cómo estos derechos están garantizados por el marco normativo vigente.

Asimismo, se identifican problemas específicos dentro del sistema judicial, como la dilación en los procesos, el incumplimiento de plazos procesales, la vulneración de los principios procesales y aunque se menciona la posibilidad de utilizar tecnología para mejorar los procesos, la investigación parte de un marco normativo existente y busca proponer soluciones dentro de ese contexto.

Por otro lado, cabe remarcar que el trabajo de investigación que propongo tiene un enfoque mixto, combinando elementos cualitativos y cuantitativos.

El enfoque cualitativo se puede observar en el análisis de las causas y consecuencias de las demoras, así como en la evaluación del impacto en los jubilados y pensionados. Esto implica una comprensión profunda de las experiencias y percepciones de los actores involucrados.

El enfoque cuantitativo se manifiesta en la recopilación de datos sobre tiempos de resolución de casos, demoras promedio y otros indicadores numéricos que permiten medir la eficiencia del sistema judicial. Incumplimiento de los plazos procesales.

En cuanto a la tipología de investigación, se puede considerar descriptiva en el sentido de que busca detallar y caracterizar el estado actual del sistema judicial en el fuero de la Seguridad Social, así como las demoras y sus causas. Y, además, tiene un componente explicativo, ya que busca entender las razones detrás de las demoras y cómo la inteligencia artificial puede mejorar la situación.

En conclusión, el proyecto puede clasificarse principalmente como descriptivo y explicativo, con un enfoque mixto que integra tanto aspectos cualitativos como cuantitativos.

Conclusión

Para culminar, debo destacar que la problemática previsional involucra a diferentes organismos y poderes del Estado Argentino y resulta imprescindible que sea el Poder Judicial -como garante de los derechos de nuestra constitución-, quien adopte políticas de gestión e incorpore nuevas tecnologías y/o medidas como las aquí propuestas con el objeto de brindar un servicio de justicia acorde a las exigencias de la sociedad que demanda una mayor celeridad y eficacia.

La pandemia del COVID-19 aceleró la implementación del expediente electrónico, lo cual sin dudas ha reportado mejoras, también trajo las oportunidades de tener una mayor cantidad de datos disponibles, los cuales en el futuro generarán un cambio exponencial en el paradigma de la justicia argentina; y es en este horizonte que este proyecto busca ofrecer ideas que sumen a mejorar el servicio.

A ello, cabe agregar que existen otras medidas como la automatización en la

interposición de las demandas o en despacho de providencias del trámite procesal son herramientas complementarias a lo propuesto en este proyecto y ayudaría aún más a reducir los años de demoras.

Incluso, estas herramientas redundarían en reducir tareas mecánicas del personal judicial, logrando que puedan enfocarse el análisis humano a cuestiones jurídicas que presenten mayor complejidad dentro de la seguridad social.

En el fuero abordado, los actores de los litigios son personas de la tercera edad, adultos mayores e incluso personas que se han incapacitado para su vida laboral activa. Por ende, reducir todas las medidas tendientes a reducir los tiempos de litigio serán una manera de dar un mayor sentido de justicia a este universo de personas constitucionalmente protegidas.

Bibliografía

Leyes:

Constitución Nacional Argentina.

Ley nº 24.463 (Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones).

Argentina. (1995). Ley N° 24.463, Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones. Boletín Oficial de la República Argentina.

Argentina. (2014). Ley N° 27.360, aprueba la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIPDHPM). Boletín Oficial de la República Argentina.

Convenciones Internacionales:

Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIPDHPM).

Organización de Estados Americanos. (2015). Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2008). Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad. Organización de Estados Americanos.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/index.html>

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966). Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>

Organización de Estados Americanos. (1948). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Organización de Estados Americanos. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1979). Convención sobre

la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.htm>

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1969). Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. <https://treaties.un.org/>

Jurisprudencia:

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2004). Fallos: 337-530, Pedraza.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2005). Fallos: 329:3089 y 330:4866, Badaro.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2013). Fallos: 332:19214, Eliff.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018). Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas [Sentencia de 8 de marzo de 2018]. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo21.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). Caso Ximenes Lopes vs. Brasil [Sentencia de 4 de julio de 2006]. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf

Doctrina Nacional e Internacional:

Banco de Desarrollo de América Latina (CAF). (n.d.). Hangout CAF: Ciencia de datos e inteligencia artificial para la administración de Justicia.

Recomendaciones para el uso de Inteligencia Artificial. (n.d.). Recuperado de <https://www.argentina.gob.ar/justicia/derechofacil/leysimple/educacion-ciencia-cultura/recomendaciones-para-el-uso-de>

Aramedia Falco, M. (2021). Retos y oportunidades jurídicas ante la digitalización. En Estudios sobre los desafíos jurídicos ante la digitalización. Universidad de Granada.

Amazon Web Services. (n.d.). Amazon Comprehend: Guía para desarrolladores (pp. 117-118).

Barranquero, J. (2022). Introducción a la anonimización de datos: Técnicas y casos prácticos (p. 9). Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

- Corvalán, J. G. (2019). IA y proceso judicial. *Diario DPI*, 9-10.
- Corvalán, J. G., Díaz Dávila, L., & Simari, G. (2021). Inteligencia artificial: Bases conceptuales para comprender la revolución de las revoluciones. En *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho* (Tomo 1). Thomson Reuters.
- Gutiérrez, A., & Flórez, I. (2020). Inteligencia artificial (IA) aplicada en el sistema judicial en Colombia. *Revista Derecho y Realidad*, 18(35), 53-80.
- Muente Kunigami, A., & Palomino, N. (2019). Datos abiertos: Conceptos básicos y temas claves. Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Recuperado de <https://blogs.iadb.org/conocimientoabierto/es/datos-abiertos/>
- Romero Coronado, J. (2024). Impacto del Big Data y la inteligencia artificial en la gestión de seguridad social. *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum, Extraordinaria* 6, 49-70.
- Russell, S., & Norvig, P. (2009). *Artificial Intelligence: A Modern Approach* (3^a ed.). Prentice Hall.
- Sánchez Ávalos, R., González, F., & Ortiz, T. (n.d.). Uso responsable de la IA para las políticas públicas: Manual de ciencia de datos (p. 29). Banco Interamericano de Desarrollo (BID).
- Tomo, A. (2022). Inteligencia artificial, Big Data y tutela de los datos personales. Universidad Complutense de Madrid.
- Peyrano, J. W. (2011). *Principios Procesales* (Tomo 1, 1^a ed.). Rubinzel Culzoni.
- Gozaini, O. A. (2006). *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*.
- Ministerio Público Fiscal. (2021). Acceso a la Justicia para los adultos mayores. Recuperado de <https://mpf.gob.ar>

Capítulo 20

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O TEMA 1.234 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: NOVOS PARÂMETROS JUDICIAIS

Renan Ricardo Jung¹

Introdução

O presente artigo científico aborda a judicialização da saúde e as peculiaridades da novel decisão do Supremo Tribunal Federal no Tema de Repercussão Geral 1.234 nos processos judiciais no país. Justifica-se o presente trabalho por ser um tema altamente discutido em âmbito legal, doutrinário e jurisprudencial, sendo uma realidade presente em todos os graus dos Tribunais, materializando-se em incontáveis questões postas à discussão do Estado-Juiz. Quanto ao problema, questiona-se sobre a eficácia dos novos parâmetros adotados no julgamento com efeito *erga omnes* na efetivação do direito fundamental à saúde, bem como se há exclusão de minorias ao decidir o caso sob a nova ótica a que deve ser observada na decisão de juízo exauriente. Como hipótese, acredita-se que, pela decisão ter pendido às questões econômicas estatais, tenha dificultado às populações minoritárias o acesso à saúde na via judicial, que geralmente é o último recurso buscado pelo indivíduo. Como metodologia utilizou-se da pesquisa bibliográfica por meio de livros físico e sites, especialmente do Supremo Tribunal Federal. O objetivo, por fim, é identificar as mudanças que serão provocadas desde o trânsito em julgado do referido tema, auxiliando os operadores do Direito em uma atuação uníssona com técnicas de escol.

¹ Pós-graduado *lato sensu* em Direito Previdenciário pela Verbo Jurídico; bacharel em Direito pela CNEC Santo Ângelo.

Judicialização da saúde no Brasil

A Constituição Federal de 1988 caracteriza-se por ser positiva, principiológica, analítica e dirigente, entre outros, justamente para rechaçar o período ditatorial que passou o país desde o ano de 1964. Assim, elegeram-se diversos direitos fundamentais dos cidadãos.

Entre eles, está o direito à saúde, consagrado pela nossa Carta Magna em seu art. 196 (Brasil, 1988), o qual dispõe que:

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

Desmembrando tal artigo, evidencia-se a responsabilidade atribuída ao Estado não apenas na proteção da saúde, mas ainda em sua promoção e, principalmente, recuperação.

Não apenas na referida passagem, mas o direito à saúde está consagrado como direito social em seu art. 6º da Constituição Federal. Como leciona Pedro Lenza (2021), a doutrina aponta a dupla vertente de tais direitos, tendo uma natureza negativa, onde aponta uma obrigação de abstenção de atos que prejudiquem terceiros; e uma natureza positiva, obrigando o Estado a implementar o direito posto.

Nesse viés, abriram-se ensanchas para a lenta, mas gradual, judicialização do direito à saúde. Onde antes havia tímida provocação judicial para efetivação do direito à saúde, hoje trata-se de um tema amplamente discutido pelos atores sociais em todas as respectivas esferas.

Como pontuado por Felipe Dutra Asensi e Roseni Pinheiro (2009):

Neste sentido, uma das principais estratégias adotadas, segundo a pesquisa, consiste na criação de um sistema controle e efetivação que permita às políticas públicas de saúde tornarem-se cada vez mais estatais e cada vez menos governamentais. Isso permite intensificar os caracteres de longevidade das políticas públicas de forma articulada a compromissos explícitos supragovernamentais em conjugação com as instituições jurídicas e a sociedade civil. Assim, a atividade de governo passa a ser uma atividade em constante problematização, pois abre e amplia o debate sobre

a adequação entre meios e fins de ação a partir da inserção de diversos saberes e práticas em seu interior.

Logo, por mais que hajam iniciativas governamentais, deveria-se observar o direito da saúde sob um prisma Estatal, longe das constantes alternâncias de poder do Executivo que, a fim de justificar votos, alteram e recriam programas, gerando insegurança para a população.

Percebe-se o tamanho do desafio do Poder Judiciário frente às demandas sociais que postulam a recuperação daquilo que pode ser considerado um dos maiores bens de uma pessoa: a saúde. Ora, se a vida e a dignidade são direitos fundamentais, expressos no *caput* do art. 5º da Constituição de 1988, protege-se naturalmente o direito de viver bem.

Não apenas se faz políticas públicas no Executivo e no Legislativo, mas acaba por fazer também o Judiciário. Nesse sentido, Mirian Ventura *et al*(2010) já mencionava a necessidade de atuação interpoderes para promoção do direito à saúde:

O fortalecimento destes mecanismos de controle do poder estatal e de prestação de contas passa a integrar a própria estrutura de garantia dos direitos humanos, sob a ótica de que a legitimidade do poder político não está restrita à representatividade, mas está igual e diretamente relacionada à transparência e accountability no que se refere às políticas públicas. Neste sentido, a ampliação do poder judicial, com a consequente judicialização da política, não pode ser analisada de maneira pontual e isolada, mas, sim, como um fenômeno situado historicamente no processo de construção democrática da sociedade brasileira, e potencialmente favorável à ampliação dos mecanismos de participação e garantia de direitos. A identificação do Judiciário como arena de embate – onde se garante formalmente a igualdade com o contraditório e a ampla defesa – é uma resposta à insuficiência ou deficiências dos canais institucionais tradicionais de controle social e de participação popular.

Nessa toada, muitas são as ações de obrigação de fazer exigindo o fornecimento de medicamentos, cirurgias e outros assuntos relacionados à saúde suplementar. Como forma de desjudicialização, acertadamente exige-se o prévio requerimento administrativo aos entes federativos para que haja a pretensão resistida, oportunizando uma resposta mais célere e econômica.

No entanto, raramente isso acontece, necessitando movimentar a máquina judiciária para ver efetivado seu direito. Em um país cada

vez mais idoso, são esperados maiores desafios na promoção do bem estar social.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, mais de quinhentos e sessenta mil processos relativos à saúde foram ajuizados em 2023; somente neste ano, mais de meio milhão de processos foram protocolados também envolvendo o direito à saúde (2024, Conselho Nacional de Justiça).

Embora haja alegações processuais da reserva do possível para que esquivar-se das obrigações constitucionalmente impostas, ressalta-se que há um embate principiológico entre este e o direito à saúde.

Vale aduzir que a essencialidade do direito à saúde, indissociável do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, prepondera sobre o princípio da reserva do possível, cuja aplicação tem sido relativizada pelo Supremo Tribunal Federal desde o julgamento da ADPF 45/DF. Nesse sentido, destaca-se trecho do seguinte julgamento (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2014):

Recurso Extraordinário com Agravo (Lei nº 12.322/2010)
– Manutenção de rede de assistência à saúde da criança e do adolescente – Dever estatal resultante de norma constitucional
– Configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao município – Desrespeito à constituição provocado por inércia estatal (RTJ 183/818-819) – comportamento que transgride a autoridade da lei fundamental da república (RTJ 185/794-796) – a questão da reserva do possível: reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191-197) – o papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo Poder Público – A fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao poder público – A teoria da “restrição das restrições” (ou da “limitação das limitações”) – Caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde (CF, arts. 6º, 196 e 197) – A questão das “escolhas trágicas” – A colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em

comportamento afirmativo dos juízes e tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do Direito – Controle jurisdicional de legitimidade da omissão do poder público: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso) – Doutrina – Precedentes do Supremo Tribunal Federal em tema de implementação de políticas públicas delineadas na Constituição da República (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – Existência, no caso em exame, de relevante interesse social – Recurso de agravo improvido.

[...] Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a proteção à saúde – que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 196) – tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial. (ARE 745745 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 02/12/2014, Processo Eletrônico Dje-250 Divulg 18-12-2014 Public 19-12-2014)

Ainda que toda vida seja igualmente importante, tal questão exorbitou nos processos refentes a tratamentos de alto custo, em especial quando não incorporados ao Sistema Único de Saúde. Tal questão foi submetida ao Supremo Tribunal de Federal, originando o Tema 1.234, com repercussão geral reconhecida, o qual passa-se a ser estudado.

Do julgamento do tema 1.234 do Supremo Tribunal Federal

Diante da judicialização inchada da saúde, ao Supremo Tribunal Federal competiu definir sobre medicamentos de alto custo não incorporados no Sistema Único de Saúde.

Como menciona o Ministro Luís Roberto Barroso, o tema abordado “é uma matéria em que não há solução juridicamente fácil nem moralmente barata” (CORDEIRO, 2024).

Como há vedação ao princípio do *non liquet* no ordenamento jurídico pátrio, e conscientes da responsabilidade atribuída por ser guardião da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu os seguintes parâmetros para o julgamento das ações de medicamentos (Supremo Tribunal Federal, 2024).

São considerados não incorporados os medicamentos que não constam no Sistema Único de Saúde, bem como os *off label* e os não registrados na Anvisa. Ao analisar pedido de concessão de tais medicamentos, o Estado-Juiz é obrigado a analisar o ato administrativo comissivo ou omissivo acerca da não incorporação pela Conitec e da negativa de fornecimento na via administrativa, não podendo substituir a vontade do administrador.

Tratando a ação de medicamento não incorporado, o autor deve demonstrar cabalmente a necessidade do fármaco em específico, prestigiando o art. 373, inc. I, do Código de Processo Civil, carregando o ônus da prova quanto a fato constitutivo de seu direito. Para tanto, deverá utilizar, com fundamento na Medicina Baseada em Evidências, a segurança e eficácia do fármaco através de evidências científicas de alto nível, sendo aceitos apenas ensaios clínicos randomizados, revisão sistemática ou meta-análise.

Não basta a mera alegação de necessidade do fármaco, mas ainda parecer técnico de profissional que evidencie que nenhum outro substituto terapêutico incorporado ao SUS é aplicável ao caso concreto.

Ainda, a análise judicial da negativa restringe-se ao exame da regularidade do procedimento e da legalidade do ato de não incorporação do medicamento junto às políticas públicas do SUS.

Nota-se que há um afastamento do poder decisório do juiz quanto ao seu ao seu livre convencimento fundamentado, pois encontra óbice pelo *decisum* para mera averiguação do controle de legalidade.

Na prática, a atuação dos profissionais mantém-se com poucos reparos, sendo de bom tom a observância do Enunciado nº 35 do Conselho de Justiça Federal:

Nas demandas de saúde é recomendável que a petição inicial esteja instruída com todos os documentos relacionados com o diagnóstico e tratamento do paciente, tais como: doença com CID, histórico médico, exames essenciais, medicamento ou tratamento prescrito, dosagem, contra-indicação, princípio ativo, duração do tratamento, prévio uso dos programas de saúde pública ou suplementar, indicação de medicamentos genéricos, planos terapêuticos entre outros, bem como o registro da solicitação à operadora e/ou respectiva negativa.

O Tema 1.234 do Supremo Tribunal Federal restringe-se, naturalmente, aos casos mais excepcionais da medicina, não albergados pelo Sistema Único de Saúde. No entanto, são pessoas com doenças raras e tratamentos excepcionais que mais necessitam de medicamentos de alto custo.

Justamente por não ter uma quantidade de pessoas que preencham os requisitos para o estudo, o estudo da evolução e combate à tais doenças mostra-se difícil. Ora, um teste necessita de uma amostra considerável para que seja representativo.

Tais imposições vão de encontro ao instituto da tutela de urgência, que pressupõe, para concessão do direito de forma liminar, a probabilidade do direito e o perigo de dano. Se há tal pedido para concessão do fármaco, naturalmente há perigo de dano na espera da análise de todos os pré-requisitos ora sedimentados, a qual, repisa-se, é de repercussão geral e, portanto, de aplicação obrigatória por todos os Tribunais do país.

Nesse sentido, prejudicam-se as pessoas mais necessitadas. Como menciona Maria Elisa Villas-Bôas e Dirley Cunha Júnior, 2024:

O maior destaque no ônus da prova para o autor pode ser um dificultador, sobretudo para o assistido do SUS, que nem sempre encontra facilidade na marcação de consultas. Os profissionais prescritores também passam a ser mais exigidos quanto aos documentos médicos, quer na alimentação da plataforma

nacional, quer no acompanhamento do quadro, notadamente no caso de fármacos não incorporados.

Assim, cria-se um obstáculo que mais prejudica o cidadão do que realmente auxilia. Afinal, é difícil conseguir rapidamente consultas médicas, ainda mais quando não se sabe exatamente o que pedir ao profissional para que possa transcorrer o processo judicial sem necessidade de novos documentos.

Outro ponto trazido pelo julgamento é a fixação da competência da Justiça Federal para ações cujo valor da causa sejam superior a 210 salários mínimos. Transcreve-se trecho do voto:

Para fins de fixação de competência, as demandas relativas a medicamentos não incorporados na política pública do SUS, mas com registro na ANVISA, tramitarão perante a Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal, quando o valor do tratamento anual específico do fármaco ou do princípio ativo, com base no Preço Máximo de Venda do Governo (PMVG – situado na alíquota zero), divulgado pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED – Lei 10.742/2003), for igual ou superior ao valor de 210 salários mínimos, na forma do art. 292 do CPC.

Em tais processos, e que geralmente o valor da causa passa deste piso, os processos não podem ser ajuizados na Justiça Estadual, afastando ainda mais a população do acesso ao Judiciário.

Isso porque muitas das partes são hipossuficientes e dependentes da Defensoria Pública para serem representadas. Ainda, a Defensoria Pública estadual não detém competência para atuação na Justiça Federal. Como bem pontuado por Carolina Godoy Leite Villaça (2023):

De toda forma, tanto em Minas Gerais como no Rio Grande do Sul, a Justiça Estadual se apresenta como o fórum mais acessível à população necessitada, pela proximidade com a população, pela disponibilidade de Defensorias Públicas, pelo menor tempo no julgamento dos processos e pela melhor estrutura dos Tribunais. O maior índice de processos em curso no âmbito estadual é fator que corrobora essa maior acessibilidade. [...]

Diante desse quadro, caso a Justiça Federal se consolide como única via judicial para a reivindicação de alguns medicamentos, haverá um agravamento das barreiras de acesso à justiça para a população vulnerável, em evidente violação dos direitos

fundamentais previstos na Constituição. Por outro lado, pessoas com maior poder aquisitivo e com acesso à assessoria jurídica privada naturalmente continuarão demandando a prestação material de saúde que lhes falta.

Na realidade gaúcha, a Defensoria Pública da União está presente em apenas sete municípios: Porto Alegre, Bagé, Canoas, Pelotas, Rio Grande, Santa Maria e Uruguaiana. Assim, quanto aos hipossuficientes nos demais quatrocentos e noventa municípios gaúchos, a prestação jurisdicional não poderá ser alcançada.

Constata-se, portanto, que a população mais pobre continua sendo a mais afetada, não tendo a quem recorrer quando necessitar de medicamentos de alto custo. E como bem previsto por Villaça (2022), a pessoa com condições financeiras continuarão a demandar pelo seu direito da saúde, independentemente da Justiça a que for competente o julgamento do processo.

Outro fator que acaba excluindo a pessoa hipossuficiente é a falta de acesso ao Judiciário das regiões mais vulneráveis do País. Como destacado por Villas-Bôas e Cunha Júnior (2024), dados do Conselho Nacional de Justiça mostram que, enquanto os Tribunais Regionais Federais do Sul, Sudeste e Centro-Oeste têm índices de acesso à Justiça superiores a 50%, o Norte e o Nordeste têm percentual abaixo de 50%, evidenciando a dificuldade de alcançar a prestação jurisdicional para as respectivas regiões.

Desta forma, o referido julgamento faz revés ao ditado no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, a qual dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Portanto, isso demonstra a fragilidade de tal tema disposto pelo órgão, o qual excluiu as pessoas necessitadas de tratamento de alto custo do acesso à justiça..

Considerações finais

O presente artigo teve como escopo o estudo da judicialização da saúde e o impacto na sociedade do julgamento do Tema 1.234 pelo Supremo Tribunal Federal.

No decorrer da leitura, constatou-se que os processos judiciais envolvendo o direito da saúde aumentam cada vez mais, considerando

uma série de fatores, como o envelhecimento da população e sua consequente necessidade de maior atenção na área da saúde.

Ainda, quanto à análise do julgamento sob estudo, ficou nítido que maiores ficaram os empecilhos para ajuizamento de um processo, como o pedido de documentos médicos específicos difíceis de serem obtidos, considerando não apenas a literatura médica, mas o diálogo médico-paciente.

Não obstante, a necessidade de ajuizar ações diretamente na Justiça Federal para medicamentos de alto custo afasta os hipossuficientes da prestação jurisdicional, visto as poucas cidades abrangidas pela Defensoria Pública da União.

Uma proposta para auxiliar no resguardo e efetivação dos direitos dos cidadãos, em especial dos hipossuficientes, frente ao julgamento estudado, poderia ser o aumento de repasse de verbas à Defensoria Pública da União para melhor estruturação e capilaridade da instituição nos Municípios.

Outro ponto que poderia ser abordado é a difusão ao público em geral sobre seus direitos e os meios pelos quais podem ser buscados através de anúncios em mídias digitais.

Por fim, conclui-se que o julgamento parametrizou as ações de medicamentos a nível nacional, em nada mudando para as pessoas com maiores condições financeiras, mas acabando por afastar os necessitados do pleno acesso ao Poder Judiciário.

Referências

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. A juridicização da saúde e o Ministério Público. Revista do Ministério Público do RS, n. 63, 113-149. Disponível em: https://www.amprs.com.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1259071580.pdf. Acesso em 24 nov 2024.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **I Jornada de Direito da Saúde:** enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2024

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 24 nov 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 1234.** - Legitimidade passiva da União e competência da Justiça Federal, nas demandas que versem sobre fornecimento de medicamentos registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, mas não padronizados no Sistema Único de Saúde – SUS. Relator: Min. Gilmar Mendes, 2024. Disponível em: <https://portal243&classeProcesso=RE&numeroTema=1234>. Acesso em 24 nov. 2024.

CORDEIRO, Edilene. STF celebra conclusão de julgamento sobre fornecimento de medicamentos de alto custo. Supremo Tribunal Federal, 17 de agosto de 2024. Disponível em: <https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/stf-celebra-conclusao-de-julgamento-sobre-fornecimento-de-medicamentos-de-alto-custo/>. Acesso em 24 nov. 2024.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. Disponível em: <https://www.dpu.def.br/endereco-rio-grande-do-sul>. Acesso em 24 nov. 2024.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**. 25. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

VENTURA, Mirian *et al.* Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. Revista Physis Revista da Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 2010, 77-100. Disponível em: <https://www.scielosp.org/pdf/phyisis/2010.v20n1/77-100/pt>. Acesso em 24 nov. 2024.

VILLAÇA, Carolina Godoy Leite. (2023). **O acesso à justiça nas demandas de saúde: impactos dos Temas 793 e 1234 do Supremo Tribunal Federal**. Revista Da Defensoria Pública Da União, 19(19), 63-87. Disponível em: <https://doi.org/10.46901/revistadadpu.i19.p63-87>. Acesso em 24 nov. 2024.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Modificações trazidas pelo Tema 1234 à Judicialização em Saúde e Atuação das Defensorias Públicas**. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/1295/1574>. Acesso em 24 nov. 2024.

LA REVINCULACIÓN FAMILIAR COMO HERRAMIENTA DE INTEGRACIÓN SOCIAL EN EL MARCO DEL SISTEMA PENITENCIARIO ARGENTINO TESISAS: PATRICIA ALEJANDRA RAMIREZ LICENCIADA EN TRABAJO SOCIAL

Alejandro Floley
Florencia C. Vely

Introducción

En el contexto del sistema penal y procesal argentino, la revinculación familiar de las personas privadas de la libertad es un aspecto clave para la integración social y la prevención de la reincidencia. La revinculación se define como el proceso de restablecimiento de vínculos significativos entre los detenidos y sus familiares, una medida que no solo busca facilitar el retorno al entorno familiar, sino que también pretende asegurar la rehabilitación efectiva y contribuir al bienestar emocional de las personas detenidas. Esta iniciativa se torna especialmente relevante en el marco de la prelibertad, etapa en la que se busca preparar al interno para su reintegración social mediante mecanismos graduales de flexibilización del encierro.

El marco legal argentino ofrece diversas directrices en esta materia. La Ley de Ejecución Penal (Ley 24.660) regula los derechos y deberes de las personas privadas de la libertad y establece el objetivo de su reinserción social, contemplando además la posibilidad de prelibertad como fase de transición. La prelibertad permite a los internos acceder a una mayor cercanía con sus entornos familiares, lo que favorece la revinculación. Sin embargo, la efectividad de este proceso requiere de la intervención de equipos interdisciplinarios, entre ellos los asistentes sociales, quienes juegan un rol fundamental en el análisis de la

situación familiar y en la construcción de un entorno favorable para la reintegración.

Desde el enfoque de derechos humanos, este proceso de revinculación cobra aún mayor relevancia. Las normas internacionales ratificadas por Argentina, como las Reglas de Mandela y las Reglas de Bangkok, subrayan la importancia de respetar los vínculos familiares y sociales de las personas en situación de encierro como parte de un trato humanitario. La pérdida o el debilitamiento de estos lazos durante el cumplimiento de la pena puede tener efectos devastadores, tanto en los detenidos como en sus familiares, en especial en sus hijos e hijas, quienes a menudo padecen estigmatización y trauma derivados de la separación.

En este trabajo se analiza el proceso de revinculación familiar en la fase de prelibertad, abordando los desafíos y las oportunidades que este representa en la Argentina actual. Se consideran aspectos legales, psicológicos y sociales, con especial atención al rol del asistente social en el acompañamiento de las familias, la evaluación de riesgos y la facilitación de un entorno favorable para la integración del individuo al núcleo familiar y a la sociedad.

Marco teórico

Conceptualización de la revinculación familiar

La revinculación familiar puede definirse como el proceso de restablecimiento de los vínculos afectivos, sociales y funcionales entre una persona privada de libertad y su núcleo familiar. Este proceso busca mitigar los efectos negativos del encierro, tales como el aislamiento emocional, el deterioro de las relaciones interpersonales y el aumento del riesgo de reincidencia delictiva. Delaware

Impacto de la privación de la libertad en las relaciones familiares

El encarcelamiento afecta de manera directa las dinámicas familiares:

- A nivel emocional:
- En los hijos e hijas de personas privadas de libertad:
- A nivel económico:

Impacto de la privación de la libertad en las relaciones familiares

El encarcelamiento de un miembro de la familia tiene un impacto profundo y multifacético sobre las relaciones familiares, afectando distintos aspectos de la vida de los involucrados. A continuación, se describen los efectos más comunes:

A nivel emocional

La privación de la libertad genera un profundo impacto emocional tanto en la persona encarcelada como en sus familiares. El proceso de separación puede generar una **sensación de pérdida** y **tristeza** en los miembros de la familia, especialmente en los más cercanos, como hijos, esposos/as o padres. La incertidumbre sobre el futuro de la persona encarcelada, junto con la **vergüenza social** y el **aislamiento**, son sentimientos comunes entre los familiares.

- **En los niños y niñas:** La separación de uno de los padres puede generar una **incertidumbre emocional** en los niños, quienes pueden sentir **abandono** y **desconfianza** hacia las figuras de autoridad, como los profesores o cuidadores. Los hijos e hijas pueden experimentar **estrés**, **ansiedad** y **depresión**, especialmente si no reciben el apoyo emocional adecuado para procesar su situación. La **ruptura de vínculos familiares** debido al encarcelamiento de un progenitor puede repercutir en su desarrollo emocional y social.
- **En los adultos:** La **pareja** del encarcelado/a también puede experimentar altos niveles de estrés, soledad y **depresión**. Los

problemas de **adaptación emocional** a la nueva situación, como la gestión de la relación de pareja y el cuidado de los hijos sin el apoyo del compañero/a encarcelado, pueden ser una fuente constante de ansiedad y frustración.

En los hijos e hijas de personas privadas de libertad

Los hijos e hijas de personas encarceladas enfrentan retos emocionales y sociales significativos. Además de la separación física del progenitor, estos niños y niñas pueden verse sometidos a un estigma social, que a menudo afecta su **autoestima** y puede influir negativamente en su desarrollo social.

- **Estigmatización y bullying:** La etiqueta de “hijo/a de prisionero/a” puede generar una **exclusión social** o bullying por parte de otros niños en el entorno escolar. Esto puede afectar su sentido de pertenencia y autoestima, llevando incluso a la adopción de comportamientos antisociales o a la **rebelión**.
- **Desajustes en el desarrollo:** Los niños y adolescentes pueden experimentar **dificultades académicas** o emocionales debido a la **ausencia del progenitor** y a la **inestabilidad familiar**. En algunos casos, el encarcelamiento de un padre o madre puede llevar a la **deserción escolar**, problemas de comportamiento o incluso a conductas delictivas en los adolescentes como forma de lidiar con el dolor emocional.
- **Ruptura de la figura parental:** En algunos casos, si el encarcelamiento es prolongado, la figura parental puede **debilitarse** o incluso **desaparecer** para los hijos, ya sea por el distanciamiento físico o emocional, lo que puede tener consecuencias a largo plazo en su bienestar psicológico.

A nivel económico

La privación de la libertad también tiene un impacto económico considerable en la familia del encarcelado. La **pérdida de ingresos** debido

a la incapacidad de la persona para trabajar durante su encarcelamiento puede generar **dificultades financieras** graves para la familia.

- **Pérdida del sostén económico:** Si la persona encarcelada era el principal **proveedor de ingresos** en el hogar, la familia puede enfrentar dificultades para cubrir necesidades básicas como alimentación, vivienda, educación o atención médica. Esto puede llevar a una **pobreza** o una **reducida calidad de vida**.
- **Costos asociados al encarcelamiento:** Además de la pérdida de ingresos, las familias pueden tener que asumir gastos adicionales, como los relacionados con las visitas al encarcelado, transporte, asistencia legal o incluso la compra de productos básicos en prisión. Este tipo de gastos puede afectar aún más la **estabilidad económica** de la familia.
- **Aislamiento y desigualdad:** Las familias de personas encarceladas también pueden enfrentar dificultades para acceder a ciertos servicios sociales, como ayudas gubernamentales o subsidios, debido a su situación. Esto puede intensificar la **desigualdad económica**, particularmente para las mujeres, que a menudo asumen la carga de cuidar a los hijos e hijas en ausencia de su pareja.

Conclusión

El encarcelamiento de un miembro de la familia tiene efectos profundos y complejos a nivel emocional, social y económico. La familia, en su conjunto, debe hacer frente a una serie de **desafíos** y **adaptaciones** para sobrevivir a la separación y a los efectos derivados de la privación de la libertad. Es fundamental que las políticas sociales y los programas de apoyo se orienten hacia el fortalecimiento de las **redes de apoyo familiar** y **psicosocial** para mitigar los efectos negativos del encarcelamiento, especialmente en los niños y niñas que son los más vulnerables en este tipo de situaciones.

Enfoque de derechos humanos

Las Reglas de Mandela y las Reglas de Bangkok destacan la necesidad de mantener los lazos familiares como un derecho fundamental. Estas normativas recalcan que los programas penitenciarios deben promover la rehabilitación y no la desconexión social. En Argentina, estas disposiciones han sido incorporadas parcialmente a través de leyes como la Ley 24.660.

- **Análisis del contexto argentino**
- **La revinculación familiar en las unidades penitenciarias**
- Las cárceles en Argentina enfrentan múltiples desafíos:
- **Hacinamiento:** Las condiciones de encierro suelen dificultar el desarrollo de actividades familiares dentro de las unidades penitenciarias.
- **Falta de recursos:** Los programas específicos para revinculación son escasos o inconsistentes.

Enfoque de Derechos Humanos en el contexto penitenciario

El enfoque de derechos humanos en el ámbito penitenciario se centra en garantizar que las personas privadas de libertad continúen siendo respetadas en sus derechos fundamentales, como la dignidad humana, el derecho a la integridad física y psíquica, y el derecho a la vida familiar. Las Reglas de Mandela y las Reglas de Bangkok son dos marcos internacionales clave que abordan este enfoque y subrayan la importancia de la rehabilitación y la reintegración social de los reclusos, en lugar de su aislamiento o desconexión.

Reglas de Mandela (2015)

Las Reglas de Mandela, adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2015, son un conjunto de normas para el tratamiento de los reclusos, cuyo objetivo es garantizar que los prisioneros sean tratados con dignidad y respeten sus derechos humanos. En particular, las Reglas de Mandela resaltan la importancia de la familia en el proceso de rehabilitación de los reclusos y establecen que los laços

familiares deben ser mantenidos y promovidos, considerando que el contacto con la familia es esencial para el bienestar emocional de las personas privadas de libertad y, además, facilita su reintegración social tras la condena. Según las reglas, los prisioneros tienen derecho a recibir visitas y a mantener comunicaciones regulares con sus familiares, salvo en situaciones excepcionales, como en casos de seguridad.

Reglas de Bangkok (2010)

Las Reglas de Bangkok se enfocan específicamente en las mujeres privadas de libertad y subrayan la importancia de que las políticas penitenciarias consideren las necesidades específicas de las mujeres, incluidas sus relaciones familiares. Estas reglas destacan que las mujeres encarceladas, especialmente aquellas que son madres, deben poder mantener el vínculo con sus hijos e hijas, pues este contacto contribuye al bienestar emocional de los niños y también favorece la rehabilitación y la reintegración de las madres una vez que hayan cumplido su condena.

La Ley 24.660 en Argentina

En Argentina, la Ley 24.660 de Ejecución Penal de 1996, si bien no está completamente alineada con todas las disposiciones de las Reglas de Mandela o las Reglas de Bangkok, establece principios fundamentales sobre el trato y derechos de los prisioneros. Esta ley contempla aspectos como la rehabilitación y la reintegración social de los reclusos, reconociendo que la pena privativa de libertad debe ser un medio para reintegrar al individuo a la sociedad y no para su aislamiento total.

Dentro de la ley, se destacan ciertos derechos, como el de las visitas familiares y la comunicación con el mundo exterior, aunque no todos los aspectos de los derechos humanos de los reclusos se encuentran completamente implementados o garantizados. A pesar de estos avances, la ley ha sido criticada por no garantizar plenamente los derechos familiares en todas las situaciones penitenciarias.

Enfoque sobre la rehabilitación frente a la desconexión social

El enfoque de derechos humanos, apoyado por las Reglas de Mandela y las Reglas de Bangkok, recalca que las políticas penitenciarias deben estar orientadas hacia la rehabilitación del recluso, garantizando su reintegración exitosa a la sociedad una vez que cumpla su condena. En este sentido, los programas penitenciarios deben promover actividades que permitan a los internos mantener sus lazos sociales, incluyendo los vínculos familiares, y no promover su desconexión o aislamiento social.

La privación de la libertad no debe implicar la privación de los derechos fundamentales de los individuos, como el derecho a la familia, que se considera un derecho humano básico. La desconexión social y familiar puede tener consecuencias negativas en la salud mental del prisionero y dificultar su proceso de reinserción social.

Conclusión

El enfoque de derechos humanos promueve que las personas privadas de libertad mantengan sus vínculos familiares y sociales como parte de su rehabilitación. Las Reglas de Mandela y las Reglas de Bangkok instan a que los sistemas penitenciarios fomenten la conexión y el apoyo familiar, mientras que en Argentina, la Ley 24.660 establece ciertas garantías relacionadas con el trato y la rehabilitación de los prisioneros, aunque aún existen desafíos para la plena implementación de estos derechos. De este modo, el encarcelamiento debe ser una oportunidad para la rehabilitación y no un medio para el aislamiento y desconexión social.

La etapa de prelibertad y su impacto

La prelibertad constituye una oportunidad clave para que los internos restablezcan sus lazos familiares, mediante permisos de salida transitoria o el arresto domiciliario. Sin embargo, su implementación enfrenta limitaciones prácticas:

Dificultades para evaluar la idoneidad del entorno familiar.

Falta de personal capacitado para acompañar a las familias en este proceso.

La etapa de prelibertad y su impacto

La **etapa de prelibertad** es el período que precede a la liberación definitiva de una persona privada de libertad, durante el cual se le otorgan condiciones que facilitan su reintegración gradual a la sociedad. Esta etapa tiene un **impacto significativo** tanto en la persona que está por salir de prisión como en sus familiares, su entorno social y el sistema penitenciario en general. A continuación, se abordan los aspectos más relevantes de esta etapa y su impacto en los individuos involucrados.

¿Qué es la prelibertad?

La prelibertad es una fase dentro del sistema de ejecución penal en la que los reclusos, generalmente aquellos que han cumplido una parte significativa de su condena, tienen la oportunidad de **reiniciar su vida en la sociedad** bajo ciertas condiciones. Estas condiciones pueden incluir la libertad condicional, trabajos en el exterior, permisos de salida o régimen de semi-libertad, dependiendo del sistema penitenciario y las leyes de cada país.

El principal objetivo de la prelibertad es permitir a los reclusos prepararse para su eventual reintegración a la sociedad, mediante una **adaptación progresiva** a la vida fuera de prisión, mientras siguen bajo supervisión de las autoridades.

Impacto en la persona privada de libertad

El impacto en la persona que transita por la etapa de prelibertad es notablemente profundo y multifacético:

- **Reinserción social y familiar:** Esta fase permite que la persona comience a **restaurar relaciones familiares** y sociales, que han sido gravemente afectadas por su tiempo en prisión. La interacción con sus seres queridos y el **vínculo familiar** juega un papel crucial en el proceso de rehabilitación. Sin

embargo, también puede haber **desajustes emocionales** debido al tiempo de separación y al cambio en las dinámicas familiares.

- **Adaptación a la libertad:** Para muchas personas, la prelibertad implica una **reajuste psicológico** y práctico a la vida fuera de prisión. La persona puede sentir ansiedad por la libertad, inseguridad sobre cómo reintegrarse a la sociedad y el temor de enfrentar el rechazo social o laboral debido a su historial penal. La **incertidumbre sobre el futuro** puede generar estrés y frustración.
- **Rehabilitación y empleo:** La prelibertad también brinda oportunidades para que los reclusos comiencen a **trabajar**, ya sea en empleos dentro de la comunidad o mediante programas laborales que forman parte de la transición a la libertad. Esto ayuda a los reclusos a reconstruir su **autonomía económica** y adquirir habilidades que serán esenciales en su reintegración social. Sin embargo, la dificultad de encontrar empleo debido a la **estigmatización** por su pasado criminal es un desafío significativo.
- **Riesgos de reincidencia:** A pesar de las oportunidades de rehabilitación, la etapa de prelibertad también está asociada con un **riesgo de reincidencia**. La falta de apoyo adecuado o la imposibilidad de adaptarse a las nuevas circunstancias pueden llevar a que algunos individuos caigan nuevamente en conductas delictivas. Por lo tanto, la supervisión continua y el apoyo psicológico son esenciales en esta fase.
- **Impacto en las relaciones familiares**
- La prelibertad tiene un impacto importante en las **relaciones familiares**. Por un lado, el recluso comienza a **recuperar el contacto con su familia**, lo que puede fortalecer los vínculos y permitir una mejor reintegración en el entorno familiar. Sin embargo, también pueden surgir tensiones debido a la **adaptación** al regreso del miembro de la familia que estuvo ausente por mucho tiempo.
- **Reajustes emocionales familiares:** Las familias deben adaptarse a la presencia de un miembro que ha estado ausente y que, al regresar, puede tener cambios emocionales

o conductuales derivados de su experiencia en prisión. Los vínculos familiares pueden haber cambiado, y algunos miembros pueden haber tenido que asumir roles nuevos (como el cuidado de los hijos) durante la ausencia de la persona encarcelada.

- **El apoyo familiar como factor de éxito:** El apoyo de la familia en la prelibertad es un factor crucial para evitar la reincidencia. La **comprensión**, el **acompañamiento emocional** y la **ayuda práctica** (como el apoyo para encontrar empleo) son esenciales para que el individuo pueda reintegrarse con éxito. Sin embargo, si el apoyo es insuficiente o existe resentimiento por la situación vivida durante el encarcelamiento, las tensiones pueden aumentar y dificultar el proceso de reintegración.

Impacto en el sistema penitenciario y la sociedad

El sistema penitenciario también se ve afectado por la etapa de prelibertad, ya que debe asegurarse de que los reclusos estén preparados para su salida y que se respeten sus derechos. Esto incluye ofrecer programas de **rehabilitación** y **capacitación laboral**, así como garantizar que los individuos tengan acceso a los recursos necesarios para una reintegración efectiva.

- **Recursos y programas de rehabilitación:** Los programas de prelibertad deben incluir **capacitación laboral**, asesoramiento psicológico, programas educativos y servicios de reintegración social. Estos programas son esenciales para reducir el riesgo de reincidencia y facilitar la adaptación del recluso a la vida fuera de prisión.
- **Impacto en la comunidad:** Para la sociedad, la etapa de prelibertad puede ser vista tanto como una oportunidad como un desafío. La reintegración exitosa de los ex-reclusos beneficia a la comunidad, ya que reduce la **reincidencia** y promueve una sociedad más **segura** y **reabilitada**. Sin embargo, si el proceso de reintegración falla o si no se brindan los recursos necesarios, puede haber un impacto negativo, como el aumento de la criminalidad.

Conclusión

La **etapa de prelibertad** es un momento crucial en el proceso de reintegración de una persona privada de libertad. Este período tiene un impacto profundo tanto en el individuo como en su entorno social y familiar. Si se gestionan adecuadamente los **recursos de apoyo** y **programas de rehabilitación**, la prelibertad puede contribuir significativamente a la **rehabilitación efectiva** y **prevención de reincidencia**, favoreciendo la **reinscripción exitosa** en la sociedad. Sin embargo, es esencial que se aborden los riesgos y se garantice el apoyo adecuado para maximizar el impacto positivo de esta etapa.

El rol del asistente social en la revinculación

El asistente social desempeña un papel crucial como mediador entre la persona detenida, su familia y el sistema penitenciario. Sus funciones incluyen:

- Evaluar las dinámicas familiares y los riesgos asociados.
- Diseñar estrategias de intervención personalizadas.
- Facilitar espacios de diálogo y apoyo emocional para todas las partes involucradas.

El rol del asistente social en la revinculación familiar

El asistente social juega un papel esencial en el proceso de **revinculación familiar** de las personas privadas de libertad, siendo un **mediador clave** entre el recluso, su familia y el sistema penitenciario. Este proceso, que busca restablecer los lazos familiares después de la privación de libertad, es fundamental para asegurar la **rehabilitación social** y la **reinscripción exitosa** del individuo a la sociedad. A continuación, se amplían los conceptos relacionados con las funciones del asistente social en este contexto.

Evaluar las dinámicas familiares y los riesgos asociados

Uno de los roles más importantes del asistente social en la revinculación es **evaluar las dinámicas familiares** de las personas detenidas. Esto implica comprender el contexto en el que el recluso ha vivido antes de su encarcelamiento, las relaciones familiares previas y los posibles conflictos o tensiones que han surgido durante el tiempo de privación de libertad.

- **Evaluación de las relaciones familiares:** El asistente social debe realizar un análisis profundo de las **relaciones familiares** antes, durante y después del encarcelamiento. Esto incluye identificar los cambios emocionales, económicos y sociales que podrían haber afectado a la familia, así como cualquier **ruptura o distanciamiento** que haya ocurrido a raíz del encarcelamiento del miembro de la familia.
- **Identificación de riesgos:** Además de evaluar las relaciones, el asistente social debe identificar los **riesgos potenciales** que podrían obstaculizar la **revinculación exitosa**, tales como **conflictos familiares, violencia doméstica, problemas de salud mental o adicciones**. Este diagnóstico temprano es esencial para diseñar estrategias de intervención que minimicen los riesgos y promuevan la **armonía** en las relaciones familiares.

Diseñar estrategias de intervención personalizadas

Una vez realizada la evaluación, el asistente social tiene la responsabilidad de **diseñar estrategias de intervención personalizadas** que aborden las necesidades y características específicas de la persona detenida, su familia y su situación particular.

- **Intervención individualizada:** Cada caso de revinculación familiar es único, por lo que las estrategias deben ser adaptadas a las **circunstancias específicas** de la familia y el recluso. Esto implica trabajar con el recluso en su **desarrollo personal**, en la mejora de sus habilidades de comunicación, manejo de conflictos, y en el fortalecimiento de su **autoestima** y **responsabilidad familiar**. También es

importante involucrar a los familiares cercanos en el proceso, ayudándoles a **comprender** y **apoyar** la reintegración del recluso.

- **Planificación de la reintegración familiar:** El asistente social debe ayudar a estructurar un **plan de reintegración familiar** que contemple aspectos clave como el **restablecimiento de la confianza**, la resolución de conflictos pasados y la **normalización** de las interacciones familiares. Este plan puede incluir **asesoramiento familiar** y otros programas de **acompañamiento emocional** que ayuden a las familias a comprender y gestionar las dificultades que pueden surgir durante la reintegración.
- **Intervención en crisis:** Si se identifican problemas graves durante el proceso de revinculación, como el **rechazo familiar** o la **violencia intrafamiliar**, el asistente social debe intervenir de manera inmediata para mediar y ofrecer soluciones, como la **derivación a servicios de salud mental** o programas de **rehabilitación familiar**.

Facilitar espacios de diálogo y apoyo emocional para todas las partes involucradas

Una de las funciones más importantes del asistente social es la **facilitación de espacios de diálogo y apoyo emocional** entre la persona detenida y su familia, así como en su relación con el sistema penitenciario. Estos espacios son esenciales para **restaurar la comunicación** y permitir que todos los involucrados expresen sus sentimientos, preocupaciones y expectativas en un entorno seguro y respetuoso.

- **Mediación y resolución de conflictos:** El asistente social actúa como mediador entre las partes, ayudando a **resolver tensiones** y **conflictos** de manera constructiva. Este papel de mediación es clave para superar **resentimientos** o **malentendidos** acumulados durante el período de encarcelamiento. La mediación puede realizarse a través de **sesiones de terapia familiar** o en **reuniones conjuntas** en las que el asistente social facilita el diálogo, asegurando que

todas las voces sean escuchadas.

- **Espacios de apoyo emocional:** Además de la mediación, el asistente social debe ofrecer **apoyo emocional** tanto al recluso como a sus familiares. Las familias de los reclusos a menudo enfrentan **dificultades emocionales**, como el **estrés, la ansiedad o la depresión**, derivadas de la experiencia de tener un ser querido en prisión. El asistente social puede proporcionar orientación y apoyo para ayudarles a **manejar** estos desafíos emocionales y ayudar a los reclusos a lidiar con las **emociones intensas** que pueden surgir al reintegrarse a su familia y sociedad.
- **Fomento de la empatía y el entendimiento:** En muchos casos, las familias pueden sentirse frustradas, resentidas o incomprendidas, lo que puede dificultar el proceso de revinculación. El asistente social facilita **espacios de reflexión** donde tanto el recluso como sus familiares pueden compartir sus **sentimientos y preocupaciones**, promoviendo el **entendimiento mutuo** y fomentando la **empatía**.

Colaboración con otros profesionales y servicios

El trabajo del asistente social en la revinculación también implica colaborar con otros **profesionales** y servicios, como psicólogos, terapeutas familiares, trabajadores comunitarios y agencias de salud. Esta **cooperación interdisciplinaria** es fundamental para garantizar que el proceso de revinculación sea integral y tenga en cuenta todas las dimensiones del bienestar de la persona detenida y su familia.

Derivación a servicios especializados: En algunos casos, el asistente social puede necesitar derivar a los reclusos o sus familiares a **servicios especializados**, como programas de **rehabilitación de adicciones, atención psicológica, o asesoría legal**. Esto asegura que los individuos reciban el apoyo adecuado para abordar cuestiones que puedan dificultar la reintegración.

Conclusión

El asistente social desempeña un papel fundamental en el proceso de **revinculación familiar** de las personas privadas de libertad. A través de la **evaluación** de las dinámicas familiares, el diseño de **estrategias de intervención personalizadas**, la **facilitación de espacios de diálogo** y la colaboración con otros profesionales, el asistente social contribuye de manera significativa a restaurar las relaciones familiares y asegurar una **reintegración exitosa** del recluso en su entorno familiar y social. Su trabajo tiene un impacto directo en la **rehabilitación** y en la prevención de la reincidencia, favoreciendo una **sociedad más inclusiva y solidaria**.

Propuestas y estrategias de intervención

Mejorar la comunicación entre internos y familias

- Implementar tecnologías accesibles como videollamadas regulares.
- Establecer horarios ampliados para visitas familiares en espacios adecuados.

Capacitación y sensibilización

- Capacitar al personal penitenciario sobre la importancia de los vínculos familiares.
- Realizar talleres para las familias sobre cómo apoyar emocionalmente a su ser querido en situación de prelibertad.

Implementar programas piloto de revinculación

- Diseñar actividades conjuntas entre internos y sus familias dentro de las unidades carcelarias, como talleres artísticos o recreativos.
- Crear casas de medio camino que sirvan como espacio

transitorio para la revinculación familiar.

Conclusiones

La revinculación familiar se presenta como un componente esencial para la rehabilitación y reinserción de las personas privadas de libertad. A pesar de los desafíos estructurales del sistema penitenciario argentino, este proceso tiene el potencial de reducir la reincidencia, fortalecer las redes de apoyo y promover un trato más humano y digno.

Es necesario redoblar esfuerzos desde las políticas públicas para garantizar el cumplimiento efectivo de este derecho, priorizando el trabajo interdisciplinario y el fortalecimiento de los recursos destinados a este fin.

Propuestas y estrategias de intervención para mejorar la revinculación familiar en el contexto penitenciario

La revinculación familiar de las personas privadas de libertad es una parte esencial de su rehabilitación y reintegración en la sociedad. A través de diversas propuestas y estrategias de intervención, se puede fortalecer el vínculo entre los internos y sus familias, lo cual no solo favorece el bienestar emocional de los reclusos, sino que también contribuye a una reintegración social más efectiva. A continuación, se amplían las propuestas y estrategias mencionadas para mejorar la comunicación y apoyo en la etapa de revinculación familiar.

Mejorar la comunicación entre internos y familias

La **comunicación regular y efectiva** entre los internos y sus familias es crucial para mantener los vínculos afectivos y fomentar un entorno de apoyo mutuo. Las siguientes propuestas pueden mejorar este aspecto:

- Implementar tecnologías accesibles como videollamadas regulares

El uso de la **tecnología** se ha convertido en una herramienta clave para facilitar la comunicación en el contexto de la privación de

libertad. Las **videollamadas** permiten una comunicación más directa y cercana entre los internos y sus familias, lo que mejora el apoyo emocional mutuo.

- **Acceso tecnológico:** Las **videollamadas regulares** deben ser implementadas dentro de las instalaciones penitenciarias de manera que todos los reclusos puedan tener acceso, independientemente de su nivel de clasificación o el tipo de condena. Esto garantizaría que los internos no se vean completamente aislados de sus seres queridos durante su encarcelamiento, y les permitiría mantener un contacto visual más cercano, lo cual es esencial para la **consolidación de los vínculos familiares**.
- **Infraestructura y formación:** Es importante que las autoridades penitenciarias proporcionen los **equipos necesarios** y el **entrenamiento** adecuado tanto al personal como a los reclusos para que puedan utilizar estas tecnologías sin dificultad. Además, se deben establecer **protocolos de privacidad y seguridad** para proteger las conversaciones privadas.
- Establecer horarios ampliados para visitas familiares en espacios adecuados

Las visitas familiares son un componente crucial de la **revinculación familiar**, ya que proporcionan una oportunidad para que los reclusos y sus seres queridos mantengan una conexión emocional directa.

- **Ampliación de horarios:** Ampliar los **horarios de visita** puede facilitar que las familias, especialmente aquellas que viven lejos de la prisión, puedan asistir más fácilmente. Este cambio podría incluir la habilitación de **fines de semana**, festivos, o incluso algunas horas nocturnas, para permitir que las visitas no interfieran con las responsabilidades laborales o escolares de los familiares.
- **Espacios adecuados y cómodos:** Las visitas deben realizarse en **espacios adecuados**, que sean privados y cómodos, para que tanto los internos como sus familias puedan interactuar sin restricciones. Estos espacios deben contar con un ambiente que fomente la **confianza** y la **comunicación abierta**, con

la privacidad necesaria para evitar situaciones de tensión o malestar.

Capacitación y sensibilización

Una **capacitación adecuada** tanto para el personal penitenciario como para las familias es fundamental para que el proceso de revinculación sea exitoso y efectivo.

- Capacitar al personal penitenciario sobre la importancia de los vínculos familiares

El personal penitenciario desempeña un papel clave en la gestión de los programas de revinculación familiar y en el mantenimiento de un ambiente que favorezca el contacto entre los internos y sus familias.

- **Sensibilización sobre la importancia de los vínculos familiares:** El personal debe recibir formación sobre la **importancia de los vínculos familiares** en la rehabilitación de los reclusos, y cómo estos vínculos pueden contribuir a reducir el riesgo de reincidencia. La formación debe abordar temas como **el manejo de conflictos familiares**, el **apoyo emocional** y cómo **favorecer una comunicación positiva** entre los reclusos y sus familiares.
- **Entrenamiento en resolución de conflictos:** Capacitar al personal en **técnicas de mediación** y **resolución de conflictos** puede ser útil cuando surgen tensiones entre los internos y sus familiares. Esto puede ayudar a prevenir situaciones problemáticas durante las visitas y mejorar la experiencia de todos los involucrados.
- **Realizar talleres para las familias sobre cómo apoyar emocionalmente a su ser querido en situación de prelibertad**

Las familias de los reclusos, especialmente aquellos en situación de **prelibertad**, pueden enfrentar grandes desafíos emocionales y psicológicos. **Talleres y programas de apoyo** dirigidos a las familias pueden proporcionarles herramientas esenciales para ser un pilar en el proceso de reintegración.

- **Talleres emocionales y psicoeducativos:** Los talleres pueden

incluir temas como **cómo manejar el estrés y la ansiedad**, **la importancia de la paciencia y el acompañamiento emocional**, **estrategias para superar el resentimiento** o **cómo apoyar la reinserción social** del ser querido en libertad. También se pueden ofrecer recursos sobre **salud mental** y cómo los familiares pueden buscar ayuda si enfrentan dificultades para apoyar a su ser querido.

- **Fomentar la empatía y el entendimiento:** Estos talleres pueden ayudar a las familias a entender mejor los desafíos que enfrenta su ser querido en la transición de la prisión a la libertad, y cómo pueden ser más empáticos y comprensivos con los procesos emocionales que atraviesa el recluso.

Implementar programas piloto de revinculación

Los **programas piloto** son una excelente manera de probar nuevas iniciativas para mejorar la revinculación familiar antes de implementarlas a gran escala.

- Diseñar actividades conjuntas entre internos y sus familias dentro de las unidades carcelarias, como talleres artísticos o recreativos
- Organizar actividades conjuntas dentro de las unidades carcelarias permite a los internos y sus familias compartir experiencias en un ambiente controlado pero más distendido.
- **Talleres artísticos y recreativos:** Los talleres de arte, música, deportes o actividades recreativas permiten a las familias y los internos interactuar de manera positiva, fortaleciendo la comunicación y la **cohesión familiar**. Estas actividades también ayudan a reducir las tensiones que pueden surgir durante el proceso de revinculación.
- **Cohesión familiar:** La participación en actividades colaborativas permite a los internos y sus familias trabajar juntos, compartiendo intereses comunes y estableciendo **momentos de unión**. Estas experiencias pueden ser transformadoras en términos de mejorar la relación entre los miembros de la familia y el recluso.

- **Crear casas de medio camino que sirvan como espacio transitorio para la revinculación familiar**

Las **casas de medio camino** (o viviendas transitorias) son instalaciones donde las personas en situación de prelibertad pueden pasar tiempo fuera de la prisión, pero bajo supervisión, lo que facilita su transición gradual a la vida fuera de la cárcel.

- **Espacios seguros de reintegración:** Estas casas proporcionan un **espacio seguro** donde los internos pueden vivir con sus familiares mientras se adaptan a su nueva realidad. Este tipo de programas transitorios permite que los internos fortalezcan sus habilidades sociales y laborales mientras restablecen sus vínculos familiares en un ambiente más cercano a la vida cotidiana.
- **Apoyo durante la transición:** Las casas de medio camino también pueden ofrecer **asesoría psicológica** y programas educativos para los internos y sus familias, ayudándoles a afrontar los retos que surgen durante la transición hacia la libertad.

Conclusión

Las **propuestas y estrategias de intervención** mencionadas son fundamentales para mejorar la **revinculación familiar** y contribuir al proceso de rehabilitación y reintegración social de las personas privadas de libertad. Al **fortalecer la comunicación, capacitar a los profesionales y las familias**, e implementar **programas innovadores**, se puede crear un entorno de apoyo mutuo que favorezca el éxito en la reinserción social y redunde en la rehabilitación efectiva del recluso y el bienestar de su familia.

MUDANÇAS NO PENSAMENTO DO PLANEJAMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: AS INTERFACES DA CULTURA POLÍTICA PARTICIPATIVA NO PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO SITUACIONAL SOB A PERSPECTIVA DA VALORIZAÇÃO HUMANA

Jonathan Dalla Rosa Melo¹

Introdução

O presente artigo tem por característica fundamentais aprofundar algumas reflexões em torno do fazer educativo para a construção de uma perspectiva de análise do entender como o desenvolvimento do planejamento estratégico poderá ser mais democrático e que valorize os elementos humanos e naturais de um território (urbano e rural) levando em consideração a valorização dos sujeitos pertencentes ao espaço local. Perfazendo as análises e reflexões através do estudo bibliográfico, buscando nas diferentes visões um auxílio capaz de conduzir uma construção estratégica efetiva na sociedade.

Quanto à problemática a ser respondida é a seguinte: Como construir uma visão mais plural sobre o planejamento estratégico, que possa considerar mais os elementos naturais da humanidade, a cultura e as experiências dos membros do território sobre o qual se toma as decisões e as influências da cultura sobre o desenvolvimento de

A reflexão sobre o tema abordado torna-se relevante pela necessidade de construir uma visão alternativa ao processo de planejamento normativo de caráter economicista e instrumental com suas limitações para a compreensão das circunstâncias sociais, que é

1 Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI campus Santo Ângelo/RS e Mestre em Desenvolvimento e políticas públicas pela Universidade Federal da Fronteira Sul – UFFS campus Cerro Largo/RS. E-mail: jonathandallarosa@gmail.com

um instrumento tradicional utilizado da gestão pública, e que possa ceder lugar para uma concepção de planejamento que possa garantir a transferência de decisões para os níveis locais, o que permitam uma maior redistribuição de poder de decisão sobre sua realidade, que possa ser mais democrática e sustentável.

No plano de metodologia o referido estudo será realizado através de um estudo bibliográfico das teorias de Planejamento Estratégico voltados para a gestão pública, onde a partir dela será realizado um estudo exploratório, o qual para Sampieri, Collado e Lucio (2013, p. 100), é uma pesquisa de um tema que ainda é pouco explorado e que busca levantar um debate que sirva para futuras reflexões, e possa identificar características elencadas por outras pesquisas de estudos de caso que tenham abordado o tema, para que a partir destas experiências na qual se possa fazer uma relação entre a teoria e os casos estudados e identificar características comuns que possam evidenciar a contribuição do planejamento estratégico que seja participativo no processo de desenvolvimento dos municípios a partir de uma perspectiva mais humana e natural das interfaces culturais, políticas e de desenvolvimento.

No momento primeiro, em sua parte inicial demonstrar-se-á o entender da articulação do desenvolvimento de uma racionalidade necessária para emergir na construção da relação estratégica de planos que são importantes para o desenvolvimento das políticas públicas. As construções das políticas públicas por si só não são sinônimas de acesso garantido aos direitos e melhores serviços aos municíipes. A partir do segundo momento abordar-se-á os princípios e elementos do Planejamento Estratégico Situacional (PES), como método alternativo para uma construção mais humana e justa, que possa trazer para participar do processo os indivíduos que efetivamente usufruirão dos seus resultados no dia a dia.

Em um momento final e posterior serão apresentadas algumas conclusões e percepções que se entende como elementos importantes neste processo e que devem ser levados em consideração na hora de utilizar este modelo de pensamento, num processo de planejamento estratégico de um determinado território.

Racionalidades no desenvolvimento das políticas públicas: o emergir e a refuncionalização dos pensamentos nos espaços públicos dos territórios

O presente estudo, sem a pretensão de buscar respostas definitivas, mas sobretudo pretende identificar a necessidade de enfrentar paradigmas que estão presentes nos pensamentos e conhecimentos que se constrói ao longo da história. Busca-se não se restringir o projeto/planejamento e ações por uma racionalidade dicotômica que abranja somente o interesse público ou interesse privado na determinação de políticas públicas. O jogo de interesses é perigoso quando não desenvolve e nem apresenta a efetividade da constituição em sua plenitude, ou seja, resulta somente num modelo de Estado restrito “paternalista”.

Nessa articulação, a importância dialogal deve ser considerada pela participação e requer um modelo de Estado fundado na inclusão social, no desenvolvimento da cidadania e na democracia, onde todos possam ter vez e voz no processo de definição de seu futuro. Para que isso possa ocorrer exige-se a efetividade de transformações profundas. No seguinte recorte epistemológico, apresenta-se as concepções inter-relacionadas para o desenvolvimento. Em um artigo de Laudan encontra-se a seguinte colocação sobre essa filosofia:

[...] sustenta que a nossa experiência como um todo deve ser reinterpretada ou reordenada à luz das categorias conceituais de uma nova teoria global. Por se tratar de um processo que requer tempo e a articulação de várias teorias colaterais sobre virtualmente o campo inteiro, ele mantém que as novas teorias globais nunca podem (em seus estágios iniciais) desfrutar do mesmo grau de apoio empírico armazenado por suas rivais mais antigas. Desse modo, é preciso renunciar a todas as regras usuais de apoio empírico, caso as novas teorias globais venham a ter uma chance de aceitação.

À medida que uma nova teoria global se desenvolve, muitos fenômenos que as teorias globais mais antigas pensavam explicar passam a ser considerados espúrios, de menor consequência, ou mesmo como anomalias para estas teorias.

Tais anomalias não poderiam ser encontradas na ausência da nova teoria global. A incessante competição entre teorias globais rivais é, portanto, essencial ao progresso científico; a ciência

normal, em que um conjunto de teorias globais possui total domínio numa disciplina, é um mito. Finalmente, Feyerabend salienta que, mesmo quando uma teoria está completamente madura, ela continua a confrontar-se com numerosas anomalias (Laudan *et al.*, 1993, p. 61).

Nesse sentido, o estrategista e o educador/aplicador se relacionam e tem em mãos o seguinte:

O saber do professor se fundamenta na tríade de saberes das áreas específicas, saberes pedagógicos e saberes da experiência. É na mobilização dessa tríade que os professores desenvolvem a capacidade de investigar a própria atividade e, a partir dela, constituírem e transformarem seus saberes-fazeres docentes (Pimenta, 2005, p. 8).

No que diz respeito aos saberes da experiência, a autora afirma que a experiência acumulada na vida de cada indivíduo importa para a reflexão, e está submetida a análises, a confrontos com as teorias e práticas, próprias e as de outrem, a avaliações de resultados, é que o mesmo vai construindo o sujeito num olhar estratégico pedagógico.

Referente aos saberes das áreas do conhecimento, se encontra o referencial teórico, científico, técnico, tecnológico e cultural para garantir que as estratégias se apropriem também desse instrumental no seu processo de desenvolvimento humano.

Nos saberes pedagógicos, a autora completa que nesses saberes se encontra o referencial para trabalhar os conhecimentos enquanto processo de ensino, que se dá em situação histórico-sociais, e ensinar e aprender em espaços coletivos – que é condizente com o espaço dos municípios.

Dessa maneira, os estudos de Gonçalves e Gonçalves (1998, p.109) com base em Shulman (1986) estabelecem que o saber pedagógico:

Incluem todas as formas de que lança a mão o professor para transformar um conteúdo específico em aprendizagem, como analogias, demonstrações, experimentações, explicações, exemplos, contra-exemplos, representações, inclusive a sequenciação que dá aos conteúdos e a ordenação de um mesmo assunto em diferentes tópicos. [...] este conhecimento permitiria ao professor melhor agir como mediador da construção do conhecimento do aluno.

Nota-se, portanto, que para transformar o conteúdo em aprendizagem, o saber pedagógico está imbricado por diversos outros saberes, o que na perspectiva dos sujeitos, correspondem ao saber humano, ao saber avaliativo e ao saber do planejamento. No que se refere ao saber humano, destaca-se a fala de um dos sujeitos com que vem afirmar:

[...] para ser um bom professor é preciso reconhecer-se como mediador das relações humanas [...] Surgindo daí a necessidade de construir saberes que possibilitem atingir as especificidades do seu trabalho, com o objetivo de responder às novas exigências que se põe a esse ser profissional... Ser um bom professor ainda é preciso conceber-se como um ser de essência... para atuar com esse outro ser que também é um ser de essência [o aluno]. Um educador se traduz muito nessa forma que ele ensina, na condição humana que ele exerce isso [...] Pois ele deve conhecer esse outro, antes de tudo, antes de submetê-lo a qualquer outra situação... O aspecto humano nunca deve ser subjugado (Shulman, 1986 *apud* Gonçalves & Gonçalves, 1998, p. 109).

Dessa forma, todos “os seres humanos devem reconhecer-se em sua humanidade comum e ao mesmo tempo reconhecer a diversidade cultural inerente a tudo que é humano” (Morin, 2000, p. 47). Abordar no contexto das políticas públicas sociais a diversidade existente em um determinado município sem esquecer, do realmente o que importa, que são as pessoas que vivenciam naquela realidade. Demonstra-se:

diante da atual perspectiva jurídica, planejamento público não pode ser tido de forma linear, como uma prevenção, mas sim como um plano dialético de vida social e política, o qual dê respeito às características brasileiras, principalmente ao modo de vida das pessoas viverem, o modo como as pessoas buscam decidir suas escolhas políticas e sociais comuns (Kujawski, 1976), a fim de que tudo confluía para o bem comum de todos (Souza; Zanchi, 2016, p. 05).

Referente ao saber do planejamento estratégico ele é a pedra fundamental, a razão de ser de todo trabalho pedagógico consciente em se falando de educação e planejamento para a construção e efetivação de políticas públicas sociais. Não há como afirmar de maneira absoluta que existe um modelo matemático capaz de cobrir todas as necessidades de um município. Nem sempre os planos elaborados se concretizaram e se transformaram para atender a população necessitada.

O saber experencial também pode ser incidido pelo saber da prática pesquisadora que a princípio todo gestor público deveria estar a par. O processo de planejamento é o aprender o que realmente há nos locais a serem implementadas as políticas públicas. Aliás, nessa perspectiva, vem afirmar que:

Não há ensino sem pesquisa e pesquisa sem ensino. Esses que-fazeres se encontram um no corpo do outro. Enquanto ensino continuo buscando, reprocuro. Ensino porque busco, porque indaguei, porque indago e me indago. Pesquiso para constatar, constatando intervenho, intervindo eduko e me eduko. Pesquiso para conhecer, o que ainda não conheço e comunicar ou anunciar a novidade (Freire, 1996, p. 29).

Referindo-se a importância da pesquisa para a prática e no fazer estratégico, dessa forma “é a pesquisa que vai redimensionar a prática e as teorias do docente, revitalizando e produzindo os saberes da ação pedagógica” (Gonçalves, 2006, p. 56). O ensinar, o aprender e o fazer estratégico deveriam caminhar juntos. A ação pedagógica para as possibilidades frentes aos limites existentes em determinado município e sem diferentes contextos e categorias diversas internamente e se tem:

No Brasil, o planejamento sempre esteve ligado à elaboração de planos e de controle. Através da história, verificamos a quantidade de planos, que já foram e continuam sendo elaborados: planos trienais, planos decenais, planos econômicos, planos plurianuais, planos de desenvolvimento regionais, planos diretores etc. Temos uma cultura de planos, com a ideia de antever e organizar o futuro (como se fosse possível fazer isso de maneira racional) a ideia de controle também está presente (Oliveira, 2006, p. 198).

Nesse sentido, “a racionalidade cognitivo-instrumental da modernidade aparece como a causa principal da crise ambiental, reclamando a constituição de uma nova racionalidade social, aberta à incerteza, ao risco, à diversidade e à diferença”. (Leff, 2004, p. 54). Não é diferente com as relações estratégicas que conduzem as perspectivas de políticas públicas sociais. As crises ambientais afetam o sentido local.

É importante um equilíbrio entre os critérios de coerência global e a criatividade descentralizada. As articulações no momento estratégico concentram-se, dessa forma, na análise de viabilidade que aponta para a dialética entre o necessário, o possível e a criação de possibilidades. Nesse sentido deve-se analisar /conhecer a realidade/desenhar um

futuro de definições e possibilidades de realização do plano para o planejamento deve-se converter em ação concreta participativa para o desenvolvimento.

Na seção a seguir, se apresentar-se-á um instrumento de planejamento de ações públicas, que busca ser uma alternativa ao modelo tradicional de planejamento estratégico, que possa perceber as nuances mais inerentes a cada contexto social e fazer com que os elementos mais humanos e de ensino e aprendizagem possam ocorrer a partir da perspectiva do contexto sobre o qual se busca atuar.

Planejamento estratégico Situacional (pes) como instrumento alternativo, construindo-se a partir de identidades locais e democráticas

Na perspectiva da construção coletiva, de ensino e aprendizado, onde não haja a sobreposição hierárquica de interesses, é que Carlos Matus, apresenta um modelo de planejamento estratégico para as gestões públicas, chamado de Planejamento Estratégico Situacional (PES), “comprometida com a compreensão de aspectos sociais e políticos e com a prática de gestões democráticas e participativas” (Medeiros, 2003, p. 03).

Desta forma, o planejamento estratégico situacional (PES) busca ser um modelo de planejamento que consiga superar os modelos de planejamento tradicional e do planejamento estratégico empresarial, autoritários e tecnocratas, e que seja pautado na democracia e na descentralização, no qual o plano é fruto de criação coletiva de todos os indivíduos partícipes deste contexto, buscando estabelecer conexões entre o contexto histórico vivenciado e a propagação de novas ideias, assim como desvendar as relações operantes no processo de elaboração e de difusão dos paradigmas emergentes.

O próprio autor, Carlos Matus, define o planejamento situacional como sendo “semelhante a uma guerra de trincheiras contra a incerteza futura gerada pelos sistemas complexos” (Matus, 1997a: 29, *in Gonçalves 2005, p. 92*), onde o processo de tomada de decisão ocorre conforme as circunstâncias e movimentos dos inimigos e as próprias potencialidades do jogador.

[...] conceber objetivos fixos e desconsiderar a interferência de atores e forças sociais no desenvolvimento do plano, como o faz o planejamento normativo, torna-se impossível para Carlos Matus, uma vez que a atividade de planejar refere-se a um processo social dinâmico e criativo, o qual não é simplesmente regido por leis (Medeiros, 2003, p. 05).

Para Matus, os modelos tradicionais encontram-se em crise, em virtude dos constantes avanços das ciências e pelo constante crescimento da complexidade dos problemas sociais, o que gera uma “baixa qualidade governamental, pelo estilo primário de fazer política, pela pobreza teórica da cooperação técnica internacional e pela carência de respostas das universidades aos problemas de governo”. A origem destes problemas, na compreensão de Matus, está na “separação entre a política e a ciência, ou seja, entre a prática e a teoria” (Gonçalves, 2005, p. 98).

Na perspectiva do planejamento estratégico situacional (PES) o processo de construção de políticas públicas deve envolver a academia, utilizando seus conhecimentos técnicos, através do ensino e aprendizagem, para auxiliar na discussão e construção de políticas que possam realmente resolver os problemas sociais complexos e gerar efetividade nas ações governamentais que atendam a demanda da comunidade atingida. Nesta perspectiva Matus, julga ser necessário haver uma “visão transdepartamental” que seja capaz de construir uma ciência social horizontal, capaz de reconstruir uma “teoria de governo” que seja apto a fundamentar os “métodos do Governo”, onde possa ser teorizado sobre a prática cotidiana das gestões públicas e construídos novos saberes a partir destas experiências e reflexões.

O processo de planejamento situacional, segundo Medeiros (2003, p. 05) busca ser desenvolvido a partir da própria dinâmica do contexto social na qual o problema se apresenta, não sendo definido com início meio e fim, com o envolvimento de todos os atores partícipes do processo, criando um “jogo social”, como denomina Matus, onde os envolvidos apresentam suas perspectivas e num processo democrático se constrói a solução mais apropriadas para o contexto social envolvido. Este modelo busca desenvolver uma solução endógena, partindo da realidade e dos seus atores presentes no contexto, diferentemente do processo de planejamento tradicional, que se baseia em uma observação objetiva da realidade “a partir de fora”, que para Matus, é uma relação

muito fria entre o sujeito observador e o objeto observado, e que muitas vezes não consegue identificar a complexidade da interação humana que existe naquela realidade.

De forma sintética, Matus afirma que a perspectiva do cientista clássico, baseada na práxis vertical, possui como características principais: o determinismo; a desconsideração das subjetividades; a compartmentalização vertical das ciências; a explicação única da realidade através de diagnóstico; a consideração da sociedade como um objeto sem atores ou como um sistema manipulável (Gonçalves, 2005, p. 101).

Numa perspectiva determinista, a realidade é pré-definida, afirmando que os atores não conseguem criar seu próprio futuro, criando uma ideia pré-definida do futuro imutável. Este modo de pensar não consegue abarcar em sua construção, toda a complexidade e nebulosidade da prática social, que não se apresenta de forma tão clara e rígida.

Para buscar identificar todos os elementos envolvidos no contexto social, o PES não se utiliza do método de análise através de diagnóstico. O PES busca identificar os problemas sociais através de uma análise situacional, onde os atores identificam os elementos de sua realidade para construir um entendimento sobre ele. Desta forma Gonçalves (2005, p. 102) coloca que “as relações causais são independentes de nossa vontade, já as conexões de sentido representam o porquê da ação, ou seja, a vontade e o motivo dos atores; logo, para compreender a realidade, é necessário compreender tanto as causas como os sentidos”.

Nesta perspectiva de compreensão da realidade, pode-se perceber que é necessário levar em conta que os valores e as motivações que estão por trás da ação ou de cada problema percebido, inclusive identificar quem é o ator atuante e porque desta atuação, pois cada situação poderá ser compreendida de forma diferente, considerando que os resultados dependem, em parte, do ator que os produz e dos atores afetados e de quem as interpreta.

Na busca da realização de planejamentos estratégicos através do método situacional, Gonçalves (2005, p. 108) ao fazer uma leitura de Matus, argumenta que se faz necessário a aproximação do saber acadêmico com a ação política, pois tradicionalmente:

o investigador científico, geralmente, tem como interesse a compreensão do mundo, sem relação com a ação. Além disso, sua compreensão se restringe a uma parcela da realidade, um recorte que é objeto da ciência. Desse modo, o cientista não é um ator direto da transformação social, diferentemente do dirigente político que atua no jogo em papel protagônico, não se limitando à simples observação.

Para que a ação do gestor público possa ser mais assertiva e efetiva, faz-se necessário uma maior aproximação do conhecimento científico com a prática de gestão, possibilitando que o processo de decisão dos líderes e gestores públicos, possam estar fundamentados pelos conhecimentos técnicos e gerar melhores soluções para a sociedade que necessita de ações efetivas.

Em se tratando de cultura política de participação é importante aquela em que os membros da sociedade tendem a estar explicitamente orientados para o sistema como um todo e para suas estruturas e processos políticos e administrativos: em outras palavras, para os dois aspectos, *input* e *output*, do sistema político. Os diversos indivíduos deste sistema político de participação podem estar orientados favorável ou desfavoravelmente para as diversas classes de objetos políticos. Tendem a orientar se para um rol ativo de sua pessoa na política, embora o seu sentimentos e avaliações de semelhante rol podem variar desde a aceitação ou rejeição total (G. Almond & S. Verba, 1963, tradução nossa).

O sentido de cultura política democrática é aquela que proporciona um conhecimento participante na qual procura entender as instituições públicas e privadas e os indivíduos no seu singular e individual e também os sujeitos no plural com viés coletivo. O pensamento a ser desenvolvido é pela estratégia de planejamento que envolva as dimensões sistêmicas nas relações entre cultura e democracia.

O cidadão político, ativo, participante e democrático tem a potencial possibilidade de pensar o Planejamento Estratégico Situacional (PES) que pode ser pensado como uma “dinâmica do jogo social como uma trajetória de situações”, onde pode haver mais de uma explicação possível e verdadeira sobre uma mesma realidade, sendo que toda explicação situacional é incompleta, já que seria impossível apreciar a realidade a partir dos pontos de vista de todos os jogadores relevantes no contexto. Segundo Gonçalves (2005, p. 111) o PES é uma

“produção social onde cada um desempenha um papel e onde tudo o que acontece depende de todos os jogadores, em interação com o cenário que os envolve.

Para Matus o plano deve ser um empreendimento de criação coletiva, em que se valorize a criatividade e o compromisso (Matus, 1993). Assim, deve ser democrático e descentralizado; contudo, algumas regras devem ser estabelecidas para assegurar a coerência global (Gonçalves, 2005, p. 115).

Aqui se percebe a compreensão que é fundamental para estabelecer que um plano não deve ser visto como algo instrumentalizador de cima para baixo. Em relação a sua construção e também na sua aplicabilidade no meio coletivo, deve o mesmo buscar a interação das reais necessidades dos municíipes sem deixar de lado a capacidade criacional que visa o micro sem desconsiderar a visão macro no sentido estratégico e humano.

Os entrelaces e as interfaces são alguns dos pressupostos a ser pensado na prospecção de realização e do desvendamento epistemológico que se deve ser olhado nas mais diferentes dimensões de se realizar e se desenvolver políticas públicas. A cultura importa e nos define como seres humanos, por isso, a forma democrática do sistema político de participação requer igualmente uma cultura política coordenada e com pensamentos interligados e coerentes com as virtudes cívicas de aproximação e planejamento que rompa com velhas racionalidades que não são democráticas e se faziam e se fazem presentes no meio social presente.

Considerações finais

Nos modelos de sociedade, e em pensando nas relações existentes há de se ter a participação individual e coletiva, com a intensificação de ocupação em massa, consistem num conjunto de realidades extremamente complexas, que constituem o palco de dinâmicas sociais, ambientais e econômicas que acontecem em certo espaço físico a partir de um estágio de implantação das infraestruturas urbanas e rurais, interagindo com o meio natural, e com uma forte interferência econômica.

Planejar os espaços sejam os das cidades, bem como rurais e criar mecanismos adequados para que esse planejamento direcione

realmente o que acontece na cidade/rural é um desafio monumental nas diferentes e diversas realidades de cidades existentes.

Refletiu-se sobre as questões envolventes da relação homem e natureza (políticos x seus municíipes extensão urbana e rural) da possibilidade de realizar um planejamento e a implementação de políticas públicas para proporcionar uma reflexão epistemológica de racionalidade da normatividade e da possibilidade de repensar um outro olhar possível daquele dominante que conduz sobre as condições atuais em que se vivencia-se muitas dificuldades e comportamentos das pessoas, das instituições privadas e públicas em uma relação de consumo cada vez mais desenfreado e que instrumentaliza vidas e gera Políticas que muitas vezes não levam em consideração a realidade social local.

No que tange às políticas públicas e sua implementação é importante rever a relação existente de dicotomias entre aquilo que é público e privado e criar uma perspectiva de envolvimento e de sentimento de pertencimento da população sobre o que acontece no seu território, para que o “público” seja melhor cuidado e principalmente seja utilizado com sustentabilidade, e realmente possa atender sua finalidade, que é o atendimento da coletividade.

Em muitos casos, a condição do pensamento linear não aproxima os sujeitos das relações sociais e nesse sentido instrumentaliza a base dos sentidos na possibilidade de mudanças e concepções de um mundo melhor quando trabalhamos as percepções no agir das políticas públicas.

A importância de refletir sobre as disciplinas que atendem o interesse hegemônico de uma mentalidade capitalista é perigoso para um planejamento cego, que em muitos momentos não consegue perceber a essência das necessidades daquele povoado específico. As políticas públicas devem refletir sobre a normalidade “aquilo que é normativo e fechado” no chamado persistente da ciência tecnicista que impõem só uma verdade, e buscar identificar alternativas que possam alcançar de forma mais ampla o interesse da coletividade.

Neste contexto complexo e diversos dos espaços públicos dos territórios, é difícil fazer e conduzir um planejamento estratégico com um olhar fixo, estático, e que não abrange a diversidade do presente contexto social. O conduzir e o ensinar com bases em hierarquias retira os sentidos humanos do que é o público, diverge e direciona

em contradições quanto ao pensamento de cima para baixo, não há o construir social.

O olhar de uma cultura participante e democrática do fazer gestão que leva em consideração as políticas públicas com a percepção do social é fundamental. É fazer o chamado giro epistemológico hermenêutico que conduz a uma nova percepção das relações humanas do local ao global.

O caminho se faz caminhando. Não é do dia para noite que as transformações vão ocorrer. É importante e interessante fazer a diferença é de considerar os sujeitos das relações educativas e de propósito com uma gestão voltada a atender e sem deixar de lado a heterogeneidade da educação e da vida.

Os saberes sobre cultura, política e desenvolvimento aliados ao diálogo e entendimento são importantes e isso deve ser considerado e não apagado por um só lado da relação que exclui o outro que é pertencente ao espaço social e local. O outro deve estar incluso no planejamento e no fazer gestão que parte sim das políticas públicas que já estão construídas e das próximas que virão para contribuir para o desenvolvimento de uma sociedade mais justa e melhor.

Referências

LAUDAN, L. et al. **Mudança científica:** modelos filosóficos e pesquisa histórica. Estud. Av. v. 7 n. 19, São Paulo, 1993. Trad.: A. E. Plastino.

EFF, Enrique. **Aventuras da epistemologia ambiental** – da articulação das ciências ao diálogo de saberes. Trad. Gloria Maria Vargas. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

FREIRE, P. **Pedagogia da autonomia:** Saberes necessários à prática educativa-São Paulo. 1996.

G. A. Almond y S. Verba, **The Civic Culture**, cap. 1, «An Approach to Political Culture», Princeton University Press, 1963.

GONÇALVES, T. O. **A constituição do formador de professores de matemática:** a prática formadora. Belém (PA): CEJUP Ed., 2006.

GONÇALVES, T. V. e GONÇALVES, T. O. Reflexões sobre uma

prática docente situada: buscando novas perspectivas para a formação de professores. In: GERALDI, C. M. G.; FIORENTINI, D.; PEREIRA, E. M. A. (Orgs.) **Cartografia do Trabalho Docente:** professor (a) pesquisador (a). Mercado das Letras: Campinas, SP, 1998.

GONÇALVES, R. G. **Modelos emergentes de planejamento:** elaboração e difusão – um estudo do Planejamento Estratégico Situacional. Tese de Doutorado (Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Planejamento Urbano e Regional da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ), 2005.

MORIN, E. **Os Sete Saberes necessários à Educação do Futuro.** São Paulo. Cortez, 2000.

OLIVEIRA, José Antônio Puppim de. Repensando políticas públicas: por que frequentemente falhamos no planejamento, pp. 189-204. In: MARTINS, Paulo Emílio Matos; PIERANTI, Octavio Pena (Orgs.). **Estado e Gestão Pública** – visões do Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

PIMENTA, S. G. (Org.) **Saberes pedagógicos e atividade docente.** São Paulo (SP): Cortez, 2005.

MEDEIROS, F. S. F. DE. PES: uma proposta metodológica para o planejamento educacional. **Política e Gestão Educacional**, v. 0, n. 3, 2003.

SAMPIERI, R. H.; COLLADO, C. F.; LUCIO, M. D. P. B. **Metodologia de Pesquisa 5a Edição**, 2013.

SHULMAN, L. S. **Those who understand:** knowledge growth in teaching. Educational Researcher, Thousand Oaks, California, v. 15, n. 4, p. 4-14, 1986.

SOUZA, M. B. DE; ZANCHI, V. Instituições da Democracia, da Cidadania e do Estado de Direito 2. **Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**, n. Dezembro, 2016.

Capítulo 23

O MOVIMENTO NEGRO E A ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987: UMA ANÁLISE À LUZ DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Stefany Caroline Santos Okoh¹
Jussara Maria Moreno Jacintho²

Introdução

A Constituição Federal de 1988, que desenha a estrutura da República Federativa do Brasil carrega, em sua redação final, os resultados de diversos acordos feitos na ocasião da Assembleia Nacional Constituinte. Nela, foram consagrados diversos direitos, inclusive de grupos de representação historicamente minoritária no país. A presença destes grupos na Carta Magna se deu a partir de uma intensa articulação pré-constituinte, em que diversos grupos, movimentos sociais e entidades de classe apresentaram propostas e se mobilizaram para pressionar os membros constituintes a ouvirem e defenderem suas pautas em todo o decorrer da Assembleia, a partir de uma pungente e massiva mobilização popular, além da acentuada disputa entre as diversas correntes políticas brasileiras. Um dos movimentos sociais que apresentou pautas para a Assembleia Nacional Constituinte foi o Movimento Negro.

A partir deste fato, este trabalho objetiva analisar a trajetória de mobilização do Movimento Negro Brasileiro para a Assembleia Nacional

1 Advogada, graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (2023). Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Sergipe e pós-graduanda em Direitos Humanos pela Faculdade i9 Educação.

2 Professora do Departamento de Direito da Universidade Federal de Sergipe, do Mestrado em Direito e do mestrado profissional em Administração Pública da mesma universidade. Doutora em Direito Constitucional, pela PUC/SP (2003), mestrado em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1996), especialização em Direito Civil pela FGV/RJ e graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (1988).

Constituinte a partir do modelo da democracia de Jürgen Habermas. Têm-se, na literatura do referido autor, o modelo de democracia deliberativa, com base no discurso e na deliberação fundamentada. Então, a hipótese é que o movimento negro praticou a democracia deliberativa ao se propor a influir na assembleia constituinte e incluir suas pautas no texto constitucional brasileiro.

Ainda, este artigo visa analisar a trajetória do movimento social negro brasileiro e expor brevemente o conceito da democracia deliberativa de Habermas. O trabalho se fará a partir de análise e relação entre os fatos que encaminham o movimento referido para a Assembleia Nacional Constituinte e os conceitos que envolvem a democracia deliberativa.

Na esteira deste objetivo central, inicialmente, será feita uma breve exposição sobre a trajetória do Movimento Negro Brasileiro, para que seja possível compreender o contexto de mobilização para a constituinte. Um cotejo sobre alguns marcos e entidades do Movimento Negro no Brasil será realizado até seu momento pré-constituinte. No segundo momento, se procederá uma breve explicação sobre o conceito de democracia deliberativa, considerando o conceito e estrutura definido por Jürgen Habermas, sendo exposto seus elementos e a base para a sua construção. Por fim, será relacionada a atuação do Movimento Negro para a Assembleia Nacional Constituinte ao modelo de democracia habermasiana, visando identificar se houve, na mobilização do Movimento negro para a constituinte, a prática de uma democracia nos moldes habermasianos.

A pesquisa se justifica na medida em que é imprescindível para o meio acadêmico e também para a sociedade como um todo, compreender, o *modus operandi* de seus movimentos sociais e de como ocorreu a construção da Lei Fundamental do país, que fundamenta todo o ordenamento jurídico. Nessa órbita, para a elucidação da investigação, foram utilizados o método vertente jurídico-teórico e o raciocínio dedutivo, com a técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

O Movimento Negro brasileiro

Inicialmente, cuida-se em demarcar o que compreendemos, no presente estudo, por Movimento Negro. A definição é discutida de

modo que conseguimos delinear e nomear, inclusive, movimento negro em sentido amplo e em sentido estrito, bem como movimentos negros, no plural. Conforme descrito por Lélia Gonzalez (1982), há no tema uma complexidade que não permite uma visão unitária. Já Joel Rufino dos Santos (1985, p. 287-307) entende que há uma controvérsia em visualizar como movimento negro qualquer modo de organização do povo negro ou apenas os conjuntos de entidades de luta contra o racismo. Segundo o autor, movimento negro é, antes de qualquer coisa, aquilo que seus próprios integrantes dizem que é.

Gonzalez, que, além de teórica das ciências sociais, era participante do Movimento e, ainda uma das fundadoras do Movimento Negro Unificado (MNU) comprehende que, embora o movimento negro englobe várias vertentes, podemos compreender que sua definição seria exatamente a especificidade do significante negro, que não contém em quaisquer outros movimento social.

Rufino dos Santos (1985 p. 287-307) desenvolve a ideia de movimento negro brasileiro em dois vieses: em sentido estrito e em sentido amplo. Conforme o autor, em sentido amplo seria todas as organizações em que se verifique o protagonismo negro. Estariam aí incluídas ações nos mais diversos sentidos, sejam de autodefesa física e cultural (a exemplo dos quilombos), as ações religiosas, entidades recreativas ou mesmo organizações culturais em geral. Já em sentido estrito, por sua vez, seriam aquelas organizações negras que tem por objetivo a luta contra o racismo, nas suas mais variadas formas e se estabelece enquanto movimento social. Entendido os conceitos, depreendemos, para os fins da presente análise, o movimento negro em sentido estrito, tendo em vista um melhor encaixe para a análise que se apresenta³.

Contudo, cumpre salientar que, apesar da divisão apresentada, o Movimento Negro sempre se mostrou múltiplo e diverso, com diferentes organizações, cada uma com sua própria estrutura, arcabouço ideológico

3 Desta forma, compreendemos como movimento negro brasileiro o conjunto de entidades, organizações e iniciativas com protagonismo negro (criadas por negros e/ou negras) que têm por objetivo a luta antirracista e/ou igualdade racial. A definição aqui utilizada, como delinearemos no texto, não desconsidera a heterogeneidade e multiplicidade das organizações do movimento, quanto a diretrizes ideológicas, estrutura, modo de ação e aderência a correntes políticas e culturais. O modo de se referir a esta denominação é corriqueiro entre os integrantes do movimento social referido, motivo pelo qual também o adotaremos no presente estudo.

e seu próprio objetivo em específico, mesmo que no âmbito do combate ao racismo e do protagonismo negro, que são as características que é comum a todas as entidades partes do movimento referido, conforme explica González (1982).

Surgido de forma organizada na década de 1930 a partir de entidades negras com um forte apelo político e ideológico e político, dentre as quais se destaca a Frente Negra Brasileira (FNB). A FNB, criada em 1931, foi a organização negra mais importante da primeira metade do século XX e atuou inclusive como partido político no período entre 1936 e 1937, em que foi extinta no contexto do Estado Novo (Ditadura de Getúlio Vargas), que impediu qualquer iniciativa negra organizada até sua queda em 1945, ano em que iniciou uma segunda fase do Movimento Negro, que teve como destaques a União dos Homens de Cor (UHC) e o Teatro Experimental do Negro (TEN), de Abdias do Nascimento, e durou até 1964, quando foi instaurada a ditadura militar no país. (Domingues, 2007, p. 105 e 106)

A partir disso, o Movimento Negro entrou em um hiato até meados da década de 1970, em que várias iniciativas e ações com a pauta racial surgiram, como o Centro de Cultura e Arte Negra (CECAN), em 1972; o grupo Palmares, fundado em 1971 em Porto Alegre; No Rio de Janeiro também foi fundado o Instituto de Pesquisa das Culturas Negras (IPCN), em 1976, e o movimento soul, depois nomeado de Black Rio, que eram bailes frequentados por trabalhadores, estudantes secundaristas e universitários negros e que deu base para o surgimento do movimento negro do Rio de Janeiro (Domingues, 2007, p. 108-112)

Em 1978, porém, foi que o movimento negro organizado retornou de forma mais pungente à cena política brasileira, com a fundação do Movimento Negro Unificado (MNU). O MNU tinha como proposta unificar as entidades antirracistas no Brasil e se tornou um marco, com uma atuação e visibilidade que causou mudanças permanentes. O MNU parece, inclusive, ter sido a entidade que difundiu a noção de “movimento negro” como designação genérica para diversas entidades e ações a partir daquele momento. (Pereira, 2010, p. 64-65)

Já na década de 1980, no contexto da Assembleia Nacional Constituinte (ANC), o movimento negro se mobilizou intensamente

para participar na construção da constituição e incluir questões de interesse da população negra no texto constitucional. Em 1986, ano em que seriam realizadas as eleições para a assembleia constituinte, foi realizada a Convenção Nacional do Negro “O Negro e a Constituinte”. O evento, realizado pelo MNU, foi aberto a todas as organizações negras do país e visava coordenar as pautas e questões do movimento negro brasileiro que seriam apresentados à ANC. A convenção reuniu várias entidades e grupos, que desenvolveram diversas propostas, a exemplo da questão da violência policial, e a garantia do título de propriedade da terra às comunidades negras remanescentes de quilombos (Pereira, 2010, p. 224).

O evento foi uma espécie de congresso pré-constituinte, assim como diversos outros grupos e movimentos sociais estavam realizando no mesmo período. Ainda, a convenção foi aproveitada enquanto articulação para apoiar e eleger os deputados que seriam seus representantes na assembleia, bem como para pressionar os demais candidatos a acolher as pautas levantadas no evento. Destarte, questões importantes, relacionadas à questão racial e a população negra em geral, puderam estar presentes na Constituição Federal.

Conforme Santos (2015), o Movimento Negro utilizou todos os instrumentos de participação popular no processo constituinte, desde participações em audiências públicas, encaminhamentos de documentos assinados contendo sugestões à Assembleia, reunião como determinados parlamentares contribuintes, etc. Assim, os atos do Movimento Negro demonstra alguns dos elementos que são descritos na Democracia Deliberativa, conforme Habermas, conforme veremos a seguir.

A democracia deliberativa de Habermas

O Estado de Direito pressupõe uma democracia e tem sua legitimidade na racionalidade de processos de legislação e de jurisdição, sendo que o poder comunicativo se transforma em poder democrático. Assim, os atos administrativos são baseados em discursos que os fundamentam, conferindo validade, além da facticidade (aplicação prática). Desse modo, direito e a política mantém uma oscilação entre validade e facticidade, porém essa tensão serve para que se mantenham

abertos a diferentes posições metódicas, diferentes finalidades teóricas, diferentes perspectivas de papéis e variados enfoques pragmáticos (Cardoso, 2010, p. 208-209).

A facticidade (validade social) é determinada pelo grau em que consegue se impor, ou seja, pela sua possível aceitação fática no círculo dos membros do direito, apoiada na “ameaça de sanções definidas conforme o direito e que podem ser impostas pelo tribunal.”. Já a validade (ou legitimidade de regras) “se mede pela resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa” e o que conta “em última instância”, é o fato de elas terem surgido num processo legislativo racional. Neste modelo de ordem jurídica e de Democracia Deliberativa, as liberdades subjetivas de ação são complementadas por direitos subjetivos de autonomia: a partir de uma solidariedade concentrada no papel do cidadão que surge, em última instância, do agir comunicativo, tendo o direito enquanto um mecanismo que alinha ambas as perspectivas (Cardoso, 2010, p. 209).

Nesse sentido, temos como suporte o princípio do discurso em que o direito é posto como um dos canais aptos a amortizar as instabilidades entre facticidade e validade, permitindo que as pessoas (numa sociedade) ajam de forma orientada pelo sucesso (enfoque objetivador) ou pelo entendimento (enfoque performativo), tendo o processo de legislação como o lugar da integração social. Nesse caso, o direito seria o mecanismo que alia positividade (aceitação) e aceitabilidade, ou seja, realiza a integração social sem inviabilizar a comunicação.

O direito é um sistema de saber e, ao mesmo tempo, um sistema de ação (Habermas, 2003, p. 110). No caso, o direito moderno tem função preponderante de integração social, legitimado e validado por meio da aceitabilidade, com íntimas relações com a soberania popular. Na Teoria do Agir Comunicativo, que dá suporte à Democracia Deliberativa, a racionalidade é um elemento principal de construção da própria humanidade, estando presentes nas ações de todos os indivíduos. Comportar-se racionalmente, nesse sentido,

[...] seria entender o comportamento dos seres humanos, a partir de uma compreensão da totalidade e dos seus condicionantes. Esse comportamento determina a forma como as pessoas a nossa volta (*sic*) agem, os valores sociais que dão suporte para determinadas ações e o saber que cada ação contém, isto é, busca-

se que determinada ação possa ser explicada, ser compreendida, ser entendida. Assim, temos a ideia de que o comportamento é racional (BETTINE, 2021, p. 15).

Assim, para Habermas, “o mundo só conquista objetividade ao tornar-se válido enquanto mundo único para uma comunidade de sujeitos capazes de agir e utilizar a linguagem” (Habermas, 2012, p. 40). Tudo isso, claro, a partir de um comportamento racional.

No que se refere a “mundo”, Habermas lança mão do conceito fenomenológico de “mundo da vida”, que seria “Uma rede ramificada de ações comunicativas que se difundem em espaços sociais e épocas históricas” (Habermas, 2003, p. 111), com base na reprodução cultural (cultura), integração social (sociedade) e socialização (pessoa), das quais são resultantes a prática comunicativa cotidiana. Nesse contexto, o direito é um sistema de ação que integra o componente sociedade do mundo da vida.

Conforme Habermas, em uma democracia, serão consideradas legítimas apenas as decisões devidamente fundamentadas e justificadas, com uma concordância suficiente para efetivação da decisão. É contemplada, então, a Teoria do Agir Comunicativo, tendo em vista a necessidade do debate argumentativo e racional. Nesse processo, ainda

a esfera pública tem um papel central, pois é nela que a “vontade geral” deve se formar e as decisões políticas justificadas. A maneira como estas decisões devem ser justificadas, com uma pretensão universalista, é através do debate argumentativo racional (Rodrigues, 2012, p.23).

De acordo com Rodrigues (2012, p. 22), a democracia em Habermas

deve sustentar, simultaneamente, as garantias das liberdades dos cidadãos privados e as garantias que possibilitam a esses cidadãos terem condições de se associarem nos processos discursivos orientadores de ações do sistema político e social. Estes processos discursivos são capazes de legitimar os seus próprios resultados desde que esses resultados sejam racionais, ou seja, sustentáveis no debate público. Somente a democracia pode institucionalizar os procedimentos discursivos que conferem racionalidade e legitimidade às ações sociais.

Nesse sentido, o discurso está intimamente ligado à democracia, mediado pelo direito, de forma que o princípio do discurso se transmuta

em princípio da democracia e ambos são gerados pela mesma fonte, tendo em vista que o poder político é derivado do poder comunicativo dos cidadãos e “o direito sancionado através do Estado e o poder político exercido conforme o direito promovem-se mutuamente” (Habermas, 2003, p. 103).

Observando através da perspectiva da Democracia Deliberativa, conforme o conceito habermasiano, podemos observar algum de seus elementos no processo constituinte brasileiro. Na atuação do Movimento Negro, sobretudo, conseguimos visualizar, com clareza, o uso de alguns elementos descritos na Teoria Do Agir Comunicativo e da Democracia Deliberativa enquanto ferramentas de defesa as pautas próprias daquele movimento social. É possível identificar, também, conceitos da teoria de Habermas, na negociação e no trâmite que consagrou como texto constitucional parte das pautas defendidas pelo movimento referido.

O Movimento Negro praticando democracia deliberativa

Retornando à análise da atuação do Movimento Negro na Assembleia Nacional Constituinte, é possível verificar que a proatividade na colaboração com a assembleia, se utilizando de todos os artifícios de participação disponíveis. Conforme Santos (2015, p. 10): “No que se refere às audiências públicas, dois encontros foram destinados à temática racial. Com duração total de cerca de doze horas, as sessões contaram com 21 ativistas”

Na ocasião citada, os militantes utilizaram a maior parte do tempo de fala, o que denota um privilégio das participações extraparlamentares (no que se refere às audiências públicas), com foco na apresentação das pautas relativas à população negra, e defesa da importância da presença delas no texto constitucional. Com relação aos documentos escritos, Santos (2015, p. 11) expõe que sete documentos, assinados por cerca de 70 organizações, foram encaminhados à Assembleia, com demandas que se encaixam em dois tipos de pleitos, os relacionados a problemas gerais que incidem majoritariamente sobre a população negra e os relacionados com o pertencimento racial e que possuíam objetivos de caráter coercitivo, promocional e didático-pedagógico de acordo com os/as próprios/as ativistas (Santos, 2015, p. 17-18).

Contudo, na Assembleia Nacional Constituinte em si, o movimento negro teve um poder de atuação bastante limitado, tendo em vista que contou com apenas quatro parlamentares: Paulo Paim (PT/RS), Edmilson Valentim (PCdoB/RJ), Carlos Alberto Caó (PDT/RJ) e Benedita da Silva (PT/RJ) (Santos, 2015, p. 21). Ainda que com o ambiente adverso, é possível verificar, no texto final da Constituição, que foram incorporadas algumas das pautas pleiteadas pelos militantes do Movimento negro.

Como já mencionado, nos atos do Movimento Negro conseguimos visualizar alguns dos elementos constantes na Democracia Deliberativa e na Teoria do Agir Comunicativo.

Inicialmente, cuida-se em visualizar que, mesmo no momento anterior à Assembleia Constituinte, o Movimento Negro se preocupou em construir um discurso muito bem fundamentado a partir das experiências e necessidades de um grande contingente de população representada por eles, qual seja, a população negra brasileira. Desta forma foram construídos como já visualizado diversos eventos de discussão para sugestão e construção de propostas à Assembleia Nacional Constituinte, com fundamento nas mais diversas necessidades das comunidades negras do Brasil, a exemplo da Convenção Nacional do Negro “O Negro e a Constituinte”, já descrita nesse estudo. Nesta e em outras ocasiões, o Movimento Negro, que era formado também por cientistas e teóricos das mais diversas áreas, desenvolveu várias teses de defesa que justificaram cada uma das pautas apresentadas por seus membros à Assembleia.

Considerando que, na Democracia Deliberativa, em que o poder comunicativo se transmuta em poder democrático, a partir do discurso, e que as regras oriundas do Estado devem ser baseadas em discursos que o fundamentam e conferem validade e facticidade, ou seja, legitimidade das regras e aplicação prática, concluímos que o Movimento Negro depreendeu essa ferramenta, de modo a articular o discurso e empreender esforços em variados eventos de mobilização para construir uma proposta robusta a ser apresentada à Assembleia, como demonstra Pereira (2010, p. 222):

Em meados da década de 1980 foram realizados diferentes eventos que procuravam intervir na elaboração da Constituição promulgada em 1988. O ano de 1986 foi de bastante mobilização

do movimento, por conta das eleições para a Assembléia Nacional Constituinte, ocorridas em 15 de novembro.

Ademais, verifica-se, na Democracia Deliberativa, uma valorização da racionalidade enquanto característica do discurso. Nesse caso, não basta apenas o uso da linguagem, enquanto ferramenta que viabiliza o discurso, mas sim a racionalidade. Tal pressuposto também é observado pelo Movimento Negro e, inclusive, utilizado como estratégia de defesa, ao delinear justificativas para as sugestões dadas, para além do já expressivo apoio social. Conforme já exposto de forma antecedente, foram enviados documentos escritos à Assembleia, além da participação em audiências públicas, com o uso abundante da fala, para explicitar não somente as solicitações, mas também articular uma estrutura argumentativa que fundamente a presença delas no Texto Constitucional.

É elementar para a Democracia habermasiana, também, que as decisões políticas sejam frutos de ampla discussão pública, com um debate cuidadoso sobre em seu funcionamento interno na mobilização pré-constituinte. A Convenção Nacional Organizada pelo MNU e seu funcionamento já demonstram, em si, a preocupação com a construção coletiva, que é própria não somente da democracia deliberativa, mas também das tradições culturais negras. Nesse sentido, todas as propostas apresentadas pelo movimento, ainda que sugerida e levada à discussão por um determinado grupo, passou por uma intensa discussão e ponderação pelo movimento. Para além de este ter sido o caráter fundamental da própria Assembleia Constituinte, que teve sua óbvia relevância considerada à risca e com muito cuidado e respeito pelo Movimento Negro, este também replicou, como expõem Hédio da Silva Jr. e Zélia Amador de Deus em entrevista a Pereira (2010, p. 222-223):

Em agosto 1986, o MNU puxou um congresso pré-Constituinte em Brasília, aberto para todas as entidades do movimento negro do país, independentemente de serem filiadas ou não ao MNU.

[...] Havia consensos. O primeiro consenso era a criminalização do racismo. E depois, no curso dos debates, eu me lembro que foi a primeira vez em que me ative a essa demanda das comunidades de quilombo.

O discurso do movimento Negro e a importância dada não só à construção coletiva interna, mas à Assembleia em si, reforça, ainda, à centralidade da esfera pública. Centralidade esta que também é vislumbrada como essencial à Democracia do ponto de vista habermasiano, como bem expõe Rodrigues (2012, p. 23):

[...] a esfera pública tem um papel central, pois é nela que a “vontade geral” deve se formar e as decisões políticas justificadas. A maneira como estas decisões devem ser justificadas, com uma pretensão universalista, é através do debate argumentativo racional.

Consideremos, ainda, o conceito utilizado de “mundo da vida”, que parte da reprodução cultural (cultura), integração social (sociedade) e socialização (pessoa) que tem como fruto a prática comunicativa cotidiana. Com relação a este tópico, verifica-se de forma clarividente o encaixe das pautas levantadas pelo Movimento Negro para uma possível inclusão no Texto Constitucional ao mundo (dentro da visão apresentada acima).

Ainda, vislumbra-se de forma contundente que a pauta negra na constituinte toma por referência o mundo da vida. Sendo este uma rede de ações comunicativas compartilhadas e difundidas nos espaços sociais e na história, pode-se compreender que a pauta do Movimento Negro era, acima de tudo, de preservar e incentivar a reprodução social da cultura negra, assim como do chamado “bem viver” da população negra. E é possível ainda, verificar tal afirmativa nas pautas que, antes apresentadas à Constituinte, se tornaram parte da Lei Máxima brasileira, como nos exemplos constantes nos artigos 215, 216 e no artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (Brasil, 1988).

Outrossim, destaca-se, na Democracia Deliberativa, o Direito enquanto meio para integração da sociedade e mediação do discurso, sendo intermediador para reduzir a tensão latente entre validade e facticidade. É por meio do Direito que são institucionalizadas as decisões desenvolvidas nos procedimentos discursivos, dando legitimidade às ações sociais, além de justificá-las racionalmente. Com relação a esta concepção, podemos considerar que ela também era compartilhada pelo Movimento Negro, que demonstrou de forma manifesta o interesse na institucionalização de suas pautas. Para além da óbvia evidência do reconhecimento do Direito enquanto meio de integração social que reúne a validade e facticidade dos tópicos que institucionaliza, o

movimento negro também demonstra este valorização de forma perene e completa, o que inclui uma busca pela validação de sua agenda também em outros níveis, como demonstra Santos (2015, p.11):

Ademais, chama atenção neste momento do processo a preocupação por parte do movimento social em garantir “algo mais que a igualdade formal no texto da constituição”.

[...] Nota-se também, por meio das audiências, que a militância possuía clareza de que a Constituição representava uma etapa da luta contra o racismo - um momento importante ao qual o Movimento não estava subestimando (o que seria um “erro político”, como afirmou um dos ativistas) – mas que deveria ser acompanhada de uma atuação constante nos anos vindouros no sentido de garantir a efetivação das possíveis conquistas.

Considerações finais

Na ocasião da Assembleia Nacional Constituinte, diversos grupos e setores da sociedade brasileira se colocaram para propor pautas que viriam a integrar a Lei Fundamental do Brasil. Dentre eles o movimento social negro brasileiro, que atuou num contexto de mobilização nacional para institucionalização de sua agenda pelo Estado brasileiro. O Movimento Negro utilizou várias ferramentas para organização no momento pré-constituinte, com participação que entidades locais de todas as regiões do país e, ainda, no momento da assembleia, fez uso de todas as formas disponíveis de participação popular, além de influir na atuação direta por meio de seus quatro representantes no parlamento. Em sua construção, foi observada alguns dos elementos deliberativos, com base na teoria da democracia deliberativa.

A teoria referida, desenvolvida por Jürgen Habermas, entende a democracia como um modelo que alia validade (legitimidade de regras) e facticidade (validade social), com função de integração social, a partir da aceitabilidade e racionalidade. As decisões nesse modelo tem o fim de solidariedade e são realizadas a partir do discurso racional e da deliberação e tem efetividade no “mundo da vida”, que é formado pela cultura, integração em sociedade e socialização do indivíduo.

Verifica-se, então, que o Movimento Negro, no que se refere à sua atuação pré-constituinte, através de toda a sua mobilização

com vistas a buscar a presença das suas pautas na atual Constituição Federal Brasileira, contemplou o modelo da Democracia Deliberativa, considerando o conceito e estrutura definido por Jürgen Habermas.

Assim, o Movimento Negro, ao se mobilizar e participar de forma ativa da construção da Constituição de 1988, praticando atos eivados dos elementos da democracia habermasiana. Isto é, tanto no que se refere aos elementos materiais, tendo em vista a conexão das pautas com o chamado “mundo da vida”, bem como os formais de toda a construção dessa participação, quais sejam, a construção coletiva e decisão por consenso; a fundamentação das pautas por meio do discurso, com base em uma construção argumentativa racional, expressas ainda num agir comunicativo; da valorização da centralidade da esfera pública e do Direito enquanto meio de integração, garantindo a validade e facticidade de suas ações sociais.

Referências

BETTINE, Marco. **A teoria do Agir Comunicativo de Jürgen Habermas: bases conceituais**. São Paulo: Edições EACH, 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]./ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituciona/constituicao.htm Acesso em: 25 jun. 2024.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras**. Editora Lumen Juris, 2010.

DOMINGUES, Petrônio. Movimento negro brasileiro: alguns apontamentos históricos. **Tempo**, v. 12, p. 100-122, 2007.

GONZALEZ, L. O Movimento Negro na última década *in Lugar de Negro*. Rio de Janeiro: Editora Marco Zero Ltda, 1982.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, Vol. I. 2. ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, J. **Teoria do Agir Comunicativo**. v. 1. Racionalidade da ação e racionalização social. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

PALERMO, Luis Claudio. A importância da teoria do agir comunicativo na atualidade: racionalidade, mundo da vida e democracia deliberativa. **Revista Eletrônica de Humanidades do Curso de Ciências Sociais da UNIFAP**, Macapá, n. 6, p. 01-17, 2013.

PEREIRA, Amilcar Araujo. “**O Mundo Negro”: a constituição do movimento negro contemporâneo no Brasil (1970-1995)**. 268 f.; il. Orientador: Hebe Maria Mattos. Tese (Doutorado) – Universidade Federal Fluminense, Instituto de Ciências Humanas e Filosofia, Departamento de História, 2010.

RODRIGUES, Sérgio Murilo. A democracia deliberativa-argumentativa de Jürgen Habermas. **Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro**, Belo Horizonte, n. 5, p. 19-32, 2012.

SANTOS, Natália Neris da Silva. Vozes negras no Congresso Nacional: o movimento negro e a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. In: **39º Encontro anual da ANPOCS. GT32-Relações raciais: desigualdades, identidades e políticas públicas**. Disponível em: <https://www.anpocs.com/index.php/papers-39-encontro/gt/gt32/9750-vozes-negras-no-congresso-nacional-o-movimento-negro-e-a-assembleia-nacional-constituinte-de-1987-1988/file>. Acesso em 01 jun. 2024.

OS DESAFIOS DO HOMESCHOOLING NO BRASIL

Amanda Bischoff¹
Taciana Marconatto Damo Cervi²

Introdução

O artigo científico possui como problema central: Quais são os desafios encontrados para a adoção do homeschooling no Brasil?. A justificativa para a escolha do tema que é os desafios encontrados para a adoção do homeschooling no Brasil é que o homeschooling tem sido tema de debates no Brasil devido à sua crescente adoção por parte das famílias, mesmo não existindo regulamentação legal. Como resposta tem-se que apesar do homeschooling oferecer benefícios como flexibilidade de horários, ensino personalizado e proteção contra violência escolar, essa modalidade enfrenta diversos desafios. Entre eles, destacam-se a falta de regulamentação legal,

o impacto na socialização das crianças, a necessidade de preparo pedagógico dos pais e as possíveis dificuldades de integração em universidades. A metodologia utilizada é o método hipotético-dedutivo com pesquisa em artigos científicos, matérias jornalísticas, doutrinas e legislações.

O direito constitucional à educação e o homeschooling

Sabe-se que com o advento da Constituição de 1988 a educação tornou-se um direito social essencial a todos os cidadãos brasileiros (Brasil, 1988, s.p.), e é a “[...] garantia do acesso à escola, onde a população deve permanecer durante o tempo legalmente determinado, a fim de adquirir os conhecimentos e habilidades necessários para a vida adulta plena.” (Alves; Fonseca; Soares, 2021, p.1), sendo de acordo com o artigo 6º da CF/88 competência concorrente entre os entes União,

Estados, DF, Municípios proporcionar o acesso à educação (Brasil, 1988, s.p.).

No entanto, dados apontam que a educação brasileira tem se demonstrado precária “[...] segundo o levantamento da Pnad, a taxa de escolarização das crianças de 4 a 5 anos caiu de 92,7%, em 2019, para 91,5%, em 2022 [...]” (Pesquisas..., 2023, s.p.), nesse sentido em “um estudo realizado pelo IMD World Competitiveness Center que comparou a prosperidade e a competitividade de 64 nações, no eixo que avalia a educação, o Brasil teve a pior avaliação entre todas as nações analisadas alcançando a 64^a posição.” (Coelho; Herédia; Maia, 2021, s.p.) Ademais, “[...] o país também peca na universalização da educação. Na taxa de matrículas no ensino médio, o resultado foi 23,8% abaixo do índice mundial (Coelho; Herédia; Maia, 2021, s.p.).

Além de todos esses fatores é importante destacar que o índice de violência nas escolas cresceu muito nesses últimos anos, dados da Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos informam que entre janeiro e setembro de 2023 o Disque 100, registrou 9.530 denúncias acerca da violências em instituições de ensino, o que significa um aumento de cerca de 50% em comparação ao período anterior, quando mais de 6,3 mil denúncias aconteceram, totalizando mais de 50 mil violações recebidas e encaminhadas aos órgãos competentes. (Disque..., 2023, s.p.), essas denúncias envolvem berçário, creche e instituições de ensino, e as regiões que apresentam a maior quantidade de registros são, respectivamente, São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais. (Disque...; 2023; s.p.), ainda, “[...] estudo divulgado em 2019 apontou que as escolas brasileiras são ambiente mais propício ao bullying e à intimidação do que a média internacional [...]. (Brasil..., 2023, s.p.), além de “[...] 28% dos diretores escolares brasileiros relataram ter testemunhado situações de intimidação ou bullying entre alunos [...]” (Brasil..., 2023, s.p.), e:

Em 2017, estudo semelhante da OCDE mostrou que 12,5% dos professores ouvidos no Brasil disseram ser vítimas de agressões verbais ou de intimidação de alunos pelo menos uma vez por semana. Era o índice mais alto entre os 34 países pesquisados - a média entre eles é de 3,4%. (Brasil..., 2023, s.p.)

Diante desse cenário, o homescooling tem ganhado espaço de discussão já que se trata da “[...] prática por meio da qual os pais ou responsáveis pela criança ou adolescente assumem a obrigação pela sua escolarização formal e deixam de delegá-la às instituições oficiais de

ensino.” (dizer o direito, 2018, s.p.), e com isso o indivíduo deixa de frequentar a escola e passa a estudar na “[...] sua própria casa, sendo os ensinamentos ministrados pelos pais ou por pessoas por eles escolhidas.” (dizer o direito, 2018, s.p.).

Além desses fatores já citados há ainda vários outros como:

[...] proteger a criança e o adolescente de situações de violência, seja no deslocamento à escola, seja na própria escola [...], da delinquência juvenil e da doutrinação), está mais preocupada com a melhora no desempenho acadêmico, já que não se perde tempo com gestão de turma, com atividades que desviam a atenção do conteúdo programado e específico de cada componente do currículo. (Picoli, 2020, s.p.).

Há também fatores como a moral e a religião como motivo para que os pais busquem adotar o “homeschooling” como nos relatos colhidos no artigo intitulado “A opção por um ensino domiciliar: um estudo de caso”, onde as mães adotantes da prática do homeschooling explicam porque retiraram os filhos da escola “[...] a minha visão de família é pautada na Palavra, no lar, na família, em valores que estão se perdendo, por isso que optei por mergulhar no meu lar [...]” (Alejarra; Fuhr, 2020, s.p.), além desse relatos, há outros como o da família da Eliane que explica porque retirou os filhos da escola:

O principal motivo é espiritual[...]. Aí entra a questão mais forte, a espiritual, que, em minha experiência com Deus, na minha comunhão com Deus, eu tive muito claro dentro de mim que eu queria que meus filhos fossem guardados de muitas coisas que eu estava observando com relação à educação nas escolas e fora das escolas. (Alejarra; Fuhr, 2020, s.p.)

Sobre esse tema a autora entende que: “Ao analisarmos os discursos das famílias de Júlia e Eliane, é possível ressaltarmos que o ponto de convergência entre essas duas famílias é a questão religiosa.”(Alejarra; Fuhr, 2020, s.p.). Portanto, percebe-se que existe uma preocupação com a formação moral e religiosa dos filhos que é oferecida fora do seio familiar, ocorre que essa preocupação não é recente e que só existe no século vinte e um, pelo contrário essa ideia de manter a educação do filho em casa para uma melhor formação religiosa e moral já existe há séculos como pode ser percebido no livro de Literatura clássica “O crime do Padre Amaro” do escritor português Eça de Queirós onde a senhora Marquesa deixou de matricular o Amaro na escola porque: “[...]

receava a impiedade dos tempos e as camaradagens imorais.” (Queirós, 2011, p. 30).

No entanto diferente do século XIX onde essa preocupação se restringia aos cristãos “[...] atualmente, apesar de o fundamento religioso ainda ser uma relevante motivação para a retirada dos filhos da escola, tal fenômeno não mais se restringe aos cristãos protestantes, abrangendo um amplo espectro de crenças religiosas, educacionais e políticas.” (Alejarra; Fuhr, 2020, s.p.).

Sobre a origem do homeschooling cabe ressaltar que essa prática de educação “[...] remonta a tempos antigos, quando as famílias eram responsáveis pela educação dos filhos.” (homeschooling..., 2024, s.p.), e portanto, “[...] desde o Império, as elites ministravam a instrução primária e outros ensinamentos no lar, seja por meio de um ‘tio padre’, seja por meio de governantas.” (Cury, 2019, s.p.).

Ocorre que com o passar das décadas a legislação brasileira passou a regulamentar a educação e esse é um tema abordado em algumas constituições brasileiras como na constituição de 1824 que trata desse tema no artigo 179 inciso, XXXII: “A Instrucção primaria, e gratuita a todos os Cidadãos.” (BRASIL, 1824, s.p), no entanto “O texto constitucional de 1891 não despende grande atenção à educação, tampouco a garante como um direito cidadão.” (Alencar; Alencar; Junqueira, 2020, s.p.). Já posteriormente, na década dos anos de 1930 “[...] ocorre a promulgação das constituições de 1934 e 1937. Ambas apresentam a educação como um direito de todos os cidadãos, entretanto é obrigatório ao Estado prover apenas a formação primária.” (Alencar; Alencar; Junqueira, 2020, s.p.). Já “A Constituição de 1946 [...], no capítulo de educação, dispõe, no art. 166, que “a educação é direito de todos e será dada no lar e na escola.” (Cury, 2017, s.p.)

Na promulgação da Constituição de 1988 a educação é um tema importante:

[...] logo no artigo 6º, a educação é tratada como um direito do cidadão, sendo enfatizada no artigo 205 como “um direito de todos e dever do Estado”, concluindo no inciso I do parágrafo 2º do artigo 207 que “educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria” (BRASIL, 1988). (Alencar; Alencar; Junqueira, 2020, s.p.)

Nesse sentido, “[...] o art. 208 da Constituição [...], § 3º combinado com o § 1º; no art. 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente [...] e no art. 6º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional [...] não mais se refere ao lar ou família como loci desta obrigatoriedade.” (Cury, 2017, s.p.), como fica demonstrado ser obrigação do Estado sendo um direito de todos os cidadãos:

Art. 208 - O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. [...] §3º Compete ao poder público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola. (Brasil, 1988, s.p.)

É importante mencionar que o Estatuto da Criança e do Adolescente “[...] dispõe de modo direto: Art. 55 - Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino.” (Cury, 2017, s.p.). Além disso, “[...] a atual redação das Diretrizes e Bases da Educação Nacional, lei n. 9.394/96 [...], também ordena: “Art. 6º. - É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade.” (Brasil, 1996, s.p.).

Além do mais, a legislação penal também impõe a obrigatoriedade dos pais matricularem o menor de 18 anos na escola através da tipificação do crime de abandono intelectual que está disposto no artigo 246 do Código Penal “Deixar, sem justa causa de prover à instrução primária de filho em idade escolar.” (Brasil, 1964, s.p.).

Conforme o jurista Cleber Masson “O bem jurídico penalmente tutelado é a assistência familiar, no que diz respeito ao direito de acesso ao ensino obrigatório do filho em idade escolar.” (Masson, 2024, p. 211). Além disso, trata-se de um crime omissivo próprio já que o tipo penal é uma conduta de omissão “deixar de promover” (Masson, ano). Essa conduta pode ser praticada ao “[...] não efetuar a matrícula do filho em idade escolar no estabelecimento de ensino de instrução primária, ou então impedir que este frequente o estabelecimento de ensino fundamental.” (Masson, ano, p. 211). Ainda sobre esse crime há a previsão no artigo que o deixar de matricular o filho em instituição de ensino deve ser sem justa causa e, portanto há uma causa de atipicidade da conduta quando:

[...] há justificativa para a ausência de matrícula ou frequência do filho em idade escolar na instituição de ensino. Como exemplos de justa causa podem ser citadas a inexistência de vagas ou de escola na cidade de residência da criança ou adolescente. (Masson, 2024, p. 212)

Ademais, é importante destacar que esse crime é “[...] próprio ou especial, pois somente pode ser cometido pelos pais cujo filho esteja em idade escolar e carente de instrução primária.” (Masson, 2024, p. 213) e, por conseguinte “Como não se admite a analogia *in malam partem* no campo das leis penais incriminadoras, os tutores ou qualquer outra espécie de responsável legal pela guarda da criança ou adolescente não podem figurar como sujeito ativo do delito.” (Masson, 2024, p. 213).

Além de tudo, só é admitido como sujeito passivo desse crime “[...] o filho dependente de instrução primária e em idade escolar.” (Masson, 2024, p. 213). Há controvérsias em relação à expressão “prover à instrução primária” e por isso existem duas correntes que tentam explicar até que idade vai a instrução primária.

A primeira corrente entende que a instrução básica vai dos 6 anos de idade até os 14 anos de idade:

a) Instrução primária equivale ao ensino fundamental, nos moldes do art. 32, caput, da Lei 9.394/1996 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional –, cuja redação é a seguinte: “O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão [...]. Consequentemente, a idade escolar é a que vai dos 6 até os 14 anos de idade. (Masson, 2024, p. 213)

Já a segunda corrente entende que a instrução primária vai dos quatro anos de idade até os dezessete anos de idade:

b) Instrução primária é a inerente às pessoas com idade entre 4 a 17 anos, como se extrai do art. 208, inc. I, da Constituição Federal, com a redação atribuída pela Emenda Constitucional 59/2009:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I – educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita

para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria. (Masson, 2024, p. 213).

Para o jurista Masson “[...] a segunda posição é a mais adequada e consentânea com os mandamentos da Constituição Federal. (Masson, 2024, p. 214), já que “[...] o art. 246 do Código Penal constitui-se em lei penal em branco de fundo constitucional, pois é complementado, no tocante à definição de “instrução primária”, pelo art. 208, inc. I, da Constituição Federal.” (Masson, 2024, p. 214).

Já sobre o elemento subjetivo da conduta não é admitido a conduta culposa para esse crime “[...] como na hipótese dos pais que negligentemente se esquecem de promover a matrícula do filho em idade escolar no estabelecimento de ensino.”, mas somente é admitido a conduta dolosa. (Masson, 2024, p. 214). Por fim, a consumação do crime é “[...] formal de consumação antecipada ou de resultado cortado.” (Masson, 2024, p. 214) e ocorre no:

[...] momento em que os pais, agindo com dolo, deixam de efetuar a matrícula do filho em idade escolar em estabelecimento de ensino, isto é, quando se encerra o prazo para matrícula e os genitores permanecem inertes, ou então quando, por decisão dos pais, o filho em idade escolar definitivamente para de frequentar o estabelecimento de ensino. Nesse último caso, impõe-se a habitualidade quanto à ausência do filho menor, pois a falta ocasional não caracteriza o delito. (Masson, 2024, p. 214)

Agora sobre a pena aplicada aos pais que cometem esse delito que é de detenção de 15 dias a 1 mês, ou multa o jurista Cleber Masson comprehende ser “[...] excessivamente baixa, mormente quando se leva em conta o prejuízo a ser causado, no presente e principalmente no futuro, à criança ou adolescente, em decorrência da falta de instrução primária.” (Masson, 2024, p. 214), e entende que “Essa opção legislativa [...] ofende o princípio da proporcionalidade, ao fomentar a proteção insuficiente do direito fundamental à educação escolar (CF, arts. 205 e seguintes).” (Masson, 2024, p. 214). É importante relembrar que “[...] o abandono intelectual é infração penal de menor potencial ofensivo, sujeitando-se à transação penal e ao rito sumaríssimo, em conformidade com as disposições da Lei 9.099/1995.” (Masson, 2024, p. 214).

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que:

[...] o homeschooling não é legalizado no Brasil. Um julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) em 2018 decidiu que os

pais não podem se abster de matricular os filhos na escola e, portanto, não podem educá-los exclusivamente em casa. O relator do processo, ministro Roberto Barroso, foi voto solitário pela permissão do *homeschooling* em casos excepcionais. Os demais magistrados seguiram o entendimento de que a educação não é atribuição exclusiva da família — precisa ter a participação do Estado, através da escola. (Oliveira, 2022, s.p.).

Embora o *homeschooling* não seja uma prática legalizada e por isso as crianças e adolescentes não podem ser educadas em casa, diversas famílias optam por retirar o filho da escola e praticar a educação, de acordo com o site Agência Senado são 35 mil famílias que adotam o *homeschooling*, o que representa 70 mil estudantes de 4 anos aos 17 anos (Oliveira, 2022, s.p.).

O *homeschooling* no mundo

Apesar do entendimento do Superior Tribunal Federal ser contrário ao *homeschooling*:

A maioria do tribunal admitiu, porém, que a prática poderá ser válida se houver a aprovação de uma lei regulamentando a educação domiciliar e criando instrumentos para a verificação de aspectos como a progressão do aprendizado das crianças e o nível de socialização que elas experimentam no dia-a-dia. (Oliveira, 2022, s.p.).

Agora analisando o panorama internacional o *homeschooling* é a prática de ensino é adotada pelas famílias, como nos Estados Unidos onde:

[...] a Suprema Corte dos EUA ainda não chegou a julgar um caso *homeschooling*, mas os que defendem o direito dos pais à sua escolha como alternativa à escolarização obrigatória afirmam repetidamente que se trata de um direito protegido pela primeira emenda e também pela décima quarta da Constituição Federal daquele país. (Andrade, 2017, s.p.)

O direito ao *homeschooling* também é adotado em diversos países da Europa como na Inglaterra, onde “[...] a educação é obrigatória, mas a frequência escolar não é. Os pais são livres para escolher o tipo de educação que desejam para os seus filhos, e somente requisitos gerais aplicam-se à educação domiciliar.” (Andrade, 2017, s.p.). E ainda, não

há fiscalização para verificar se a educação que está sendo oferecida é de qualidade, caso ocorra alguma desconfiança sobre a qualidade da educação oferecida será solicitado pelas autoridades aos pais que ofereçam mais informações, não sendo o suficiente será realizado uma investigação onde os pais devem apresentar provas, caso ainda exista dúvida sobre a qualidade do ensino poderá ser emitido uma ordem de frequência escolar (Andrade, 2017)

Na França “[...] os pais estão legalmente autorizados a fornecer a educação domiciliar, mas devem registrar-se anualmente no seu município e no órgão de inspeção acadêmica.” (Andrade, 2017, s.p.). Além disso os pais:

Podem escolher os seus métodos de ensino-aprendizagem, mas a lei exige que ofereçam uma ampla gama de assuntos, incluindo francês, matemática, pelo menos uma língua estrangeira, artes e educação esportiva, e é esperado que, aos 16 anos, o adolescente atinja um nível de desempenho e aprendizagem comparável à educação escolar. Anualmente os estudantes devem ser avaliados por meio de uma entrevista pessoal com um inspetor, o que geralmente ocorre em domicílio (Andrade, 2017, s.p.).

Ainda sobre a educação domiciliar na França é de suma importância ressaltar que:

Não há nenhuma obrigação legal de aplicar testes às crianças em diferentes disciplinas. No entanto, alguns inspetores propõem testes escritos que variam de acordo com a região, o que provoca grande debate. Se uma avaliação negativa é emitida, uma segunda inspeção segue, e, se o resultado ainda for negativo, os pais devem matricular a criança na escola. (Andrade, 2017, s.p.).

Já na Irlanda está estabelecido na Constituição que “[...] cada criança tem o direito a um mínimo de educação moral, intelectual e social, e os pais são livres para escolher entre a escolarização e a educação domiciliar.” (Andrade, 2017, s.p.). E se os pais optarem pelo homeschooling:

[...] deverão se registrar no Conselho Nacional de Educação e Bem-Estar e, no ato do registro, indicar como irão fornecê-la. O registro negado poderá ser objeto de recurso. A fiscalização é da responsabilidade do conselho supracitado e prevê duas fases de avaliação. Na primeira (avaliação preliminar), o processo de ensino-aprendizagem é avaliado em cooperação com os pais,

e não é necessário visitar o local onde a educação é fornecida ou encontrar a criança, embora as visitas domiciliares ocorram na maior parte dos casos. A segunda fase (avaliação global) só é solicitada se o primeiro estágio não tiver sido satisfatório, e pressupõe visitar a casa e se envolver com a criança. Se, mesmo depois da avaliação abrangente, se considera que a educação não cumpre os requisitos estabelecidos, a decisão poderá ser objeto de recurso. Essa comissão de apelação poderá prescrever aos pais que cumpram com quaisquer requisitos que julgar adequados. (Andrade, 2017, s.p.)

Na Finlândia “[...] a educação é obrigatória, e não a frequência escolar. Os pais devem informar o município de sua intenção, e o currículo adotado deverá ser equivalente ao do currículo escolar nacional.” (Andrade, 2017, s.p.), e conforme a lei do país: “[...] as autoridades municipais avaliarão o progresso da criança. Os testes, aplicados normalmente por um professor em uma escola local, consistirão em uma ou mais provas de desempenho.”(Andrade, 2017, s.p.). E os “[...] pais que oferecem educação insatisfatória ou sinais dela receberão uma multa.” (Andrade, 2017, s.p.).

Por outro lado, a Holanda é um dos “[...] poucos países europeus onde a educação domiciliar não é uma forma aceitável de cursar o ensino obrigatório, e a educação escolar é o único modelo permitido.” (Andrade, 2017, s.p.). Existindo na lei do país duas exceções em que “[...] os pais podem ser dispensados de efetuar a matrícula da criança, se não houver escola de sua religião ou convicção dentro de uma distância razoável de sua residência.” Andrade, 2017, s.p.), e portanto, os “[...] pais que obtiverem o benefício são livres para educá-los domiciliarmente.” (Andrade, 2017, s.p.).

As vantagens e desvantagens do homeschooling

Após a apresentação do que é o homeschooling, deve-se lembrar que existem vantagens e desvantagens ao aplicar o homeschooling como forma de estudo, a primeira vantagem encontrada é a flexibilidade de horário, já que o homeschooling permite que os pais escolham os horários de estudo, o que pode ser útil para famílias que viajam com frequência, já que é possível ajustar a rotina conforme as necessidades da criança e da família, outra vantagem encontrada é a possibilidade

de realizar uma educação personalizada já que os pais podem adaptar o conteúdo e a velocidade de aprendizagem de acordo com o ritmo e as necessidades individuais da criança, o que pode beneficiar as crianças que possuem dificuldades de aprendizado ou aqueles que crianças mais avançados que os demais alunos da sua faixa etária, além disso, essas crianças ficam afastadas do bullying e da violência escolar.

Ainda, é importante mencionar que pais que adotam o homeschooling possuem um maior controle sobre o que seus filhos aprendem, podendo incluir na aprendizagem os valores familiares, religião ou outras perspectivas que consideram importantes.

No entanto, existem vários aspectos que podem ser questionados na aplicação do homeschooling como a carga de trabalho para os pais já que a educação domiciliar exige que os pais assumam o papel de educadores, o que pode ser exaustivo e desafiador, já que muitos pais precisam equilibrar o homeschooling com outras responsabilidades profissionais e pessoais. Além do mais, os pais que buscam adotar o homeschooling para oferecer uma educação de qualidade, precisam ter uma boa base de conhecimento e habilidades pedagógicas.

Outro aspecto negativo é a falta de socialização com outros estudantes, tendo em vista que as crianças em homeschooling podem ter menos oportunidades para interagir com outras crianças, o que pode afetar o desenvolvimento de habilidades sociais importantes. Além disso, como já exposto anteriormente, afeta negativamente o homeschooling a sua falta de regulamentação, já que ele não é permitido por lei, o que pode gerar processos criminais, ou processos na vara da infância e juventude. Além disso, a falta de regulamentação pode levar a práticas de ensino inadequadas. Por fim, outro aspecto relevante é a dificuldade para se integrar em universidades ou outras instituições de ensino superior, já que é preciso comprovar a formação acadêmica no ensino básico (1º ano do fundamental até o 3º ano do ensino médio), tendo em vista que não existem legislações sobre essa prática.

Conclusão

A discussão sobre o homeschooling é ampla e envolve direitos constitucionais que não podem ser negligenciados, o que torna o tema ainda mais complexo. Portanto, diante todo esse panorama

abordado retoma-se o problema central da pesquisa que é: Quais são os desafios encontrados para a adoção do homeschooling no Brasil?, como resposta para esse problema tem se que o homeschooling, ou educação domiciliar, apresenta tanto vantagens quanto desafios, e sua implementação no Brasil requer uma análise profunda e cuidadosa. Embora a prática ofereça flexibilidade, personalização do ensino e a possibilidade de um ambiente mais seguro, ela também implica em responsabilidades significativas para os pais, falta de socialização para as crianças e desafios relacionados à regulamentação e à garantia de uma educação de qualidade.

Para que o Brasil decida se deve permitir e regulamentar o homeschooling, é essencial que os legisladores realizem um estudo aprofundado, levando em consideração as implicações legais, sociais e educacionais dessa prática. A regulamentação deve garantir que o direito à educação de qualidade seja mantido, ao mesmo tempo que respeite as escolhas familiares, sem negligenciar o bem-estar e o desenvolvimento integral das crianças.

Apenas com uma análise detalhada dos prós e contras, e um diálogo amplo com educadores, especialistas e a sociedade civil, será possível criar uma legislação equilibrada e que assegure a educação de todas as crianças no país, independentemente da modalidade escolhida, além disso, caso seja implementada será necessário a fiscalização dos órgãos públicos competentes para que possa ser assegurado o cumprimento da norma constitucional.

Referências

ALENCAR, Diego Pinheiro; ALENCAR, Juheina Lacerda Ribeiro; JUNQUEIRA, Adenilda Rodrigues da Silva. Universalização da educação nos municípios brasileiros, **Mercator**, Fortaleza, v.19 , e19017, 2020. ISSN:1984-2201. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/mercator/a/jMGP3HVgXtt6fHg4scXDbyx/#>. Acesso em: 24 nov. 2024.

ALVES, Maria Teresa Gonzaga; FONSECA, José Aguinaldo; SOARES, José Francisco Soares. Trajetórias educacionais como evidência da qualidade da educação básica brasileira. **Revista Brasileira de Estudos de População**, v. 38, p. 1–21, 2021. DOI:

10.20947/S0102-3098a0167. Disponível em: <https://rebep.org.br/revista/article/view/1833>. Acesso em: 23 nov. 2024.

ANDRADE, Édison Prado de Andrade. Educação Domiciliar: encontrando o Direito. **Pro posições**. 2017, V. 28, N. 2, Maio/Ago. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pp/a/S4RmdxXpsYjwZwmJLNDmPZg/?lang=pt#>. Acesso em: 17 nov. 2024

BRASIL tem histórico de alto índice de violência escolar: veja dados sobre agressão contra professores. **G1**. Rio de Janeiro. 23 de março de 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/noticia/2023/03/27/brasil-tem-historico-de-alto-indice-de-violencia-escolar-veja-dados-sobre-agressao-contra-professores.ghtml>. Acesso em: 20 nov. 2024.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 22 nov. 2023.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 23 nov. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 23 nov. 2024.

BRASIL. Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996. **Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Presidência da República. Disponível em: link sem https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm#:~:text=Art.%206%C2%BA%20%C3%89%20dever%20dos,de%20idade%2C%20no%20ensino%20fundamental... Acesso em: 23 nov. 2024.

COELHO, Larissa; HERÉDIA, Thais; MAIA, Rodrigo. **CNN**. São Paulo. 17 de junho de 2021. Disponível em:

<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/educacao-brasileira-esta-em-ultimo-lugar-em-ranking-de-competitividade/>. Acesso em: 18 nov. 2024.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Homeschooling ou educação no lar. **Educação em revista.** 2019, vol.35, e219798. Epub 03-Jul-2019. ISSN 1982-6621. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-4698219798>. Acesso em: 17 nov. 2024.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Homeschooling: entre dois jusnaturalismos?. **Pro posições.** 2017, V. 28, N. 2, Maio/Ago. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pp/a/RvWL6bDhV3GsV3Zgc98QHxc/abstract/?lang=pt#>. Acesso em: 17 nov. 2024

DISQUE 100: 2023 registra aumento de cerca de 50% para violência nas escolas em comparação a 2022. **Gov.br.** Brasília. 03 de novembro de 2023. Disponível em:

<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2023/novembro/disque-100-2023-registra-aumento-de-cerca-de-50-para-violencia-nas-escolas-em-comparacao-a-2022>. Acesso em: 17 nov. 2024.

FUHR, Ingrid LilianI; ALEJARRA, Luis Eduardo Oliveira. A opção por um ensino domiciliar: um estudo de caso. **Práxis Educativa**, v. 15, p. 1–21, 2020. DOI: 10.5212/PraxEduc.v15.14770.042. Disponível em: <https://revistas.uepg.br/index.php/praxeducativa/article/view/14770>. Acesso em: 24 nov. 2024.

HOMESCHOOLING no Brasil: Tudo o que você precisa saber sobre a educação em casa. **ANED.** 23 de setembro de 2024. Disponível em: <https://aned.digital/homeschooling-no-brasil-tudo-o-que-voce-precisa-saber-sobre-a-educacao-em-casa/#:-:text=O%20que%20%C3%A9%20homeschooling%20e%20como%20surgiu%3F,recursos%20did%C3%A1ticos%20e%20materiais%20pedag%C3%B3gicos>. Acesso em: 20 nov. 2024.

MASSON, Cleber. **Direito Penal - Parte Especial - (Arts. 213 a 359-T) - Vol. 3 - 14ª Edição 2024.** 14th ed. Rio de Janeiro: Método, 2024. *E-book.* p.167. ISBN 9786559649549. Disponível em: <https://integrada.minhabiloteca.com.br/reader/books/9786559649549/>. Acesso em: 23 nov. 2024.

NÃO é possível, atualmente, o homeschooling no Brasil. **Dizer o Direito. 12 de novembro de 2018.** Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2018/11/nao-e-possivel-atualmente-o.html>. Acesso em: 20 nov. 2024.

OLIVEIRA, Guilherme. Senado aprofunda debate sobre educação domiciliar. **Agência Senado**. 08 de dezembro de 2022. Disponível em:<https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2022/12/senado-aprofunda-debate-sobre-educacao-domiciliar>. Acesso em: 17 nov. 2024.

PESQUISAS apontam que qualidade da aprendizagem no país ainda é preocupante. **CTNE**. Brasília. 08 de dezembro de 2023. Disponível em: [aindal](#). Acesso em: 20 nov. 2024.

PICOLI, Bruno Antônio. Homeschooling e os irrenunciáveis perigos da educação: reflexões sobre as possibilidades de educação sem escola no mundo plural a partir de Arendt, Biesta e Savater. **Práxis Educativa**, [S. l.], v. 15, p. 1–22, 2020. DOI: 10.5212/PraxEduc.v.15.14535.023. Disponível em: <https://revistas.uepg.br/index.php/praxieseducativa/article/view/14535>. Acesso em: 24 nov. 2024.

OS NEURODIREITOS NO SISTEMA INTERNACIONAL E PROTEÇÃO DE NOVOS DIREITOS PARA A HUMANIDADE

Rafaela Gonçalves Godois¹

Miriane Maria Willers²

Introdução

O desenvolvimento tecnológico crescente pautado em todas as áreas, mas principalmente em questão de Inteligência Artificial (IA), demonstra um rápido avanço de mecanismos utilizados pela sociedade. Em face das neurotecnologias, a inovação se encaminhou da mesma maneira, progressiva e contínua. Todavia, no que tange a normatização, os dados neurais se encontram desprotegidos, salientando vastos riscos à dignidade da pessoa humana.

A compreensão do que se deve levar em consideração como prioridade ética e legal precisa ser discutida antes mesmo de se tornar um instrumento com efeitos jurídicos. Além disso, a questão pertinente se estende ao conhecimento do que já foi recomendado e existe, no que se refere ao direito à privacidade e à integridade. Desse modo, até que uma modificação ou proclamação dos direitos neurais ocorra nos países, o que as organizações internacionais sinalizam para preencher as lacunas normativas? Eis o questionamento da presente pesquisa.

A ideia inicial se depara com fatores que requerem discussões aprofundadas com foco na estrutura, conhecimento e resguardo dos neurodireitos. A reconceitualização abordando a dignidade da pessoa humana através da consagração de um tratado internacional pela Organização das Nações Unidas (ONU), pode ser um começo para sanar a carência normativa.

1 Acadêmica do Curso de Direito da URI-SLG. E-mail: rafaelagodois44@gmail.com

2 Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada (URI) – Campus de Santo Ângelo. Professora na Graduação na URI – Campus de São Luiz Gonzaga. Advogada Pública do Município de Santo Ângelo. E-mail: profmiriane@saoluiz.uri.edu.br.

A metodologia aplicada para o embasamento teórico do presente estudo, no que se refere à abordagem, é o dedutivo, partindo-se da análise geral e conceitual da neurociência e neurotecnologia para chegar à discussão específica no que se refere ao reconhecimento internacional dos neurodireitos, integrando o catálogo dos direitos humanos. Quanto ao procedimento, adotou-se o monográfico, para a partir de leituras, observações e reflexões conhecer e compreender as neurotecnologias e os neurodireitos no âmbito internacional. Como técnica de pesquisa, utilizou-se a bibliográfica com o fichamento em livros, artigos e demais publicações, especialmente, as teorias de Marcello Ienca, Roberto Andorno e Rafael Yuste, entre outros autores.

O objetivo geral é entender a neurotecnologia como subárea da neurociência, sua relevância e pontos positivos e negativos de aplicação, bem como avaliar a necessidade e a urgência de regulamentação da matéria. De maneira específica, buscou-se, (I) conhecer a neurociência, a neurotecnologia e suas questões éticas; além disso, (II) analisar os neurodireitos no sistema internacional e o reconhecimento e proteção de novos direitos humanos.

A neurociência, neurotecnologia e a principalidade ética

A neurociência estuda com ênfase o sistema nervoso para compreender as funções do cérebro humano. Para que essa análise seja de fato efetiva, são necessárias outras ciências que contribuam com o entendimento, pode-se exemplificar nesse caso, as chamadas neurotecnologias que decorrem da neurociência e referem-se aos mecanismos tecnológicos operados com o intuito de reunir informações que possibilitem um conhecimento abrangente sobre as funcionalidades cerebrais (Krepsky; Cipriani, 2023).

Todavia, com o constante avanço dessas tecnologias, observa-se a crescente necessidade de regulamentação em âmbito internacional através dos direitos humanos e cuja implementação se dê com viés na dignidade da pessoa humana por meio da consagração dos neurodireitos (Flores Filho; Firmo, 2023, p. 2).

A mente humana é o espaço que resguarda a personalidade e o conhecimento que o indivíduo tem de si mesmo e do todo a sua

volta, os pensamentos e convicções dizem respeito a liberdade pessoal e a capacidade de tomar decisões baseadas no próprio argumento crítico. O acesso a informações cerebrais mais profundas, deixou de ser algo improvável ou até mesmo impossível, isso se comprova pelo potencial componente de utilização das neurotecnologias que funcionam para entender e diagnosticar doenças neurológicas. (Ienca; Andorno, 2017).

No entanto, as ameaças do seu uso à integridade mental, apontam riscos à capacidade da pessoa em reger suas reações comportamentais dentro da sociedade (Ienca; Andorno, 2017). O que preocupa é a falta de política de orientação e controle das redes sociais. Da mesma forma não há transparéncia quanto à forma de funcionamento do algoritmo. Há uma exposição desmedida das crianças e jovens às plataformas digitais.

Vale destacar que a exposição desmedida às redes sociais, sem filtros, pode causar dependência e incentivar até mesmo violações à integridade física pelos usuários, tais como mutilações do próprio corpo e indução ao suicídio, uma vez que os menores se encontram mais vulneráveis, principalmente por ainda não possuírem o desenvolvimento neural e moral completo (Cruz; Pereira Junior *in Lopes et al.*, 2022, p.96).

Nas questões de neurotecnologias, existem áreas onde há necessidade de ação imediata no que tange a regulamentação, é o que aponta Rafael Yuste, et. al (2017) no artigo intitulado “Four ethical priorities for neurotechnologies and IA”, dando ênfase as seguintes preocupações e prioridades éticas: privacidade e consentimento, agência e identidade, aumento e viés.

A privacidade e o consentimento protegem os direitos e preservam a capacidade de ter e manter os dados neurais privados, ou seja, é facultado compartilhar ou não, sendo uma escolha estritamente única do próprio indivíduo. A agência e identidade chamam atenção para a necessária educação sobre os efeitos cognitivos e emocionais das neurotecnologias, pois elas podem perturbar o senso da integridade física e moral e da aptidão decisória de ações (Yuste et al., 2017).

A periculosidade mascarada e sem a devida atenção pode atingir diretamente na sua conduta, além da interferência na percepção da realidade em como de fato está se portando, conforme os autores:

As pessoas podem acabar se comportando de maneiras que elas têm dificuldade de reivindicar como suas, se o aprendizado de máquina e os dispositivos de interface cerebral permitirem uma tradução mais rápida entre uma intenção e uma ação, talvez usando uma função de “autocompletar” ou “autocorreção”. Se as pessoas puderem controlar dispositivos por meio de seus pensamentos em grandes distâncias, ou se vários cérebros forem conectados para trabalhar colaborativamente, nossa compreensão de quem somos e onde estamos agindo será interrompida. (Yuste et al., 2017, p.4).

O conteúdo que o indivíduo produz na infosfera e as informações pessoais, com o aprimoramento das tecnologias registram-se, por exemplo, em sites cujos dados são armazenados e utilizados até para sanar demandas do próprio visitante, todavia essa comunicação fora de domínio potencialmente estende a viabilização para terceiros. Na esfera das neurotecnologias, não há um resguardo legal aos dados cerebrais que evite ou inviabilize parcialmente a prospecção de dados e a invasão da privacidade que estão sujeitas as demais espécies informacionais (Ienca; Andorno, 2017).

O impacto das intrusões no cérebro humano viola não só a privacidade, mas também a sua computação neural. Para as pessoas que manuseiam neurodispositivos, muitos direitos são postos em risco a todo instante, principalmente a integridade física e mental, além da modificação dos processos neurais. Essas intervenções resultam em um dano direto ao indivíduo e carecem de normativas específicas que atuem na garantia de proteção (Ienca; Andorno, 2017).

Percebe-se que os avanços tecnológicos podem implicar em ameaças e alterar a configuração do ser humano (Yuste; Genser; Herrmann, 2021, p. 154):

Os avanços tecnológicos estão redefinindo a vida humana e transformando o papel dos humanos na sociedade. Em particular, a neurotecnologia — ou métodos para registrar, interpretar ou alterar a atividade cerebral — tem o potencial de alterar profundamente o que significa ser humano.

A conexão do cérebro humano com o computador se dá através das BCIs (*brain-computer interfaces*) que compreendem as interfaces cérebro-computador por meio de mecanismos, sua atuação se dá de maneira invasiva ou não invasiva. As BCIs invasivas são aplicadas em

cirurgias e estão sob o domínio da medicina, já as não invasivas repousam sobre a cabeça do indivíduo sem contato direto com o cérebro. Nessas circunstâncias, os dados neurais são capazes de serem examinados e decodificados, indicando críveis violações aos direitos humanos (Yuste; Genser; Herrmann, 2021).

Aquilo que o indivíduo conhece sobre si mesmo, as concepções sobre a própria identidade também são alvo de crescentes perigos pela inadequada aplicabilidade da neurotecnologia procedente. Mudanças impulsionadas por neuroestimulação teriam potencial de rompimento de direitos humanos. O direito à continuidade psicológica prevê que questões como preferências e hábitos da pessoa sejam de fato resguardados se relacionando com o direito à integridade mental (Lenca; Andorno, 2017).

Nesse cenário, a proteção da dignidade da pessoa humana encontra na neurociência verdadeiro aliado na apresentação de dados científicos para embasar o debate e assim oferecer condições para evolução do ordenamento jurídico, inclusive quanto à proposta da criação de novos neurodireitos humanos, tais como: identidade pessoal, livre-arbítrio, privacidade mental, acesso equitativo e proteção contra vieses algorítmicos (Cruz; Pereira Junior *in Lopes et al*, 2022, p.108)

Em 2023, a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) recepcionou uma conferência internacional cujo diálogo teve seu direcionamento em matéria sobre neurotecnologia e ética. Na oportunidade, o Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), António Guterres, deu destaque para o nível veloz de avanço da temática, mas também alertou para a proteção dos princípios que se consagram os direitos humanos. Outro ponto levantado por Guterres, foi a questão da aplicabilidade de diretrizes mais fortes e a sua necessidade (ONU News, 2023).

Os neurodireitos em âmbito internacional e a proteção de novos direitos humanos

É correto dizer que as neurotecnologias podem revolucionar e auxiliar no tratamento de lesões cerebrais das mais gravosas até as que estão no seu início com ferramentas de imagem. Mas, por outro

lado, é indispensável efetivação de normativas que sejam de alcance internacional através de tratados ou convenções sobre matéria de neurodireitos e direitos humanos, se mostra urgente à medida que o avanço tecnológico ocorre, as ameaças se tornam evidentes e demandas suscetíveis de desigualdade social e manipulação da pessoa agravam-se (Yuste et al., 2017; Ienca; Andorno, 2017).

A temática dos neurodireitos passou a ser palco de debates quanto à necessidade de positivação, visto que tanto em âmbito nacional quanto internacional, a consagração desses direitos ainda é insípida ou sequer consta nas constituições dos Estados ou instrumentos internacionais. A preocupação no que diz respeito às ameaças existentes e prováveis é enfatizada por convededores, autores e órgãos internacionais, destacando a urgência da regulamentação.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) em seu artigo 12 afirma que “ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contrárias interferências ou ataques” (ONU, 1948). A discussão que surge, a partir da DUDH, se relaciona com a efetividade da sua prática em relação ao direito à privacidade no contexto das neurotecnologias, se a sua proteção abrange também os dados neurais produzidos pela mente humana (Ienca; Andorno, 2017).

A prioridade de aumento evidencia que limites devem ser estabelecidos em nível nacional e internacional nas neurotecnologias de aumento, antes de serem implementadas, definindo a circunstância em que podem ser usadas. O viés ocorre “Quando decisões científicas ou tecnológicas são baseadas em um conjunto restrito de conceitos e normas sistêmicas, estruturais ou sociais, a tecnologia resultante pode privilegiar certos grupos e prejudicar outros” (Yuste et al., 2017, p.4). A quebra desses vieses em dispositivos neurais precisa ser palco de debates, projetando-os na esfera da normalidade e não da problemática.

No ponto de vista de Ienca e Andorno (2017), como foco de proposta normativa, pode-se destacar que os principais neurodireitos a serem normatizados são a liberdade cognitiva, direito à privacidade mental, direito à integridade mental e o direito à continuidade psicológica. Trata-se de novos direitos, que podem integrar o rol dos direitos humanos:

[...] acreditamos que os novos direitos defendidos neste artigo – o direito à liberdade cognitiva, o direito à privacidade mental, o direito à integridade mental e o direito à continuidade psicológica – atendem a esses requisitos e, portanto, não aumentam o risco de inflação de direitos (Ienca; Andorno, 2017, s.p.).

Compreendida também como autodeterminação, a liberdade cognitiva se equipara a ideia de liberdade de pensamento, sendo necessária para a autonomia de escolha, imprensa, religião e expressão (Ienca; Andorno, 2017). Em relação às neurotecnologias, essa percepção entende-se como uma forma de preservar a livre decisão da pessoa em utilizá-la (Hermenegildo, 2023 *in* Pinto; Nogueira, 2023). Embora a introdução a esse direito seja objeto de acolhida, percebe-se não ser eficaz sozinho para comportar as implicações de caráter ético e legal:

[...] o estabelecimento da liberdade cognitiva como um direito humano deve ser coordenado com uma reconceitualização simultânea dos direitos existentes ou mesmo a criação de outros novos direitos neuroespecíficos. Esses são o direito à privacidade mental, o direito à integridade mental e o direito à continuidade psicológica (Ienca; Andorno, 2017, s.p.).

Visto que a explicação sobre o conceito de privacidade ainda não é juridicamente extensiva, “a neurociência provavelmente se tornará, em um futuro próximo, uma das novas áreas nas quais o direito à privacidade é chamado a desempenhar um papel fundamental e inesperado” (Ienca; Andorno, 2017, s.p.). Direitos como os de privacidade ainda são relativos e seus limites restritos a determinadas condições (Ienca; Andorno, 2017).

Desse modo, é relevante discutir a regulamentação e proteção dos denominados direitos neurais, que integram e precisam ser reconhecidos como direitos humanos.

Internacionalmente, como objeto de regulamentação, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (UE) aponta em seu artigo 3º a respeito do direito à integridade mental, projetando-o na esfera da medicina e da biologia, cujo texto específica que “todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua integridade física e mental”. Por se tratar de instrumento adotado em 2000, no que tange às neurotecnologias o seu conteúdo não é referenciado de modo declarado, dando ênfase mais uma vez na reconceitualização com a finalidade de preencher a lacuna regulamentária (Ienca; Andorno, 2017).

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) trouxe uma recomendação sobre inovação responsável pautada nas neurotecnologias:

[...] Ao mesmo tempo, a neurotecnologia levanta uma série de questões éticas, legais e sociais únicas que os modelos de negócios em potencial terão que abordar. Essas questões incluem questões de privacidade de dados (cerebrais), as perspectivas de aprimoramento humano, a regulamentação e o marketing de dispositivos diretos ao consumidor, a vulnerabilidade de padrões cognitivos para manipulação comercial ou política e mais desigualdades no uso e acesso. Questões de governança em torno da neurotecnologia afetam todo o pipeline de inovação, desde a pesquisa fundamental do cérebro, neurociência cognitiva e outras ciências inspiradas no cérebro até questões de comercialização e marketing (Organização para a Cooperação Desenvolvimento Econômico, 2019, s.p. tradução não oficial).

Desde que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) foi adotada e proclamada, diversos aspectos do cenário mundial se modificaram e se adequaram a nova realidade com a presença das tecnologias emergentes, inclusive os próprios direitos humanos foram alvo de evolução.

Ao longo dos anos, Estados e organizações internacionais embarcaram na tentativa de regulamentar os neurodireitos, entretanto o desenvolvimento rápido e abrangente dessas tecnologias ultrapassou a investida. A nível internacional, a Organização das Nações Unidas (ONU) seria o sujeito de direito internacional público lógico e conciso para a demanda de normatização (Yuste; Genser; Herrmann, 2021).

Rafael Yuste, Jared Genser e Stephanie Herrmann (2021) destacam medidas a curto e longo prazo com a intenção de diminuir eventuais ameaças na insuficiência ou até que se tenham limites regulamentados efetivamente. Segundo os autores, a curto prazo, primeiramente, a sugestão é a criação de uma comissão internacional com a presença de advogados e cientistas experientes em direitos humanos e neurociência respectivamente para definir os neurodireitos internacionalmente. Em segundo, a proposta dentro da ONU é a nomeação de conselheiros especialistas para operarem na identificação da ação normativa dos Estados.

À longo prazo, a medida destaque para toda essa demanda se fixa na criação, por algum órgão pertinente como a Assembleia Geral da ONU, de tratado ou outro instrumento importante que verse sobre a matéria dos neurodireitos à luz dos direitos internacionais. É o entendimento de Yuste; Genser; Herrmann (2021, p. 163): “Medidas de longo prazo poderiam desenvolver tanto uma estrutura para a proteção e promoção dos neurodireitos quanto um mecanismo para monitorar as atividades dos países em neurotecnologia”.

No sistema interamericano de Direitos Humanos, desde 2021 há uma preocupação relacionada com a Neurociência e Neurotecnologia. Em 11 de agosto daquele ano, a Comissão de Juristas da Organização dos Estados Americanos (OEA), integrada por 11 membros, aprovou a Declaração da Comissão Jurídica Interamericana sobre Neurociência, NeurotecnoLOGIAS e Direitos Humanos: novos desafios jurídicos para as Américas (Organização dos Estados Americanos, 2021). Ana Maria D’Ávila Lopes (*in* Lopes *et al*, 2022, p.26) sintetiza as principais preocupações contidas no referido instrumento, relacionado à Neurociência e Neurotecnologia, e seus impactos para os direitos humanos:

- 1) Condicionamento de personalidade e perda de autonomia, em virtude do uso indiscriminado e não regulamentado de aplicativos ou dispositivos tecnológicos, bem como do fato de que essas tecnologias podem decodificar informações neurais, sendo, portanto, suscetíveis de afetar a privacidade, a dignidade e a identidade dos seres humanos;
- 2) Intervenções legítimas na área da saúde, integridade física e mental, para o qual é necessário que se respeite o direito ao consentimento informado e ao sigilo médico. Reconhece-se, ainda, a dificuldade de determinar o que é doença, melhoria de defeitos ou inadequações, e aprimoramento cognitivo;
- 3) Privacidade mental e proteção de dados neurais, perante a obtenção de dados neurais pela Neurotecnologia, o que pode colocar em risco o direito à vida privada. Nesse sentido, os seres humanos devem ser protegidos contra condutas maliciosas daqueles que acessam dados da atividade cerebral para penetrar em sua mente, condicioná-la ou tirar proveito de tal conhecimento;

4) Igualdade de acesso e não discriminação, constituem princípios fundamentais do Sistema Interamericano que também são aplicáveis ao uso da Neurotecnologia. Desse modo, é necessário levar em consideração os impactos adversos e desproporcionais desses avanços em certos grupos humanos tradicionalmente desfavorecidos, na medida em que se podem aprofundar as desigualdades já existentes;

5) Liberdade de expressão e acesso à informação pública, direitos que não podem estar sujeitos a limitações além das permitidas por lei. A Neurotecnologia, assim como as ferramentas de IA, devem ser inteligíveis para desenvolvedores, profissionais médicos, pacientes, usuários e reguladores. A proliferação de notícias falsas e especulações constituem uma séria barreira para o debate público informado;

A Organização dos Estados Americanos (2021) também faz recomendações para os Estados, o setor privado, o meio acadêmico e o mundo científico. No que se refere aos Estados, a OEA apela que se antecipem às preocupações e tenham atenção e regulamentem o desenvolvimento dessas tecnologias para que não constituam ameaças aos direitos e liberdades protegidos no marco jurídico interamericano. Além disso, que sejam adotadas medidas que evitem impactos negativos dessas tecnologias para grupos vulneráveis ou desfavorecidos. Outro apelo, é que sejam promovidas ações e políticas públicas para conscientizar e educar a população sobre os benefícios e os riscos das neurotecnologias.

No que se refere aos Estados, pontua-se que o Chile foi pioneiro no mundo na regulamentação dos neurodireitos. Em 29 de setembro de 2021, o Chile instituiu proteção legal aos direitos do cérebro e da mente, com a aprovação da Lei nº 21.383. Ocorreu a alteração do artigo 19, inciso 1º, da Carta Fundamental chilena, visando proteger a integridade e a segurança psíquica diante do avanço das neurotecnologias. (Silva, 2022).

Já no que se refere ao Brasil, em 2022, a Emenda Constitucional 115, inseriu no rol dos direitos fundamentais a proteção aos dados pessoais (Brasil, 2022). Esses dados estão regulamentados pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei nº 13.709/2018 (Brasil, 2018). Entretanto, os dados neurais não foram incluídos na EC 115/2022, nem na LGPD.

De acordo com Evelyn Melo Silva (2022, s.p.)

[...] o projeto de lei nº 522/2022 visa alterar a LGPD para modificar a redação do artigo 5º, inciso II, que define dado pessoal sensível, para incluir “dado neural”, além de criar os incisos XX, XXI e XXII para definir dado neural, interface cérebro-computador e neurotecnologia, respectivamente.

Além disso, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 29, apresentada no Senado Federal em 13 de junho de 2023, de iniciativa do senador Randolfe Rodrigues, altera o artigo 5º da Constituição, acrescendo o inciso LXXX: “O desenvolvimento científico e tecnológico assegurará a integridade mental e a transparéncia algorítmica, nos termos da lei” (Brasil, 2023, s.p.).

No referido documento da OEA, é importante destacar também a recomendação no que se refere à academia, às universidades:

- a) Incorporar atividades de ensino e pesquisa que permitam uma compreensão adequada dos impactos das neurotecnologias, bem como de seu alcance científico, ético e social.
- b) Promover a análise e a reflexão jurídica sobre a matéria, especialmente no que diz respeito aos seus desafios e oportunidades a partir de uma perspectiva de direitos humanos (Organização dos Estados Americanos, 2021, s.p)

Portanto, as neurotecnologias também devem ser preocupações das universidades, devendo ser estimuladas e desenvolvidas discussões e pesquisas sobre a temática.

Salienta-se ainda que em 25 de agosto de 2022, a Comissão Jurídica Interamericana da OEA aprovou um segundo relatório denominado Projeto de Princípios Interamericanos sobre Neurociência, Neurotecnologias e Direitos Humanos. Foram estabelecidos 10 princípios, elaborados com base em normas vigentes de direitos humanos adaptadas ao campo da Neurotecnologia. Conforme o documento, tem-se: Princípio 1: Preservação da identidade, autonomia e privacidade da atividade neural; Princípio 2: Proteção dos direitos humanos ao longo de todo o processo das Neurotecnologias; Princípio 3: Compreensão dos dados neurais como dados pessoais sensíveis; Princípio 4: Garantia do consentimento expresso e informado de dados neuronais nos tratamentos da atividade neuronal; Princípio 5: Promoção da Igualdade, Não Discriminação e Igualdade de Acesso às

NeurotecnoLOGIAS; Princípio 6: Aplicação terapêutica exclusiva quanto ao aumento de capacidades cognitiva, evitando aumentar a desigualdade social; Princípio 7: Salvaguarda da integridade neurocognitiva; Princípio 8: Transparência e Governança das NeurotecnoLOGIAS; Princípio 9: Supervisão e fiscalização das NeurotecnoLOGIAS; Princípio 10: Acesso à proteção efetiva e acesso a remédios associados ao desenvolvimento e uso de NeurotecnoLOGIAS (Organização dos Estados Americanos, 2022).

Em março de 2023, a Comissão Jurídica Interamericana aprovou uma Declaração de Princípios Interamericanos sobre Neurociências, NeurotecnoLOGIAS e Direitos Humanos, através da qual formula um conjunto de propostas que buscam vincular os avanços da neurociência e o desenvolvimento das neurotecnoLOGIAS a medidas de proteção no campo dos direitos humanos, como dignidade, identidade, direito à privacidade, saúde física e mental, bem como a proibição da tortura e de tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, entre outros (Organização dos Estados Americanos, 2023).

Percebe-se, desse modo, que a América Latina tem apresentado iniciativas pioneiras para o reconhecimento jurídico dos neurodireitos, estabelecendo um precedente significativo em um cenário global de rápido avanço das neurotecnoLOGIAS. Um dos marcos, foi a Declaração Interamericana de Princípios sobre Neurociências, NeurotecnoLOGIAS e Direitos Humanos, aprovada em 2023, pela OEA, demonstrando um compromisso regional com a proteção dos direitos individuais em face dos avanços da ciência cerebral (Ferreira, 2023, s.p.).

Outrossim, é imprescindível uma normatização global, com participação efetiva da ONU:

Nesse sentido, especialistas têm defendido que, devido ao potencial de impacto das neurotecnoLOGIAS em elementos definidores da condição humana, os neurodireitos devem ser inseridos na agenda da Organização das Nações Unidas (ONU) e regulado como um direito humano, em respeito ao seu caráter universal. Por outro lado, diante da inexistência de consenso sobre o tema e da necessária construção gradativa dos contornos regulatórios internacionais — premissa para qualquer inovação sociojurídica desse porte —, esse pleito ainda está incipiente e merece maior atenção para que seja amadurecido (Ferreira, 2023, s.p.).

Observa-se o intenso processo na normatização dessa neurociência no ordenamento jurídico internacional. O desenvolvimento de certa forma precoce das tecnologias, principalmente as relacionadas aos dados neurais, explicitou que as normas não acompanharam esse avanço deixando extensas lacunas na proteção dos direitos humanos e demandando urgência para que ameaças mais gravosas sejam evitadas. Ainda não se tem uma regulamentação efetiva sobre a matéria, mas constata-se que estudiosos e órgãos internacionais estão buscando propor instrumentos para resguardar novos direitos humanos de imediato até que sejam positivados a longo prazo os neurodireitos.

Considerações finais

Devido ao avanço tecnológico considerável dos últimos anos, as normativas não acompanharam de forma eficaz a demanda e deixaram vazios na proteção à privacidade e à integridade, bem como da dignidade da pessoa humana. A partir disso, os neurodireitos passaram a ser vistos como necessários e urgentes dentro das esferas internacionais.

Entende-se que existam prioridades éticas e legais sobre as neurotecnologias que demandam atenção para a criação de um instrumento internacional de direitos. São voltadas a proteção do indivíduo no conhecimento que possui de si mesmo e do mundo, além das suas capacidades cognitivas e de escolha. Diversos órgãos internacionais investiram em tentativas para regulamentar esses direitos, todavia em abrangência mundial, não há uma medida efetiva.

Para que todos os Estados possam ter um respaldo sobre neurodireitos com a finalidade de positivá-los em suas constituições, um tratado internacional pode ser uma resposta eficaz a longo prazo. Mas, até que se discuta sobre a temática, são necessárias medidas a curto prazo, conforme explicitam alguns autores.

Limites precisam ser impostos para que o ser humano e sua mente não fiquem vulneráveis a qualquer interferência nos seus dados neurais. Iniciativas sobre o que deve ser defendido são demonstradas por diversos estudiosos. Mediante análise, é salientado que é necessário que a regulamentação se dê a nível nacional e internacional com a observância dos direitos humanos e o viés centralizado em proteger o

que o indivíduo tem de mais importante, seus pensamentos, convicções, personalidade e capacidade.

Referências

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 29, de 2023.** Altera a Constituição Federal para incluir, entre os direitos e garantias fundamentais, a proteção à integridade mental e à transparência algorítmica. Brasília, DF: Senado Federal, 2023. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documentodm=9386704&ts=168927668876_3&disposition=inline. Acesso em: 03 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em 06 out. 2024.

BRASIL. **Emenda Constitucional 115, de 10 de fevereiro de 2022.** Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm. Acesso em 06 out. 2024.

CRUZ, Patrícia Moura Monteiro; PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Neurociência e direito: interferências do algoritmo das redes sociais e seus impactos nos direitos humanos das crianças e dos adolescentes. In: **Neurodireito, neurotecnologia e direitos humanos**. Ana Maria D'Ávila Lopes [et al.] (organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022, p. 95-109.

FERREIRA, Rafaela. A América Latina na frente pelo reconhecimento dos neurodireitos. Disponível em: <https://irisbh.com.br/a-america-latina-na-frente-pelo-reconhecimento-dos-neurodireitos/>. Acesso em: 22 nov. 2024.

FLORES FILHO, Edgar Gastón Jacobs; FIRMO, Marina de Castro. Dignidade humana e neurodireitos na era digital. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania**. 2023. Disponível em: <https://revistadoidcc.com.br/index.php/revista/article/view/157>. Acesso em: 03 nov. 2024.

HERMENEGILDO, Gabriella França. Neurodireitos e a possibilidade de reconhecimento no âmbito dos direitos humanos. In: PINTO, Rodrigo Alexandre Lazaro; NOGUEIRA, Jozélia. **Inteligência artificial e desafios jurídicos: limites éticos e legais.** São Paulo: Almedina, 2023. p. 290-307.

IENCA, Marcello; ADORNO, Roberto. Rumo a novos direitos humanos na era da neurociência e da neurotecnologia. **Life Sciences, Society and Policy.** 2017. Disponível em: <https://lsspjournal.biomedcentral.com/articles/10.1186/s40504-017-0050-1>. Acesso em: 05 nov. 2024.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Neurotecnologia: quando a tecnologia ameaça a dignidade humana. In: **Neurodireito, neurotecnologia e direitos humanos.** Ana Maria D'Ávila Lopes [et al.] (organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022, p. 17 a 29.

KREPSKY, Giselle Marie; CIPRIANI, Tiago. Neurodireitos: uma comparação entre a alteração constitucional do Chile e as propostas de lei no Brasil. **Contribuciones a las ciencias sociales.** 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.55905/revconv.16n.10-309>. Acesso em 03 nov. 2024.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E
DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE) **Recomendação do Conselho sobre Inovação Responsável em Neurotecnologia.** 2019. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0457#dates>. Acesso em: 03 nov. 2024.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Declaração da Comissão Jurídica Interamericana sobre neurociência, neurotecnologias e direitos humanos:** novos desafios jurídicos para as Américas. Sessão virtual de 11 de agosto de 2021. Disponível em: https://www.oas.org/en/sla/iajc/docs/CJI-DEC_01-XCIX-O-21_POR.pdf. Acesso em 22 nov. 2024.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Projeto de Princípios Interamericanos sobre Neurociência, Neurotecnologias e Direitos Humanos.** Disponível em: https://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-RES_281_CII-O-23_corr1_ESP.pdf. Acesso em: 22 nov. 2024

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA).

Declaração de Princípios Interamericanos sobre Neurociências, Neurotecnologias e Direitos Humanos. 10 de março de 2023. Disponível em: https://www.oas.org/es/sla/cji/temas_culminados_recientemente_Neurociencias_Neurotecnologias_y_Derechos_Humanos.asp. Acesso em: 22 nov. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal de Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 03 nov. 2024.

SILVA, Evelyn Melo. Pela proteção dos neurodireitos no Brasil. In: **Consultor Jurídico**. 29 de agosto de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-ago-29/evelyn-silva-protecao-neurodireitos/>. Acesso em 20 nov. 2024.

UNESCO lidera diálogo global sobre a ética da neurotecnologia. **ONU News.** 13 de julho de 2023. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2023/07/1817447>. Acesso em: 03 nov. 2024.

YUSTE, Rafael, et al. Quatro prioridades éticas para neurotecnologias e IA. **Nature.** 2017. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/551159a#rightslink>. Acesso em: 03 nov. 2024.

YUSTE, Rafael; GENSER, Jared; HERRMANN, Stephanie. It's Time for Neuro-

Rights. **Horizons: Journal of International Relations and Sustainable Development.** 2021. Disponível em: <https://www.cirsd.org/en/horizons/horizons-winter-2021-issue-no-18/its-time-for-neuro--rights>. Acesso em: 03 nov. 2024.

UNIÃO EUROPEIA (2000). **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.** Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 03 nov. 2024.

Capítulo 26

PARA ALÉM DA MATERNIDADE, IMPORTA A PARENTALIDADE: DEVERES ORIUNDOS DA PARENTALIDADE

Geovana Maciel da Fonseca¹

Noli Bernardo Hahn²

Introdução

Os padrões de comportamento humano são moldados pela sociedade que, por sua vez, reflete a cultura em que está inserida. Essa construção social transcende fatores biológicos, influenciando valores, sentimentos e formas de agir ao longo da história. Desde os primórdios, as diferenças de comportamento entre homens e mulheres foram estruturadas por esses contextos culturais, resultando na consolidação de papéis sociais distintos. Essa dinâmica promoveu, historicamente, desigualdades de gênero que persistem até os dias atuais.

O entendimento sobre os conceitos de maternidade e paternidade tem evoluído ao longo do tempo, sendo desmistificados

1 Mestranda do Programa de Pós-Graduação stricto sensu Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) - Campus Santo Ângelo/RS. Bacharela em Direito pela mesma Instituição de Ensino. Integrante do Projeto de Pesquisa “Movimentos Sociais e Direitos Humanos nas Sociedades Democráticas: olhares voltados para a complexidade do Estado e de vulnerabilidades sociais”. Membro integrante do Projeto de Pesquisa “Interlocuções teóricas e metodológicas entre Direito, Cultura e Religião”. Integrante do Projeto de Extensão “Gênero, Diversidade e Direitos Humanos em Sociedades Democráticas: tecendo redes de humanização e conhecimento”, vinculados ao PPGD da URI - Campus Santo Ângelo/RS. Advogada. E-mail: geovanafonseca@aluno.santoangelo.uri.br.

2 Pós-doutor pela Faculdades EST. Doutor em Ciências da Religião, Ciências Sociais e Religião, pela UMESP. Professor Tempo Integral da URI, Campus de Santo Ângelo. Graduado em Filosofia e Teologia. Possui formação em Direito. Integra o Corpo Docente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado e Doutorado em Direito. Lidera, junto com o professor Dr. Leonel Severo Rocha, o Grupo de Pesquisa Novos Direitos em Sociedades Complexas, vinculado à Linha 1, Direito e Multiculturalismo, do PPG Mestrado e Doutorado em Direito da URI. Pesquisa temas relacionando Gênero, Direito, Cultura e Religião. E-mail: nolihahn@san.uri.br; nolibhahn@gmail.com.

e ressignificados, especialmente no século XXI, para incluir a noção de parentalidade como uma construção conjunta. No entanto, o destino social da mulher, por séculos, foi moldado sob a premissa de que sua realização pessoal estaria atrelada ao papel de mãe e cuidadora. Cuidar do lar e dos filhos foi consolidado como o cerne de sua existência, uma forma eficaz de limitar outras possibilidades e restringir suas aspirações.

Enquanto isso, os homens ocuparam o espaço público, usufruindo do privilégio de se isentar das responsabilidades diretas com os filhos. Essa disparidade reforçou a ideia de que a paternidade seria apenas um apoio financeiro, em contraste com a sobrecarga atribuída à maternidade como papel essencial e exclusivo.

Nesse sentido, o estudo busca compreender as transformações sociais e as reivindicações das mulheres que promovem a modificação dos papéis de maternidade e paternidade, visando uma parentalidade mais equitativa e alinhada aos direitos fundamentais das crianças. Partindo da questão norteadora de como a redefinição desses papéis pode contribuir para a corresponsabilidade parental e a garantia dos direitos da prole?

A pesquisa é estruturada em duas seções. Em um primeiro momento, são analisados os conceitos de maternidade, paternidade e parentalidade, examinando como essas construções refletem desigualdades históricas e culturais enraizadas. A abordagem crítica evidencia a influência de estruturas sociais que consolidaram a sobrecarga da maternidade e a omissão da paternidade enquanto prática ativa. Na segunda seção, o foco recai sobre os deveres parentais e os direitos fundamentais das crianças no contexto do ordenamento jurídico brasileiro.

Com base em uma metodologia bibliográfica e abordagem hipotético-dedutiva, o estudo reflete sobre as implicações da imposição da maternidade e sobre a necessidade de envolver ambos os gêneros na criação e no cuidado com os filhos. Assim, é possível apresentar uma análise crítica do entendimento e na prática da parentalidade no cenário contemporâneo.

Breves considerações sobre as noções de maternidade, paternidade e parentalidade

Nesta seção, é apresentado como a maternidade segue sendo uma identidade forçada às mulheres, além de a paternidade não ser reconhecida com a importância que deveria, fazendo com que a função parental recaia quase que exclusivamente ou totalmente às mães.

De início, diversas teorias foram construídas ao longo dos anos para explicar os fenômenos da maternidade e paternidade. A pesquisadora Elisabeth Badinter (1985) retrata que a autoridade do marido e do pai foi primeiramente justificada por Aristóteles, seguindo a ideologia que há legitimidade na autoridade do homem porque existe uma desigualdade natural entre os seres humanos.

Nesse pensamento, a mulher é totalmente inferior ao homem, sendo secundária sua participação na concepção. Como resultado, o poder do marido e do pai imperava, pois predominava o princípio da autoridade, seja natural, teológica ou divina.

Compreende-se que a teologia cristã, mesmo pregando a mensagem de amor, foi uma grande responsável na justificação da autoridade paterna, veja como Badinter destaca a ideia trazida pelos textos bíblicos:

O homem deve ser o chefe do casal, pois foi criado em primeiro lugar e deu origem à mulher. É a ele, portanto, que cabe o poder de mandar. [...] O Pai, o Marido, tinha portanto uma delegação dos poderes de Deus. Mesmo temperado pela ternura, seu poder era absoluto, despótico. E São Paulo recomendava à esposa, como outrora Aristóteles, observar um comportamento adequado à sua inferioridade, isto é, de modéstia e silêncio. Assim referendadas, as prescrições da moral eclesiástica ressaltam, até o século XVII, a subordinação da mulher ao marido (Badinter, 1985, p. 35-36).

Assim, tem-se que, “No século XVII, ele era considerado como ‘o lugar-tenente de Deus’ e o sucedâneo do rei na sua família [...]”, possuindo poderes e autoridades absolutas. Mas dois séculos depois, o pai de família “[...] podia ser ignorante, falível e malvado.” (Badinter, 1985, p. 288).

Tal trajetória histórica, além de diversas involuções do patriarcado, ocasionou com que o homem fosse despojado de sua

paternidade. Ele era reconhecido, exclusivamente, com uma função econômica e de autoridade no lar, acarretando um distanciamento dos próprios filhos. Por estar trabalhando durante o dia e estar cansado à noite, o pai tinha pouco tempo de se relacionar com o filho, o que se caracterizou enquanto uma privação de oportunidades para o pleno exercício da paternidade. (Badinter, 1985).

De um lado, a paternidade não era vista com a importância necessária, pois os homens pouco questionavam o papel paterno, do outro, mães sobre carregadas, deveriam aceitar essa condição de submissão em prol dos filhos. Com inspiração nas ideias de Badinter (1985), ao longo da história, houve uma construção de que a maternidade é um desejo natural de todas as mulheres. Esse ideal partia da suposição de haver um determinismo inerente a todas as mulheres.

Desse ponto, visto anteriormente, a mulher deveria ser mãe, enquanto um imperativo. Era um fenômeno considerado inato ao fato biológico, enquanto homens podiam renunciar à paternidade sem grandes responsabilizações.

Destarte, um dos questionamentos que surge é: há como existir maternidade sem paternidade? Essa é uma das indagações trazidas por Lucila Scavone (2004) em seu estudo histórico e antropológico-social acerca das mulheres. Diante disso, a autora afirma que o modelo de maternidade social exclui qualquer possibilidade de realizar uma paternidade social.

Nesse sentido, a autora ainda destaca a necessidade de se implementar uma abordagem igualitária destes modelos para que decorram mudanças no âmbito da família (Scavone, 2004).

Percebe-se como a evolução deve caminhar em uma via de mão dupla. As mães devem ser reconhecidas pela forma que exercem o maternar, enquanto os pais precisam ser responsáveis e desempenhar o papel na criação da prole. Desse modo, é um grande desserviço às mulheres quando há glorificação do homem quando ele exerce efetivamente a parentalidade. Isso leva à depreciação da maternidade, pois invisibiliza o trabalho exercido pelas mulheres (Hooks, 2018).

Importa, nesse momento, trazer um conceito [ainda que não exaustivo, ou que consiga contemplar todas as complexidades do tema] envolvendo a maternidade, maternagem, paternidade e parentalidade,

a fim de que se tenha maior clareza em relação às funções do exercício das responsabilidades parentais.

Por maternidade entende-se, tradicionalmente, aquela relação consanguínea entre uma mãe e o seu filho, ou seja, decorre de relações biológicas. Enquanto que o sentido de maternagem envolve o vínculo afetivo de cuidado e de acolhimento de uma mãe pelo filho. Paternidade, por sua vez está relacionada a participação do homem nos cuidados do filho, expressada pelos cuidados educacionais e afetivos à prole, essa forma é vista como paternidade participativa. Por fim, a parentalidade engloba conceitos que sugeram a partir do próprio entendimento de paternidade participativa. O termo surgiu na França, nos anos de 1960, para se referir ao processo e construção do relacionamento entre pais, mães e filhos (Gradvoohl; Osis; Makuch, 2014).

Adentrando na parentalidade, no que se refere ao termo, a ideia surgiu a partir dos anos de 1970, quando veio a substituir o termo autoridade paterna, visando colocar o casal em condição de igualdade, por isso o termo vem sendo usado com frequência na contemporaneidade. Salienta-se que coparentalidade é o termo usado para definir como a mãe e o pai cuidam de forma compartilhada do filho, mas após o divórcio (Cunico; Arpini, 2014).

Nesse nuance, a ideia de parentalidade foi criada para marcar e melhor compreender a construção da relação entre pais com os filhos.

Por volta dos anos de 1990, as implicações sociais trouxeram à tona questionamentos sobre as relações de gênero dentro das famílias, nesse espaço, foi rediscutido o lugar do pai no núcleo familiar (Scavone, 2001).

Os estudos sobre tais temas serviram para comprovar as mudanças que ocorrem na sociedade, pois buscaram compreender as implicações em torno da maternidade, paternidade e parentalidade. “No que tange aos papéis, teremos uma miríade de costumes nos lembrando que, embora a incumbência dos cuidados dos filhos venha sendo, ao longo da história, hegemonicamente de pessoas que gestaram, as variações são enormes.” Isso se dá em razão de que, em verdade, esses papéis sociais de pai e mãe “[...] respondem ao período histórico no qual estamos inseridos e reproduzem o modelo burguês, cis, patriarcal e heterossexual.” (Iaconelli in Teperman; Garrafa; Iaconelli [Orgs.], 2022, p. 14).

Aparentemente, embora a demanda seja de uma paternidade mais colaborativa e haja o entendimento da necessidade de que os homens sejam mais participativos no âmbito doméstico, a maternidade permanece cercada por mitos, obrigando que as mães continuem assumindo uma função maior, se comparada à paternidade (Cunico; Arpini, 2014).

Nessa linha, tem-se que a realização da maternidade ainda compromete as mulheres, separando-as socialmente dos homens. Tal fato continua legitimando, em determinados contextos, a dominação do sexo masculino. (Scavone, 2001a). O fato ocorre mesmo quando há uma melhor compreensão das diferentes formas de opressão que cercam a população feminina ou, de igual maneira, quando há uma tentativa de escolha reflexiva ou não da maternidade.

Portanto, é certo que a luta dos movimentos feministas tem muito a avançar, trazendo contribuições e exercendo a não passividade frente as opressões, para, de fato, ser possível conquistar uma verdadeira igualdade de gênero. Ainda, o feminismo, nas últimas décadas, como foi possível verificar, travou fortes embates na desconstrução da hegemonia masculina e na busca pela equidade da responsabilidade parental.

Na próxima seção, são tratados os deveres oriundos da parentalidade e quais os direitos fundamentais da prole, que entraram em vigor com a chegada da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Deveres oriundos da parentalidade e os direitos fundamentais da prole

Na presente seção, a fim de dar continuidade à compreensão de como a parentalidade exerce uma importância significativa na vida dos filhos, são abordados os direitos fundamentais dos filhos e algumas formas de violações veladas pela sociedade, além de desenvolver de que maneira se apresentam os deveres oriundos das funções parentais.

Com a contemporaneidade, temas envolvendo proteção à infância, cidadania e educação dos filhos ganharam espaço no mundo jurídico, pois foi recentemente na história brasileira, e em outras nações, que as crianças foram reconhecidas como sujeitos de direitos, seres dignos de direitos, acolhimento e proteção.

Como elucidado por Lucimary Andrade, ao afirmar que a história dos direitos da infância é uma construção social, “[...] configurada pelo caráter paradoxal quanto ao reconhecimento da necessidade do direito e aos entraves para sua efetivação.” Enquanto na Psicologia e Pedagogia eram desenvolvidas práticas para atender as crianças, no Direito houve a contribuição para a imagem do infante vulnerável e que necessitava de proteção. (2010, p. 79).

No entanto, há indícios de que essa evolução tardou a iniciar, mesmo com algumas ideias de igualdade postas na lei, as desigualdades se evidenciavam, tendo em vista que as crianças permaneciam subjugadas pelo poder dos pais. No final do século XVIII, aqueles que pregavam, com tanta confiança, que os direitos eram universais, acabavam desconsiderando crianças e demais grupos vulnerados, pois lhe faltaria capacidade de tomar decisões políticas (Zapater, 2023).

Diante disso, a necessidade de educação foi fundamental para o conceito de infância, pois, pouco a pouco, foi se desenvolvendo o entendimento de que a falta de educação separaria as crianças do restante da sociedade. Nesse sentido, “[...] a ideia de infância praticamente nasce conjuntamente com a de educação, ou com a necessidade de educação, compreendendo-se esta ‘necessidade de educação’ enquanto necessidade de instrução, inicialmente.” (Zanetti; Gomes, 2011, p. 493).

Considerando esse panorama, ao passo que ocorreram mudanças na infância, a família moderna ganhou forma e alterou as atitudes para com a criança, tendo em vista que o fato da educação estar estritamente ligado com o sentimento da família e da infância, o que trouxe novos ares para as relações familiares (Ariès, 1986).

Na visão de Ariès, os progressos no sentimento de família seguem a vida privada e a intimidade doméstica, esse sentimento exige o mínimo de segredo e, nesse sentido, “A criança tornou-se um elemento indispensável da vida quotidiana, e os adultos passaram a se preocupar com sua educação, carreira e futuro.” (Ariès, 1986, p. 270).

É possível verificar, com as evoluções, que a infância precisava de maior proteção e cuidado, além do lar, mas sim jurídico, desse modo, retornando as ideias de Zanetti e Gomes, com o aperfeiçoamento das ciências sociais, houve a preocupação de melhor tratar a criança, “[...] defendendo ideia de que o autoritarismo deveria ser a todo custo combatido.” (2011, p. 495). Quanto mais se avançavam as ideias de

respeito à dignidade das crianças, a relação dos pais com os filhos também ganhava espaço, definindo o cuidado ao bem-estar das crianças como pilar.

É importante destacar que foi na Convenção das Nações Unidas dos Direitos da Criança, proclamada em 1989, anunciado um amplo rol de direitos humanos fundamentais das crianças, que visavam garantir a proteção, amparo e atenção a essa primeira fase da vida. O Brasil, por ser signatário, elaborou dispositivos legais para assegurar a proteção integral dessa camada da sociedade. (Andrade, 2010).

Antecedendo a Convenção Internacional, o art. 227 da CF/88 já dispunha que é um dever da família assegurar aos filhos os direitos fundamentais e sociais, além da necessidade da convivência familiar e comunitária (Brasil, 1988), percebe-se como a proteção à infância esteve nos olhos do poder constituinte.

Nas palavras de Zapater “A concepção constitucional da criança e do adolescente como sujeitos de Direito representa a ruptura jurídica com a ideia de crianças e adolescentes como objeto de intervenção e tutela do mundo adulto [...]” mas substitui por uma “[...] proposta de sua proteção integral, extinguindo a distinção entre “menores em situação irregular” e os “regulares”. A Carta Magna Brasileira de 1988 foi a primeira do Brasil a reconhecer os direitos das crianças e dos adolescentes, além de estabelecer parâmetros para que o Estado cumpra com sua parcela de obrigações (2023, p. 22).

É notável o grande avanço, porém, não se pode negar que a proteção às crianças e adolescentes tardou a chegar. Como leciona Ana Maluf, os primeiros interesses a serem tutelados foram os dos pais, somente agora que estão sendo reconhecidos os dos filhos, inclusive o amor nas relações familiares e nos relacionamentos parentais está sendo tutelado pelo direito

[...] o amor que une os pais e os filhos é o chamado amor incondicional, que protege, que ampara, que valoriza. Representa a base do relacionamento sólido entre os pais e os filhos, e é vital para o desenvolvimento saudável da criança. Os pais nesse sentido, são responsáveis pela formação moral, cultural, afetiva, social, espiritual de seus filhos. Todavia, esses comportamentos tiveram de ser objeto de normas jurídicas, cogentes. (Maluf, 2022, p. 466).

Frente a essas relações sociais entre crianças, adolescentes e adultos, surgiu, juridicamente, a necessidade de regulá-las, o que implicou duas consequências: reconhecer os direitos desse grupo fragilizado; e atribuir deveres correspondentes aos adultos, tanto quanto família, instituição estatal ou sociedade. “A condição peculiar de desenvolvimento das crianças e adolescentes gera direitos específicos para esse grupo, bem como os deveres jurídicos específicos correspondentes para os adultos.” (Zapater, 2023, p. 25).

Nesta perspectiva de resguardo de direitos e obrigações parentais, teve relevância a elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). O ECA foi criado frente a preocupação do bem-estar de adolescentes e infantes, sendo um dos amparos legais que, de fato, trouxe prerrogativas para a mudança concreta da realidade social desse grupo social de pessoas em desenvolvimento.

O diploma legal protecionista, em seu art. 22 dispõe que é dever dos pais o “[...] sustento, guarda e educação dos filhos” e, no parágrafo único do mesmo disposto, “A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados”. Percebe-se que, além disso, há medidas protetivas que visam a intervenção de maneira que os pais possam assumir a responsabilidade parental dos filhos (Brasil, 1990).

Anteriormente, a lei estatutária trazia a terminologia “pátrio poder”, remetendo ao poder do pai e do homem dentro do lar, o que foi afastado desde o advento do Código Civil de 2002, dando espaço ao “poder familiar”, termo contemporâneo que trata, justamente, da autoridade parental, pois cabe a ambos os pais atenderem as necessidades dos filhos (Fonseca, 2015).

Acerca disso, o poder familiar carrega algumas características inerentes, tais como ser personalíssimo; irrenunciável – em tese; imprescritível, mesmo com duração limitada no tempo; indelegável e inalienável. O exercício do poder familiar é uma obrigação legal, mas não pode ser cogitada a possibilidade de que esse dever seja sem limites, “Não existe ‘poder familiar absoluto’. O poder familiar não é ‘da família’, mas de ambos os pais, que devem exercê-lo em igualdade de condições [...]” como bem exposto no art. 21 do ECA (Fonseca, 2015, p. 113).

Nesse sentido, o poder familiar, que de um lado é visto como um dever oriundo dos pais, é também entendido como um direito

fundamental da criança e do adolescente, pois está ligado com situações jurídicas e fáticas da própria sobrevivência sadia desse grupo, podendo ser tão essencial quanto qualquer outro direito fundamental.

Cumpre delinear como foi necessário o ECA expressar que crianças e adolescentes são titulares de direitos, exercendo a cidadania, como todas as pessoas da sociedade, mas observando sua condição de pessoa em desenvolvimento, a fim de que seja cumprido, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos humanos fundamentais e da proteção integral, com fulcro nos artigos 3º e 4º do respectivo dispositivo legal (Brasil, 1990).

Considerações finais

As transformações sociais impulsionadas pelos movimentos feministas e pelas mudanças culturais têm desafiado normas que se baseiam em papéis de gênero de forma a limitar as mulheres ao âmbito doméstico, associando sua realização ao cuidado dos filhos e do lar promovendo. Evidencia-se um verdadeiro processo de ressignificação dos papéis de maternidade e paternidade.

Sob essa nova perspectiva, a parentalidade é concebida como uma responsabilidade compartilhada, em que homens e mulheres dividem de forma equitativa os cuidados e deveres relacionados à criação dos filhos. Nesse contexto, torna-se essencial garantir que os direitos das crianças, previstos no ordenamento jurídico brasileiro, sejam respeitados e promovidos em um ambiente familiar mais igualitário.

Por fim, destaca-se que a ressignificação dos papéis parentais não é apenas uma questão de equidade de gênero, mas também um passo crucial para a proteção integral das crianças. Uma parentalidade corresponsável não apenas beneficia os filhos, assegurando-lhes direitos, além de permitir que mulheres e homens possam viver de forma mais plena suas potencialidades e aspirações, tanto no âmbito familiar quanto na esfera pública.

Referências

ANDRADE, Lucimary Bernabé Pedrosa de. **Educação infantil:** discurso, legislação e práticas institucionais. Editora UNESP, São Paulo: Cultura Acadêmica, 2010.

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família;** tradução Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.

BADINTER, Elisabeth. **Um Amor Conquistado:** o Mito do Amor Materno. Tradução: Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

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

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Lei no 8.069, 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 17 nov. 2024.

CUNICO, Sabrina Daiana; ARPINI, Dorian Mônica. Conjugalidade e parentalidade na perspectiva de mulheres chefes de família. **Revista Psicologia em Estudo.** Maringá, v. 19, n. 4, 2014. p. 693-703. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pe/a/NFdZndJ3yQ6cyPkxzczRhQ/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 16 de out. de 2022.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GRADVOHL, Silvia Mayumi Obana; OSIS, Maria José Duarte; MAKUCH, Maria Yolanda. Maternidade e Formas de Maternagem desde a Idade Média à Atualidade. **Pensando Famílias,** v. 17, n. 1, 2014, p. 55-62. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/penf/v18n1/v18n1a06.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2023.

HOOKS, bell. O feminismo é para todo mundo: políticas arrebatadoras. Tradução Ana Luiza Libânia. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas. **Direito das Famílias:** amor e bioética. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2022.

SCAVONE, Lucila. **Dar a vida e cuidar da vida:** feminismo e ciências sociais. São Paulo: Editora UNESP, 2004.

SCAVONE, Lucila. **Maternidade:** transformações na família e nas relações de gênero. Interface - comunicação, saúde e educação / Fundação UNI Botucatu/UNESP, v. 5, n8. Botucatu, São Paulo: Fundação UNI, 2001a. p. 47-60. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/icse/a/NzTkJJrXYGPHDZ3sQRbR9tc/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 06 de out. 2022.

TEPERMAN, Daniela; GARRAFA, Thais; IACONELLI, Vera. [Orgs]. **Parentalidade.** Belo Horizonte: Autêntica, 2022.

ZANETTI, Sandra Aparecida Serra; GOMES, Isabel Cristina. A “fragilização das funções parentais” na família contemporânea: determinantes e consequências. **Revista Temas em Psicologia**, v. 19, 2011.

ZAPATER, Maíra Cardoso. **Direito da criança e do adolescente.** 2. ed., São Paulo: Saraiva-Jur, 2023.

Capítulo 27

QUEBRA DE PARADIGMAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: UM OLHAR A PARTIR DA ATUAÇÃO DOS MOVIMENTOS FEMINISTAS

Bruna Luisa Schwan¹

Rosângela Angelin²

Introdução

O tema do presente trabalho trata dos direitos das mulheres, delimitando-se a uma análise dos impactos que os movimentos sociais feministas tiveram sobre a promulgação da Constituição Federal de 1988 e sobre os direitos femininos conquistados após a promulgação do referido documento, abordando-se as principais legislações incorporadas ao ordenamento jurídico que representaram significativo avanço na promoção de garantias fundamentais às

-
- 1 Mestranda do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito – Mestrado pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus Santo Ângelo. Pós-graduada em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul/PUCRS (2022). Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas Machado de Assis/FEMA- RS (2019). Integrante do Grupo de Pesquisa CNPQ “Direitos de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas”, do Projeto de Pesquisa “Movimentos Sociais e Direitos Humanos nas sociedades democráticas: Olhares voltados para a complexidade do Estado e de vulnerabilidades sociais”, vinculados ao Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da URI, campus Santo Ângelo-RS. Advogada inscrita na OAB/RS 120.714. E-mail: brunaschwan3@hotmail.com.
- 2 Pós-Doutora nas Faculdades EST (São Leopoldo). Doutora em Direito pela Universidade de Osnabrueck (Alemanha). Docente do Programa de Pós-Graduação stricto sensu – Mestrado e Doutorado em Direito e da Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo-RS. Líder do Grupo de Pesquisa CNPQ “Direitos de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas”, do Projeto de Pesquisa “Movimentos Sociais e Direitos Humanos nas sociedades democráticas: Olhares voltados para a complexidade do Estado e de vulnerabilidades sociais”, vinculados ao Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da URI, campus Santo Ângelo-RS. Vice-Líder do Núcleo de Pesquisas de Gênero, da Faculdades EST (São Leopoldo/RS). Integrante da Marcha Mundial de Mulheres. E-mail: rosangela@san.uri.br.

mulheres.

Assim sendo, o problema central do trabalho repousa no seguinte questionamento: como os movimentos feministas contribuíram para o avanço dos direitos das mulheres a partir da Constituição Federal de 1988?

O trabalho tem como objetivo geral analisar de que forma os movimentos feministas contribuíram para o avanço dos direitos das mulheres a partir da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, constituem objetivos específicos: compreender as contribuições dos movimentos feministas na promulgação da Constituição Federal de 1988 que representou um marco no reconhecimento dos direitos das mulheres; e apresentar as legislações supervenientes à Constituição Federal de 1988 referentes aos direitos e garantias das mulheres, como resultado positivo do trabalho desempenhado pelos movimentos feministas.

O estudo teórico, de abordagem dedutiva, possui caráter explicativo, realizado por procedimentos técnicos, bibliográficos e documentais, denota que, os movimentos feministas tem contribuído grandemente para o avanço dos direitos das mulheres no Brasil, cuja conclusão parte da compreensão de que muitas legislações foram implementadas nesse sentido após a Constituição Federal de 1988.

A investigação se justifica em razão de que os direitos das mulheres é sempre um tema importante, seja pelo viés jurídico, psicológico, social ou cultural, pois se trata de um tema que deflagra a importância da luta dos movimentos sociais na conquista dos direitos das mulheres, o que pode ser vislumbrado na história constitucional do Brasil e nos avanços até hoje ocorridos quanto à promoção da igualdade de gênero.

Ainda, a pesquisa se debruça sobre um tema viável, uma vez que existe considerável acervo bibliográfico sobre a temática, desde artigos, periódicos, doutrinas de grande renome e excelência, os quais perfazem a base para a pesquisa e comprovam a importância da investigação. Sendo assim, tem-se que o estudo seja de grande valia às novas e futuras pesquisas, sobretudo no âmbito acadêmico, a fim de que sejam elaboradas mais pesquisas sobre a importância dos movimentos sociais na promoção de direitos às mulheres.

Por fim, o presente trabalho inicia com um apanhado acerca da história do processo constitucional no Brasil, abordando os marcos

relativos aos direitos das mulheres e, simultaneamente, aborda as contribuições dos movimentos feministas nas conquistas de direitos às mulheres, seguindo-se para um esboço das principais legislações de promoção e defesa dos direitos femininos pós Constituição Federal de 1988.

Contribuição dos movimentos feministas para a positivação de direitos na Constituição Federal de 1988

O Brasil, em sua história contou com a existência de oito Constituições Federais, sete outorgadas e/ou promulgadas no período Republicano e apenas uma, a primeira, nascida no período Imperial. São, portanto, oito documentos que vigeram durante a história constitucional do Brasil, surgidos em momentos distintos e com objetivos particulares à cada época.

Ainda, numa rápida releitura desta história, o diagnóstico de que houveram avanços e retrocessos simultâneos é bastante presente, sobretudo com relação aos direitos constitucionais das mulheres, grupo este que sofreu com a invisibilização social e política e, consequentemente, com a falta de direitos e de garantias fundamentais ao longo de grande parte desta história.

Foram poucos os documentos que se preocuparam com a inclusão de direitos femininos. Um dos poucos exemplos de avanços neste sentido, foi a instituição do direito ao voto feminino, surgido na Era Vargas, com a Constituição Federal de 1934. Paulo Bonavides, em *A história constitucional do Brasil*, ensina que a Constituição de 1934 foi diretamente influenciada pela Revolução de 30 e muito aguardada pela população, pois havia um clamor social pela efetivação dos direitos sociais, principalmente após a experiência liberal que marcou a Constituição de 1891 (Bonavides, 1991).

Nesse sentido, Bonavides destaca:

A Assembleia Constituinte reunida em 1933 contrasta com a de 1891, inicialmente pelo entusiasmo com que a população a acolheu, ao contrário da indiferença que envolveu a primeira Constituinte republicana. [...]. As preocupações parecem adquirir âmbito nacional. Um fato muito importante não pode ser esquecido: as mulheres votaram pela primeira vez, o que fez

do Brasil um dos pioneiros do voto feminino em todo o mundo (Bonavides, 1991, p. 319).

Além disso, o referido documento inaugurou uma nova organização, reservando um capítulo específico para tratar, dentre outras matérias, da proteção à família, o que também ia ao encontro dos direitos vindicados pelas mulheres, já que os cuidados com a prole consistiam numa das suas principais funções, senão a única. Bonavides, nessa esteira, observa:

Todos esses fatores apontam para o sentido eminentemente social da Constituição de 1934. [...]. Pela primeira vez na história constitucional brasileira, considerações sobre a ordem econômica e social estiveram presentes. Uma legislação trabalhista garantia a autonomia sindical, a jornada de oito horas, a previdência social e os dissídios coletivos. A família mereceria proteção especial, particularmente aquela de prole numerosa (Bonavides, 1991, p. 319).

A bem da verdade, embora parte considerável da doutrina infirme que o voto feminino foi uma conquista do Governo Vargas, a aprovação do Código Eleitoral da época contou com o empenho de Bertha Lutz, considerada uma das maiores líderes feministas do Brasil. Conforme Rosângela Angelin e Noli Roberto Hahn,

Além de sufragista, ela foi uma das fundadoras da Federação Brasileira pelo Progresso Feminino. Porém, somente em 1932, com a promulgação do Colégio Eleitoral brasileiro, que tal direito foi garantido às mulheres, tendo sido positivado tal direito, na Constituição do Estado brasileiro, somente em 1934 (Angelin; Hahn, 2019, p. 101).

Fato é que a partir desta conquista muitas outras se seguiram, entre altos e baixos, até a promulgação da Carta de 1988, que após vinte e um anos de regime autoritário, objetivou resgatar o Estado de direito, a separação dos poderes, a federação, a democracia e os direitos fundamentais, à luz do princípio da dignidade humana, e configura, atualmente, o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil (Piovesan, s.a., p. 2).

Nesse ínterim, os movimentos feministas e de mulheres ganharam força “[...] e tiveram uma contribuição decisiva na inserção de direitos voltados para a igualdade de gênero dentro da nova Constituição Federal brasileira, promulgada em 1988” (Angelin; Hahn, 2019, p. 102).

Desse modo, assim como com os demais direitos femininos conquistados ao longo dos anos no Brasil, a evolução legal e jurídica dos direitos e garantias das mulheres é resultado de uma luta coletiva, instaurada por mulheres que buscavam não só melhores condições de vida, mas principalmente, reconhecimento nos espaços públicos e a efetivação de direito básicos, como educação, saúde e moradia.

Para Rosângela Angelin e Nadja Carolina Hedges,

Embora diante de uma cultura identitária marcada pela submissão e opressão, muitas mulheres não aceitaram a dominação e exploração impostas pelo patriarcado e encontraram várias formas de resistir a essa situação; nesse processo de resistência e reconstrução de identidades, os movimentos feministas assumiram papel preponderante, diante das várias formas de desigualdades sofridas pelas mulheres ao longo dos anos, bem como da exploração-dominação construída pelo patriarcado e arraigada até os dias atuais (Angelin; Hedges, 2016, p. 267-268)

A própria Constituição de 1988 se deve, sobretudo, ao trabalho desenvolvido por um grupo de mulheres denominado “Bancada do Batom” que desenvolveu propostas junto à Constituinte, quase unanimemente consagradas no documento (Brasil, 2022).

A Constituição de 1988 foi a primeira a trazer ao ordenamento jurídico brasileiro a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres (artigo 5º, inciso I). A igualdade jurídica prevista de forma expressa no texto deve muito ao trabalho de 26 mulheres eleitas em 1986 para a Assembleia Nacional Constituinte, instalada no ano seguinte e responsável pela elaboração da nova Carta da República.

O grupo, conhecido como a “Bancada do Batom”, manteve mobilizações e pressões ao longo do processo constituinte e serviu de elo com os movimentos sociais de representação feminina. As deputadas e senadoras se articularam em torno das reivindicações da “Carta da Mulher Brasileira aos Constituintes”, entregue a Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, elaborada pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher como resultado de uma intensa campanha nacional.

Cerca de 80% dessas propostas foram incorporados ao texto constitucional, assegurando às mulheres diversos direitos fundamentais, como a licença-maternidade de 120 dias, a

proteção do mercado de trabalho e a proibição de diferença salarial, de exercício de funções e de critério de admissão. A nova Constituição também criou novas obrigações do Estado brasileiro de implementar políticas públicas voltadas para a salvaguarda das mulheres na sociedade (Brasil, 2022, s.p.).

Em verdade, conforme a citação supra, assim como a instituição do voto feminino, a previsão constitucional expressa sobre a igualdade entre homens e mulheres foi, e ainda é, um marco legislativo na história dos direitos das mulheres. É a partir deste preceito que surgiram outros mecanismos legais e outros, ainda, passaram a sofrer nova interpretação. Referida igualdade, todavia, ainda tem sido alvo de discussões, pois não há plenitude material nesta garantia.

No entanto, não há como negar que foi um passo importantíssimo à consagração dos direitos das mulheres no Brasil, tanto pela previsão constitucional expressa, quanto pela criação, posterior, de novas leis e novas políticas públicas de combate às diversas violências praticadas contra as mulheres.

Conforme Flávia Piovesan, a organização das mulheres em movimentos, sejam eles feministas ou de mulheres, lograram ganhos significativos na positivação de normas dentro do texto constitucional, conforme segue:

O êxito do movimento de mulheres, no tocante aos ganhos constitucionais, pode ser claramente evidenciado pelos dispositivos constitucionais que, entre outros, asseguram: a) a igualdade entre homens e mulheres em geral (art. 5º, I) e especificamente no âmbito da família (art. 226, § 5º); b) o reconhecimento da união estável como entidade familiar (art. 226, § 3º, regulamentado pelas Leis nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994 e nº 9.278, de 10 de maio de 1996); c) a proibição da discriminação no mercado de trabalho, por motivo de sexo ou estado civil (art. 7º, XXX, regulamentado pela Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização e outras práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho); d) a proteção especial da mulher no mercado de trabalho, mediante incentivos específicos (art. 7º, XX, regulamentado pela Lei nº 9.799, de 26 de maio de 1999, que insere na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho); e) o planejamento familiar como uma livre decisão do casal, devendo o Estado propiciar

recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito (art. 226, § 7º, regulamentado pela Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que trata do planejamento familiar, no âmbito do atendimento global e integral à saúde); e f) o dever do Estado de coibir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226, § 8º, tendo sido prevista a notificação compulsória, em território nacional, de casos de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados, nos termos da Lei nº 10.778, de 24 de novembro de 2003, bem como adotada a Lei “Maria da Penha” – Lei nº 11.340, de 7 agosto de 2006, para a prevenção e o combate da violência contra a mulher) (Piovesan, s.a., p. 3).

Nesta toada, não só relativamente às mulheres, pois a Constituição Federal de 1988 representou um ganho a outros muitos grupos vulneráveis, tem-se que atualmente a proteção legal de tais grupos parte do texto constitucional, o qual serve de fundamento base à criação das demais legislações, devendo estas dialogar, em perfeita simetria, com o texto constitucional, essencialmente no tocante aos direitos e garantias fundamentais dos brasileiros.

Desse modo, analisando a Constituição Federal percebe-se, conforme já mencionado, que às mulheres são conferidos direitos e deveres em situação de igualdade para com os homens, a exemplo do disposto no art. 5º, inciso I, no art. 7º, inciso XX, no que se refere à previdência social, nos termos do art. 201 e seguintes da Constituição, bem como na igualdade de direitos e deveres nas relações conjugais, a teor do que prevê o art. 226, § 5º (Brasil, 1988).

Carolina Valença Ferraz aponta que a proteção às mulheres também é consolidada nos fundamentos constitucionais, previstos no art. 1º da Constituição Federal de 1988. Segundo a autora, ao dispor sobre a dignidade da pessoa humana, se está afirmando que em um Estado Democrático de Direito “[...] todos devem ser considerados e, mais do que isso, deve haver um cuidado especial com os setores fragilizados. No caso, a mulher pode se enquadrar perfeitamente nesta situação” (Ferraz, 2013, p. 25).

A partir da Constituição Federal de 1988 e das ações dos movimentos feministas e de mulheres, outros muitos avanços ocorreram para viabilizar o acesso das mulheres a diversas áreas da sociedade, bem como para garantir-lhes cada vez mais direitos em condições de

igualdade aos dos homens e o seu reconhecimento e representação nos espaços públicos.

Sobre isso, Angelin e Hahn trazem a importância da influência dos movimentos feministas na criação da Secretaria Especial de Políticas para Mulheres, a qual esteve vinculada ao Ministério da Justiça:

Ainda merece destaque a força de tais movimentos a ponto de conseguirem que o Governo Federal brasileiro criasse, em 2003, a Secretaria Especial de Políticas para Mulheres, vinculada ao Ministério de Justiça, com função de propor e criar políticas públicas voltadas para as mulheres brasileiras, que tem atuado positivamente junto ao Governo Federal (Angelin; Hahn, 2019, p. 102).

A par disso, surgiram também outras legislações específicas de proteção às mulheres, como por exemplo a Lei nº 11.340/2006, Lei Maria da Penha, que também foi um marco na evolução normativa do ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque, muito embora sua efetividade seja bastante discutida, consolidou uma nova era, marcada pela proteção à integridade física, psíquica, moral, psicológica, patrimonial e sexual das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar (Brasil, 2006).

Valéria Diez Scarance Fernandes destaca que a Lei Maria da Penha acarretou mudanças no processo penal, de forma que “[...] o processo por violência doméstica passou a ser constituído de forma multidisciplinar, transformado e renovado, para romper o ciclo de violência doméstica” (Fernandes, 2015, p. 16).

Ademais, é nítida a compreensão de que a Lei Maria da Penha fora criada com objetivos que transcendem à questão de gênero propriamente dita, uma vez que, conforme determina o art. 13, na medida do possível, conferir-se-á proteção à família, assim compreendida como as demais vítimas da violência no âmbito doméstico e familiar (Brasil, 2006).

Também é oportuno esclarecer que a referida legislação, até a data de 03 de abril de 2018, não possuía qualquer tipificação criminal no texto. Contudo, com o advento da Lei nº 13.641, fora incluído o art. 24-A, que cominou a pena de 3 meses a 2 anos de detenção àquele que descumprisse a decisão judicial de deferimento das medidas protetivas de urgência (Brasil, 2018).

Houve, ainda, a alteração do Código Penal para incluir o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, alteração esta promovida pela Lei nº 13.104/2015, o que representou um avanço na legislação repressiva penal quanto aos direitos das mulheres. Referida alteração restou assim edificada:

Art. 1º O art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal , passa a vigorar com a seguinte redação:

"Homicídio simples

Art. 121.

.....
Homicídio qualificado

§ 2º

Feminicídio

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:

.....
§ 2º -A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I - violência doméstica e familiar;

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

.....
Aumento de pena

.....
§ 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:

I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;

II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência;

III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima.” (NR)

Art. 2º O art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 , passa a vigorar com a seguinte alteração:

“Art. 1º

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV, V e VI);
.....” (NR) (Brasil, 2015).

Por assim dizer, tem-se que os movimentos feministas, a Constituição Federal de 1988 e a Lei Maria da Penha, nesse contexto, fizeram valer a luta de muitas mulheres, de muitos movimentos sociais e feministas que buscavam a igualdade e a eliminação da violência contra as mulheres. Aliada às demais legislações correlatas e à muitas políticas públicas de prevenção à violência de gênero e/ou doméstica e familiar, significou mais um grande passo na busca do reconhecimento pleno da mulher em sua condição humana.

E nesse norte, foram movimentos que influenciaram diretamente na ratificação da proteção internacional da mulher no território brasileiro. De acordo com o art. 1º da Lei nº 11.340/2006, o Brasil ratificou duas importantes legislações internacionais, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Brasil, 2006).

A primeira, promulgada pelo Decreto nº 4.377/02, surgiu para garantir igualdade entre homens e mulheres e proibir qualquer ato de discriminação. Sob tal ótica, Valéria Diez Scarance Fernandes, em “Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar (inclui Lei de Feminicídio)”, observa que:

A igualdade consta do art. 15, 1. Além da tradicional previsão de igualdade de homens e mulheres perante a lei, consta do instrumento o dever dos Estados-Partes de reconhecer a plena capacidade civil das mulheres (em particular, para contratar, administrar bens, acessar a Justiça e liberdade de escolha de residência e domicílio) e a nulidade de qualquer instrumento que restringir essa capacidade (art. 15, 1, 2 e 3).

No que diz respeito ao segundo princípio, da não discriminação, os Estados-Partes devem adotar medidas para eliminar a discriminação e criar um sistema de proteção jurídica dos direitos da mulher (art. 2º) (Fernandes, 2015, p. 22).

Tal Convenção, também chamada de Convenção de CEDAW, tem o intuito principal de inserir a mulher na sociedade sob as mesmas

condições do homem, assegurando-lhe os mesmos direitos e as mesmas prerrogativas, bem como lhe protegendo das incontáveis formas de discriminação e de violências existentes.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, por sua vez, promulgada pelo Decreto nº 1.973/96, elenca uma série de garantias às mulheres. Nas palavras de Alice Bianchini, dentre os direitos reconhecidos pelo instrumento “[...] destaca-se o direito das mulheres a uma vida sem violência, devendo os Estados adotar políticas orientadas a prevenir, sancionar e erradicá-la” (Bianchini, 2016, p. 132).

Por tudo isso, tem-se que a Constituição Federal de 1988 consolidou uma nova era marcada por ideais mais democráticos, trazendo em seu texto direitos e garantias fundamentais a todos os brasileiros, sem distinção de sexo, cor ou raça, por exemplo, conferindo avanços importantes na conquista de espaços sociais e políticos às mulheres.

Os movimentos feministas, nesse aspecto, desempenharam – e continuam desempenhando – um papel importantíssimo na construção de uma sociedade mais igualitária e na luta pela superação dos traços patriarcais ainda muito presentes na dinâmica social dos dias atuais. A eles se devem muitas conquistas – senão todas – relativas aos direitos das mulheres, ocorridas ao longo dos anos e que ganharam mais notoriedade e efetividade após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

No entanto, muito embora o ordenamento jurídico brasileiro compunha uma gama de direitos e deveres para a estruturação de uma sociedade mais igualitária e mais justa, sabe-se que há muito para se galgar em direção à idealização destes objetivos e isso envolve necessariamente uma maior participação da população, principalmente das mulheres, nas decisões políticas, jurídicas e sociais.

Por essa razão, dentre muitas outras alternativas, mas adstrito ao tema do presente trabalho, tem-se que os movimentos feministas precisam seguir com a chama acesa para continuar conquistando o reconhecimento do espaço das mulheres nos meios públicos, dentro de suas casas e/ou nos demais setores da sociedade, como lhes é de direito, um direito humano, inerente à sua própria condição e em estrito respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Considerações finais

O tema do presente trabalho demonstra o quanto desafiador é tratar dos direitos das mulheres, e isso se dá em razão de que a necessidade de novos avanços relativamente à legislação brasileira de proteção deste grupo é uma realidade cristalina. Ainda que muito já tenha sido conquistado, pelo trabalho árduo dos movimentos sociais feministas antes e após a Constituição Federal de 1988, é demasiado importante que o tema permaneça nas pautas políticas, sociais e acadêmicas.

Nesse sentido, confirmado o objetivo inicial, tem-se que os movimentos sociais contribuíram de forma significativa para a previsão constitucional de igualdade entre homens e mulheres, advinda com a Constituição Federal de 1988, e, por consequência, interferiram positivamente no avanço das demais legislações de promoção dos direitos das mulheres e de proteção deste grupo contra quaisquer tipos de violência ou discriminação.

Isso denota que a luta promovida pelos movimentos feministas, que identificam um objetivo comum ao grupo e lutam para a implementação deste objetivo, é muito relevante à conquista de direitos e espaços das mulheres na sociedade. Neste sentido, a pesquisa apresenta fundamentos no que se refere à importância da atividade dos referidos movimentos sociais feministas. Um dos exemplos do sucesso destas atividades é a própria Constituição Federal de 1988, quando preconizou, de forma histórica, a igualdade entre homens e mulheres, preceito este que serviu de base ao surgimento de outras legislações e políticas públicas de amparo às mulheres. Por isso, constata-se contribuições positivas dos movimentos feministas e da Constituição Federal de 1988 na conquista dos direitos das mulheres ao longo dos anos.

Diante disso, em atenção ao problema central da pesquisa, percebeu-se que os movimentos sociais contribuíram de forma positiva na conquista de direitos de mulheres antes e após a Constituição Federal de 1988, uma vez que promoveram uma luta ativa em torno de objetivos comuns ao grupo, a fim de que as reivindicações e os interesses fossem ouvidos e implantados na legislação e nas políticas públicas brasileiras.

Nesse tocante, não se desconhece do fato de que muito há de se caminhar em direção a um Direito e uma sociedade mais igualitária, mais democrática, mais aberta, multicultural e humanizada, porém,

certo é também que muitas alternativas já implementadas têm surtido efeitos positivos no reconhecimento das mulheres como sujeitos plenos de direito. O trabalho exercido pelos movimentos feministas é uma destas alternativas e tende a promover muito mais que a cidadania dentro do campo jurídico, pois não busca somente a atualização legislativa, mas também, e de forma especial, a implantação de políticas públicas efetivas de promoção de reconhecimento e de proteção das mulheres contra as mais variadas violências e/ou discriminação.

Referências

ANGELIN, Rosangela; HAHN, Noli Bernardo. **Movimentos feministas e a vida das mulheres:** (re)construindo possibilidades emancipatórias / Rosângela Angelin, Noli Bernardo Hahn – Curitiba: CRV, 2019.

ANGELIN, Rosângela; HENDGES, Nadja Carolina. Referenciais feministas frente ao patriarcado, à desigualdade e aos direitos humanos das mulheres. In: **Direitos humanos, justiça e multiculturalismo** / organizadores: Gilmar Antonio Bedin, Graciela Beatriz Rodríguez, Alejandro Rosillo Martínez / Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2016. p. 260-280.

BLANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha:** Lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero/Alice Bianchini. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. – (Coleção saberes monográficos). Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547203900/cfi/0>. Acesso em: 30 ago. 2019.

BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil** / Paulo Bonavides, Paes de Andrade. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BRASIL. Lei nº 13.104, de 09 de Março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 9 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm. Acesso em: 05 out. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.641, de 3 de Abril de 2018. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para tipificar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 3 abr. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13641.htm. Acesso em: 10 out. 2024.

BRASIL. **Senado Federal**. Constituição de 1988 ampliou espaço das mulheres e garantiu direitos fundamentais. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=495430&ori=1#:~:text=Cerca%20de%2080%25%20dessas%20propostas,e%20de%20crit%C3%A9rio%20de%20admiss%C3%A3o..> Acesso em: 29 set. 2024.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar (inclui Lei de Feminicídio)** / Valéria Diez Scarance Fernandes – São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000429/cfi/0!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 09 out. 2024.

FERRAZ, Carolina Valença. **Manual dos direitos da mulher** / coord. Carolina Valença Ferraz [et al.]. – São Paulo: Saraiva, 2013. – (Série IDP – Direito, diversidade e cidadania). Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502199255/cfi/0>. Acesso em: 06 out. 2024

PIOVESAN, Flávia. **Igualdade de gênero na constituição federal: os direitos civis e políticos das mulheres no Brasil**. s.a. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-igualdade-de-genero-na-constituicao-federal-os-direitos-civis-e-politicos-das-mulheres-do-brasil>. Acesso em: 29 set. 2024.

Capítulo 28

RAZOABILIDADE: O SEXTO NÍVEL TRANSVERSAL DE META-RACIONALIDADE LEGISLATIVA NA TEORIA DE MANUEL ATIENZA¹

Victória Karoline da Luz Silveira²
Adalberto Narciso Hommerding³

Introdução

É perceptível a preocupação com argumentação jurídica no processo de interpretação/aplicação do direito; no entanto, pouca atenção se dá à argumentação legislativa no processo de construção e produção deste mesmo direito. O desenvolvimento

-
- 1 Pesquisa institucional desenvolvida junto ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) - Campus Santo Ângelo.
 - 2 Advogada - OAB/RS 126.094. Doutoranda em Direito - área de concentração em Direitos Especiais, com bolsa integral da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) - Campus de Santo Ângelo. Pós-graduanda em Planejamento Patrimonial, Familiar e Sucessório pela Faculdade Legale - FALEG/SP; Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões-URI, Campus de Santo Ângelo/RS, na linha de pesquisa Políticas de Cidadania e Resolução de Conflitos; Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, CAPES/ PROSUC; Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Legale - FALEG/SP; Especialista em Direito Público pela Faculdade Legale - FALEG/SP; Especialista em Direito da Seguridade Social - Previdenciário e Prática Previdenciária pela Faculdade Legale - FALEG/SP; Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, Campus São Luiz Gonzaga/RS (2021); E-mail: victoriadalu@hotmai.com.
 - 3 Possui graduação em Direito pelo Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo (1993), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2001) e doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2005) e pós-doutorado em Direito pela Universidad de Alicante, Espanha (2012). Atualmente é professor da URI - Universidade Regional Integrada, de Santo Ângelo, na graduação e pós-graduação, inclusive Mestrado e Doutorado em Direito; Também é professor convidado nos cursos de pós-graduação da Universidade Federal do Tocantins, Palmas/TO, FAPLAN/Anhanguera, Universidade do Contestado (Caçador/SC) e FEMA, de Santa Rosa/RS, IMED, de Passo Fundo/RS. É Juiz de Direito na Comarca de Santa Rosa, no Estado do Rio Grande do Sul.

do presente trabalho quer ressaltar a importância de compreender o processo legislativo no Brasil, como deve ocorrer a criação e edição de uma norma, estudando ainda as formas pelas quais uma lei deve ser editada, entendendo assim, a dogmática jurídica por trás da sua elaboração.

Conceitualmente, considera-se o processo legislativo como um conjunto de normas que regulam a criação de outras normas. No Brasil, o desenvolvimento deste processo não se forma com a justificação científica na produção legislativa, bastando a sua adequação aos procedimentos constitucionais e ao disposto nos regimentos internos dos parlamentos que são de cunho meramente procedimentais.

Dando ênfase a questão, o Professor Manuel Atienza, Catedrático de Filosofia do Direito na Universidade de Alicante, Espanha, propõe seis níveis de racionalidade para os textos legislativos, os quais podem atuar também como “modelos” ideais normativos, além de servir para avaliar a qualidade final do produto legislativo. No primeiro momento, os níveis a serem considerados eram o linguístico, o jurídico-formal, o pragmático, o teleológico e o ético. Posteriormente, Atienza inclui um sexto nível: a razoabilidade. Dentro deste contexto, o objetivo do presente trabalho é o de apresentar os desenvolvimentos teóricos de Manuel Atienza na elaboração de uma teoria da argumentação legislativa, descrever a ciência do direito e a ciência da legislação, elencando na sequência, os níveis de racionalidade. Importa salientar, que o conhecimento do sexto nível de racionalidade é o ponto central da pesquisa, tendo em vista que a atualização da teoria constitui um elemento essencial para a análise e avaliação das decisões legislativas e das argumentações respectivas, o que consequentemente tende a resultar na construção de leis racionais.

Além disso, o autor em sua Teoria da Legislação expõe a ideia de que a legislação é composta por cinco elementos bases. São eles: editores, destinatários, sistema jurídico, fins e valores. A lei, então, deve obedecer a uma racionalidade mínima. De modo bastante abstrato, pode-se dizer que os editores são os autores das o sistema jurídico, o conjunto do qual a nova lei se torna parte; os fins, os objetivos ou metas que se buscam no estabelecimento das leis; e os valores, as ideias que servem para justificar esses fins. O produto de tais interações são as leis. Elas são o ponto de partida para novos processos (a interpretação e a aplicação) sobre os quais a dogmática jurídica se debruça, mas, ao

mesmo tempo, não podem ser ignoradas caso se queira entender, e intervir, na produção legislativa.

A fim de desenvolver a temática proposta, a pesquisa restou basicamente bibliográfica, advindas das obras referenciadas ao final do texto. O método utilizado para tanto, foi o hipotético-dedutivo, de modo a analisar brevemente os conceitos e distinções entre ciência do direito e ciência da legislação, bem como a teoria da argumentação legislativa apresentada por Atienza. Percorre-se então, seus elementos bases, os cinco níveis de racionalidade e posteriormente, a razoabilidade como sexto nível com o propósito de atualizar a teoria, reconstruir e sistematizar suas ideias sobre o tema.

“Ciência do Direito” e “Ciência da Legislação”

A presente pesquisa volta-se inicialmente para a discussão acerca das nomenclaturas “ciência do direito” e “ciência da legislação”. O uso da expressão “ciência do Direito” corresponde a uma grande variedade de perspectivas a partir das quais o fenômeno jurídico pode ser estudado. Assim, por exemplo, o Direito pode ser estudado a contar de um ponto de vista interno ou externo, normativo ou social, descriptivo ou valorativo, particular ou geral, entre outras inúmeras possibilidades. Trata-se de uma dogmática jurídica e de uma técnica legislativa. A Dogmática Jurídica, conforme explica Manuel Atienza, é o “núcleo” da expressão “Ciência do Direito”, vista de modo mais amplo, englobando também a Sociologia do Direito, a Filosofia do Direito, a História do Direito, a Teoria Geral do Direito, etc.

Um ponto relevante a ser considerado, a que Atienza faz questão de dar ênfase diz com a necessidade de estar ciente de que, quando se fala de “ciência do Direito”, a expressão “ciência” está sendo usada em um sentido verdadeiramente lato. O mesmo ocorre com o termo “ciência da legislação”.

O estudo da legislação, por sua vez, também admite uma grande pluralidade de perspectivas. Em um primeiro momento, parece ser necessário diferenciar a chamada “ciência da legislação” da dogmática jurídica, uma vez que, como disciplina, esta última também tem a lei como seu principal objeto de estudo.

Segundo Atienza, é possível afirmar que a dogmática jurídica tradicional parte das leis, das normas jurídicas, como uma realidade dada para, a partir dessa base, resolver problemas ligados à interpretação e aplicação. A ciência, técnica, doutrina ou teoria da legislação trata do processo ou atividade cujo resultado é a produção de normas jurídicas ou, mais especificamente, de um tipo de normas jurídicas. Tal conceituação se apresenta de forma clara e compreensível, no entanto ainda muito abstrata, podendo ser melhor definida tanto em um sentido positivo quanto, em um sentido negativo.

A dogmática jurídica trata basicamente da interpretação do Direito, não apenas como resultado, mas também como atividade. A ciência da legislação, por sua vez, obviamente também se interessa pela lei como um produto que deve possuir certas características formais e produzir certos efeitos no sistema jurídico e no sistema social.

Ressalta Atienza, todavia, que tal distinção não é uma distinção de caráter temporal. Ou seja, não se poderia afirmar, por exemplo, que uma disciplina trata da legislação em uma fase que termina com a promulgação, e a outra se dedica a uma fase que vai de promulgação a interpretação e aplicação. Certo é que a dogmática jurídica também se interessa pelo momento anterior, pois é somente remontando à fase anterior à promulgação que o significado das leis pode ser compreendido e, consequentemente, se podem desenvolver critérios de interpretação e aplicação adequados. E, dentro de tal contexto, a ciência da legislação, preocupa-se com o momento posterior a promulgação da lei pois faz a análise dos resultados produzidos pelas normas.

Atienza apresenta ainda outra possibilidade a ser analisada. É a concepção que considera que a dogmática jurídica trata do que é o Direito, e a ciência da legislação trata de como ou do que deveria ser o Direito. À vista disso, a dogmática jurídica seria, portanto, uma disciplina descritiva (que apenas descreve normas) e a outra uma disciplina prescritiva (que prescreve ou propõe normas). Ocorre, apesar de possuir relevância histórica, tal concepção seria insustentável, levando em consideração que ambas as disciplinas parecem incluir momentos descritivos e prescritivos.

Dito de outro modo, a Dogmática Jurídica leva em consideração a interpretação do Direito também enquanto resultado e enquanto atividade, preocupando-se com o momento anterior a produção da

norma, buscando entender o sentido desta, analisando à fase anterior da promulgação. Já a Ciência da Legislação trata da lei enquanto produto com características formais estabelecidas e com a finalidade de produzir efeitos no sistema jurídico e social. Contrariamente à Dogmática Jurídica, a Ciência da Legislação interessa-se pelo momento posterior a norma, com intento de analisar os resultados produzidos como pressuposto essencial para enfrentar a tarefa de melhorar a legislação (HOMMERDING; LYRA, 2014).

Ao que se refere aos destinatários tanto da Dogmática Jurídica como da Ciência da Legislação, também tratada como Técnica Legislativa, Manuel Atienza (1997, pg. 18-19) explica que “a Dogmática Jurídica parte das leis como dados, ou seja, como “material preexistente” que deve ser usado para atingir melhor resultado da interpretação/aplicação do direito”. Por isso se dirige aos aplicadores do Direito como os Juízes, os advogados, entre outros. Já a “técnica legislativa toma como dado as leis, normas jurídicas já existentes, juntamente com as necessidades sociais, as características especiais da linguagem do Direito, e, a partir daí, pretende como resultado a otimização da produção das normas provenientes dos órgãos legislativos e administrativos”.

Dada a presente análise inicial que buscou a conceituação e distinção dos assuntos tratados, Atienza afirma ser possível dizer que a dogmática jurídica parte das leis, das normas jurídicas como dados que devem ser utilizados como uma base para tentar otimizar a interpretação e a aplicação do Direito. Já para a técnica legislativa (não apontando mais o termo “ciência”) também toma como dados as normas jurídicas já existentes, juntamente com as necessidades sociais, as peculiaridades da linguagem jurídica etc., e, a partir desses elementos, tenta obter, como resultado, a otimização da produção de normas oriundas da legislatura e de certos órgãos administrativos.

Desse modo, a primeira se dirige basicamente aos intérpretes e aplicadores do Direito (juízes, advogados, funcionários públicos etc.), e, a outra, aos políticos (membros do Legislativo e de órgãos superiores do governo) e técnicos (geralmente funcionários do governo) que aconselham ou redigem diretamente essas normas.

Por um lado, é certo que a dogmática jurídica também está orientada para a produção de novo Direito, quando se entende que o juiz (e os funcionários que “aplicam” o Direito) estabelece novas normas;

ou seja, quando se aceita que as sentenças e decisões administrativas também são normas, também são atos de produção de Direito. Por outro lado, a técnica legislativa também diz respeito à interpretação e à aplicação do Direito, pois quando uma nova lei é produzida, é possível afirmar que outras leis também estão sendo interpretadas e aplicadas.

As conceituações e diferenciações aqui tratadas também apresentam mais um ponto de semelhança, no sentido de que nenhuma delas obedece ao modelo do agir científico, mas sim ao do agir técnico que trata de chegar a um resultado sob determinadas condições. Assim sendo, Atienza explica que estamos tratando de técnicas que se concentram em diferentes momentos ou aspectos de uma mesma realidade: o Direito.

Para complementar, o autor sugere na construção da técnica, o formalismo deve ser evitado, afirmando que a técnica legislativa que se está se desenvolvendo agora não deve seguir os passos da dogmática, no sentido de que a dogmática teria deixado de considerar para o seu desenvolvimento, o conhecimento social, em particular, a sociologia e o mesmo não deve ocorrer com o desdobramento da técnica legislativa.

A existência ou desenvolvimento de um saber técnico sobre legislação por certo não exclui que o mesmo fenômeno possa ser estudado a partir de outras perspectivas, científicas ou não. Assim, a reflexão sobre problemas de natureza mais abstrata e conceitual que não têm, ao menos a curto prazo, uma finalidade prática pode ser chamada de teoria da legislação. Portanto, naquilo que foi denominado “ciência da legislação” no início do tópico, dois níveis diferentes de análise poderiam ser identificados: o da técnica e o da teoria da legislação.

Nessa senda, o objetivo da presente pesquisa é desvendar a Teoria da Legislação como ferramenta essencial capaz de fornecer as condições e possibilidades para uma boa prática da legislação. É na busca da correta aplicação do direito, que se busca também a existência de uma legislação racional produto de uma política legislativa adequada. Dentro deste contexto, apresenta-se a metodologia ensinada por Atienza, que trata o processo legislativo como um processo de decisão. Para este procedimento, além dos níveis de racionalidade que devem ser observados, o referido professor formulou um modelo composto de três fases: pré-legislativa, legislativa e pós-legislativa. Este processo funcionaria de forma circular, retro-alimentado, na medida em que o

resultado de cada fase leva a uma operação posterior, mas que repercute na fase legislativa anterior até a edição da norma (ATIENZA, 1997), assunto que será tratado tópico seguinte.

Teoria da legislação e os níveis de racionalidade legislativa

Consoante o modelo proposto por Manuel Atienza (1997), composto de três fases: pré-legislativa, legislativa e pós-legislativa, entende-se que, o surgimento de uma demanda social atua como marco inicial para a fase pré-legislativa e a apresentação de um projeto de lei é o seu marco final. A recepção do projeto de lei pela burocracia legislativa dá início a fase legislativa, que possui seu encerramento representado pela sanção da lei. E, por fim, a fase pós-legislativa tem início com a vigência formal da lei e se encerra somente quando há proposta de uma nova lei que a altera ou revoga.

Ao tratar da aplicação do Direito é imprescindível ressaltar que isso não depende somente da aptidão interpretativa dos juízes. Interpretar/aplicar o direito deve basear-se também nas possibilidades hermenêuticas dos juízes, o que passa, primeiramente, por produzi-lo adequadamente o legislador, obedecendo a uma racionalidade legislativa que, consequentemente, deve considerar os diversos níveis pelos quais se pode alcançar a racionalidade da lei linguístico, jurídico-formal, pragmático, teleológico, ético e razoável.

A Teoria da Legislação geralmente parte das normas já consagradas pelo legislador e se dispõe ao estudo das necessidades sociais, das peculiaridades linguístico-comunicacionais do discurso jurídico, da adequação das leis ao ordenamento jurídico e aos princípios morais, à observância aos fins declarados etc., para assim otimizar a produção das normas. Neste aspecto, a Teoria da Legislação dirige-se, prioritariamente, aos políticos e técnicos da administração envolvidos diretamente com a questão da redação das normas.

Antes de adentrar especificamente aos níveis de racionalidade, Atienza explica que é possível fazer dois tipos de análise distintos. O primeiro compõe o tema da presente pesquisa; é uma análise de caráter interno: cada modelo ou ideia de racionalidade constrói os elementos da atividade legislativa de uma certa maneira; permite distinguir certas

disciplinas que cumprem um papel norteador de outras que possuem um caráter meramente auxiliar; define uma noção de irracionalidade e sugere quais técnicas utilizar para ampliar a racionalidade. O segundo é de caráter externo, que relaciona a aproximação dos níveis entre eles, mas essa temática abre possibilidade para uma produção científica diversa e não será tratada no presente artigo.

A Teoria da Legislação desenvolvida por Manuel Atienza faz a distinção entre cinco níveis de racionalidade a serem observados no processo de legislação. Para Atienza é irracional toda lei que não satisfaça cada um dos níveis de racionalidade propostos. É necessário distinguir cinco modelos, ideias ou níveis de racionalidade: racionalidade comunicativa ou linguística (R1), neste nível o emissor (editor) deve ser capaz de transmitir uma mensagem de forma clara ao receptor (o destinatário); racionalidade jurídico-formal (R2), neste nível a nova lei deve ser inserida em um sistema jurídico buscando harmonia com as demais leis existentes; racionalidade pragmática (R3), neste nível a conduta dos destinatários deve se adequar ao que está disposto na lei; racionalidade teleológica (R4), neste nível a lei deve alcançar os fins sociais almejados; e racionalidade ética (R5), neste nível as condutas prescritas e as finalidades das leis pressupõem valores que deveriam ser suscetíveis de justificação ética (ATIENZA,1997).

Vejamos com mais cautela o que dispõe cada um dos níveis apresentados, salientando que não deixa de ser uma breve exposição em virtude do limite academicamente estipulado para a presente forma de pesquisa, qual seja, um artigo.

No nível R1, que apresenta a racionalidade comunicativa ou linguística o editor e o destinatário das leis são considerados, respectivamente, emissores e receptores de certos tipos de informação que estão organizados em um sistema (o sistema jurídico é visto essencialmente como um sistema de informação). Portanto, o editor aqui não é tanto o editor formal, mas, sobretudo, o redator da mensagem. O sistema jurídico será constituído por uma série de enunciados linguísticos organizados a partir de um código comum ao emissor e ao receptor (uma linguagem) e pelos canais que garantem a transmissão das mensagens através das leis (ATIENZA,1997)

Ou seja, a racionalidade linguística ou comunicativa pressupõe que, em toda lei racional, o legislador, também chamado de emissor,

deve ser capaz de transmitir a mensagem da lei ao destinatário final também chamado de receptor de maneira clara e fluída.

No nível R1, pode-se dizer que uma lei é irracional (ou não racional, ou não totalmente racional) se mostra uma falha como ato de comunicação. Como há muitas oportunidades para que um ato fracasse como ato comunicativo, as leis tendem a não ser totalmente racionais já nesse primeiro nível. Elas podem apresentar defeitos sintáticos ou opacidade semântica; os meios de comunicação responsáveis pela transmissão da mensagem podem não ter funcionado adequadamente; é possível que os destinatários não tenham um nível de preparação adequado para compreender a mensagem, entre outros fatores. Um caso extremo de irracionalidade em R1 ocorre quando a mensagem transmitida é exatamente o oposto do que se pretendia transmitir (ATIENZA, 1997).

No nível da racionalidade jurídico-formal (R2), o editor e o destinatário das leis são os órgãos e indivíduos designados como tais pelo ordenamento jurídico. O sistema jurídico é entendido aqui como um conjunto de normas apropriadamente estabelecidas e estruturadas em um sistema. O fim da atividade legislativa é a sistematicidade, isto é, que as leis formem um todo sem lacunas, contradições ou redundâncias, de modo que o Direito possa ser visto como um mecanismo para prever a conduta humana e suas consequências, em outras palavras, como um sistema de segurança (ATIENZA, 1997).

Dessa forma, cabe ao legislador observar critérios e normas validamente estabelecidas e estruturadas como um conjunto de normas do ordenamento jurídico de que a legislação irá fazer parte. No Brasil, as instâncias de controle legislativo previstas na Constituição Federal limitam-se, basicamente, a considerações formalmente técnicas.

Outrossim, se está diante de uma irracionalidade, quando a legislação de alguma forma contribui para provocar erosões legislativas, não atendendo aos critérios estabelecidos no ordenamento jurídico ou apresentando lacunas e contradições, afetando negativamente o sistema do Direito. A evolução da técnica legislativa, através do aprimoramento das redações textuais, se mostra como alternativa para evitar tal irracionalidade no nível jurídico-formal (ATIENZA, 1997).

Por sua vez, a racionalidade pragmática (R3) vindica que toda conduta prescrita em lei deva ser passível de cumprimento por seus

destinatários. Na perspectiva de ATIENZA (1997), a racionalidade pragmática é medida pela adesão dos destinatários a lei imposta pelo Estado. A finalidade é garantir que as leis sejam obedecidas ou, talvez de modo mais geral, que as leis não sejam apenas declarações linguísticas, mas também “Direito em ação⁴”.

Sendo assim, o sistema jurídico é visto como um sistema de normas comportamentais e o objetivo é conseguir que as leis sejam obedecidas pelos indivíduos. No Brasil, essa racionalidade é resumida informalmente como a “lei que pega ou não”. Diversas são as razões que levam ao fracasso de uma norma, podemos citar questões subjetivas como falta de motivação dos destinatários (por ausência de uma sanção adequada, por exemplo) como questões objetivas, como a ausência de meios adequados para o cumprimento da lei (KURY, 2015).

Uma lei se mostra irracional, entretanto, quando se revela incapaz de influir no comportamento humano, não cumprindo com o cunho de motivar ou assegurar expectativas normativas, podendo culminar na desorganização legislativa. Entretanto, uma nova perspectiva se identifica no combate a essa irracionalidade, uma alternativa que apresenta o diálogo interdisciplinar com a ciência política, psicologia e também com a sociologia (HOMMERDING, 2012).

Para o nível da racionalidade teleológica (R4), os editores são os portadores de interesses sociais, sejam eles particulares ou gerais, que garantem a tradução desses interesses em leis. Os destinatários das leis não são apenas os indivíduos ou órgãos administrativos aos quais as disposições legais são destinadas. Assim, para Atienza (1997), sistema

4 A distância entre o “Direito nos livros” e o “Direito em ação” foi apresentada pela primeira vez por Roscoe Pound em 1910 no artigo seminal *Law in books and law in action* (publicado na *American Law Review*, n. 44, pp. 12-36). Com essa imagem, Pound quis chamar a atenção para a diferença que há entre as regras que abstratamente normatizam as relações (o direito que está nos livros) e as normas que efetivamente governam os homens, o direito que se desdobra na vida real (o direito em ação). Em outra metáfora, Pound exemplifica que o direito distante da vida real lembra o escritor a quem se encorajou que escrevesse sobre metafísica chinesa e que recolheu material para o seu texto lendo na Encyclopédia Britânica os verbetes “China” e “metafísica”. Sustenta que não é possível construir uma Ciência do Direito sem essa conexão com a realidade concreta, com como o Direito vem sendo aplicado e como funciona atualmente. Defende que alcançar a justiça passa por suprimir (ou ao menos reduzir) a distância entre “Direito nos livros” e o “Direito em ação”. Essas ilustrações se encaixam perfeitamente para explicar qual deve ser a preocupação da atividade legislativa: harmonizar o “Direito nos livros” e o “Direito em ação”, promover o ajuste do Direito às circunstâncias concretas, reais, para efetivamente promover os interesses sociais.

jurídico é visto como um meio para atingir fins; portanto, não parte da perspectiva do jurista, mas da perspectiva do cientista social. A finalidade pode ser a eficiência econômica, o aumento do nível educacional da população, a melhoria das condições de saúde, a redistribuição da riqueza, a redução do desemprego, a preservação de conquistas políticas ou econômicas, entre outras.

No nível R4, uma lei é irracional se não produz efeitos, ou produz efeitos não previstos e que tampouco possam ser considerados desejados ou desejáveis (ATIENZA, 1997). Para evitar essas situações, será necessário recorrer à Sociologia da Organização; à Análise Econômica do Direito; à Sociologia do Direito; às teorias de implementação, entre outros exemplos que não serão desmistificados no presente.

Para o nível da racionalidade ética (R5), os valores éticos são ideias que permitem justificar os fins de uma medida legislativa. O sistema jurídico é visto aqui como um conjunto de normas ou comportamentos que podem ser avaliados a partir de um determinado sistema ético. Os fins considerados válidos irão, naturalmente, variar de acordo com o sistema ético tomado como referência, embora, abstratamente, seja possível dizer que os fins são a liberdade, a igualdade e a justiça (ATIENZA, 1997).

Com isso, é possível afirmar que no nível R5, uma lei é irracional se não estiver justificada eticamente, seja porque tenha sido promulgada por alguém sem legitimidade ética; porque prescreva comportamentos imorais ou também porque não prescreve o que seria moralmente obrigatório prescrever. Ademais, a lei é considerada irracional se pretende perseguir fins ilegítimos. Para Atienza (1997), no estudo dos problemas da racionalidade ética, o papel principal deve ser cumprido pela Filosofia do Direito, da moral e da política, mas existem muitas outras disciplinas (por exemplo, a Sociologia) que cumprem um papel auxiliar, mas indispensável.

O nível de racionalidade ética (R5) desempenha uma função mais negativa do que construtiva. Diferentemente dos outros níveis de racionalidade, a racionalidade ética não produz nenhuma técnica legislativa específica: não há nenhum procedimento para alcançar a liberdade, a igualdade e a justiça através das leis, fora das técnicas produzidas pela racionalidade R1-R4. Atienza (1997) preceitua que o único “instrumento” que a ética tem à sua disposição é o discurso

moral, entretanto, trata-se justamente de um instrumento que se desnaturalizaria caso fosse utilizado para atingir fins que extrapolassem o próprio discurso.

Por fim, há o sexto nível de racionalidade legislativa, que é o da razoabilidade. Para Atienza, dentro deste contexto já apresentado, a racionalidade da argumentação jurídica, na interpretação e aplicação do Direito, exige um mínimo de racionalidade legislativa. Assim, pode-se compreender que a jurisdição e a legislação são dois momentos de um mesmo processo. A racionalidade jurídica, dessa forma, teria caráter unitário, e se aplica tanto à produção, quanto à aplicação do Direito. Especificamente sobre a legislação, sua preocupação é com a construção de uma teoria que tenha o propósito não só de descrever, mas também de explicar e propor procedimentos que incrementem a racionalidade da prática legislativa existente (caráter descriptivo e prescritivo ao mesmo tempo).

Em resumo, seriam inicialmente cinco os níveis de racionalidade legislativa apresentados a partir da Teoria da Legislação de Manuel Atienza. Nesse sentido, o processo de elaboração das leis é composto por interações entre os editores, os destinatários, o sistema jurídico, os fins e os valores, deve-se então, a partir desta interação ocorrer a observância dos cinco níveis de racionalidade, constituídos pela racionalidade linguística (R1); a racionalidade jurídico-formal (R2); a racionalidade pragmática (R3); a racionalidade teleológica (R4); a racionalidade ética (R5).

De acordo com o estudado até o presente momento, a argumentação legislativa poderia ser base para a realização de uma atividade voltada a dar resposta aos questionamentos que surgem ao passar por cada um dos níveis de racionalidade. Se assim ocorresse, o processo legislativo poderia ser norteado pelas seguintes perguntas: A lei em questão tem forma linguisticamente adequada? Análise referente ao R1; b) É sistemática? Passa-se ao R2; c) É eficaz? Avança-se ao R3; d) É efetiva? Analisa-se o R4; e) É axiologicamente adequada? Responde a racionalidade atribuída ao R5; é eficiente? (Alcança os objetivos anteriores a um custo satisfatório?).

Posteriormente, a fim de complementar e atualizar o estudo, a esses cinco níveis de racionalidade, o autor acrescentou um nível de meta-racionalidade – que poderia ser referido por “R6” (embora o

próprio autor não o tenha especificado em seu modelo), qual seja, a “razoabilidade”.

A razoabilidade estudada a partir e como um nível de racionalidade, pode ser entendida como a exigência de que exista um equilíbrio na concretização das racionalidades analisadas anteriormente, de maneira que o eventual sacrifício a algum dos fins deveria ser feito a um “custo razoável” (ATIENZA, 2013). Embora guarde alguma aproximação, deve-se registrar que a razoabilidade legislativa referida pelo autor não se confunde com a noção de eficiência. Na verdade, assemelha-se mais a uma ideia de proporcionalidade (NASCIMENTO, 2019).

A partir desse contexto, o pensamento de Manuel Atienza sobre a legislação foi completado no artigo *Argumentación y legislación*, de 2004. A inovação trazida e apresentada no referido estudo, concebe a racionalidade legislativa como uma estrutura articulada em cinco níveis de racionalidade, que servem tanto como ideais normativos, quanto como critérios para a avaliação do produto da atividade legislativa (NASCIMENTO, 2019).

Com o desenvolvimento deste estudo mais recente, Atienza (2004) acrescenta o nível de meta-racionalidade, a “razoabilidade”, apontado como condutor a permear todos os demais níveis de racionalidade e também, etapas do processo legislativo. No que diz respeito ao sexto nível de racionalidade, atualizando a teoria de Atienza, a razoabilidade como tal enfatiza a eficiência como uma dimensão transversal, funcionando como uma qualidade exigida de cada uma das racionalidades, para prevenir que a priorização de certos aspectos em detrimento de outros não chegasse a afetar a relação adequada de custo-benefício (ATIENZA, 2004).

Importa salientar, para fins de complementação do estudo e atingimento do objetivo proposto, que Manuel Atienza ensaiá diferencia “racionalidade” e “razoabilidade”, explicando que ambas têm “conteúdo variável”, no entanto sobre tais digressões destes conceitos, nada mais concreto ou específico é encontrado nos seus escritos sobre a teoria da legislação e da racionalidade legislativa.

Nesse sentido, o que se pode afirmar sobre a racionalidade legislativa analisada como um todo, é que, o autor entende que uma decisão jurídica é “racional” se (e somente se): 1) respeita as regras da

lógica dedutiva; 2) respeita os princípios da racionalidade prática; 3) é adotada sem eludir a utilização de alguma fonte do direito de caráter vinculante; e 4) não é tomada sobre a base de critérios éticos, políticos, etc., não previstos especificamente (embora possam estar genericamente) no ordenamento jurídico (ATIENZA, 2004).

Ademais, quanto ao nível de razoabilidade, Atienza entende que uma decisão jurídica é “razoável” (e somente se): 1) é tomada em situações em que não seria aceitável (ou não se podia) adotar uma decisão estritamente racional; 2) alcança um equilíbrio entre exigências contrapostas, mas que necessariamente tinham que ser consideradas na decisão; e 3) é aceitável pela comunidade (ATIENZA, 2004).

Dentro desse contexto, Roberta Simões Nascimento (2019), apresenta importante contribuição sobre a temática expondo que seria preciso fazer uma releitura desses conceitos no âmbito legislativo. Para Nascimento, a racionalidade na atividade legislativa não é a da filosofia tradicional, de uma racionalidade lógico-matemática, formal, dedutiva. No âmbito legislativo, a racionalidade provém sobretudo da “lógica prática”, pragmática, estratégica, argumentativa, o que muitas vezes faz com que se confundam as noções de racionalidade e razoabilidade. Dessa forma, pode ser mais difícil diferenciar o razoável e o racional, embora tenha que ficar para outro momento a explicação sobre tais palavras. [...] a elaboração da lei é uma atividade essencialmente cooperativa e, como se sabe, existe uma racionalidade específica nos empreendimentos coletivos. Sendo assim, como as ações independentes dificilmente levam ao resultado que se deseja alcançar, são necessárias adaptações de cada um dos participantes para a aproximação à obra global. Essa dinâmica se traduz nas emendas parlamentares e nos acordos políticos.

Nesta toada, pode-se dizer necessária a continuidade dos estudos, de modo a melhor definir e aplicar tais conceitos, vindo à tona eventual publicação dos escritos do autor nesse sentido, poderá e será trabalhada de forma minuciosa em uma pesquisa distinta a ser realizada. Para fins de compreensão desta e também buscando arredondar o texto para finalizar o presente estudo, no que diz respeito a apresentação dos níveis de racionalidade, percebe-se também que o autor se propõe a refletir sobre parâmetros de como analisar e avaliar uma argumentação legislativa e como argumentar no contexto da elaboração legislativa.

Atienza, a partir da apresentação da referida construção, expõe ideias sofisticadas, o que representa até então uma das teorias mais completas sobre a racionalidade da atividade legislativa e talvez a única teoria dedicada ao estudo da legislação a partir do enfoque argumentativo. Nessa compostura, sua teoria poderia ser inserida no âmbito da argumentação material, uma vez que, para que uma lei seja considerada justificada do ponto de vista argumentativo, teria que apresentar fundamentos para cada uma das racionalidades por ele indicadas (NASCIMENTO, 2019).

Com isso, a importância dos aportes teóricos de Manuel Atienza está no fato de ter alçado a argumentação legislativa a um tema de interesse jurídico e, normativamente, ter estabelecido os níveis de racionalidade como critérios de correção, ou seja, ideais normativos a serem seguidos, além de servir para avaliar a qualidade do produto legislativo. Nesse sentido, consoante Roberta Simões Nascimento (2019).

Deve-se reconhecer que a teoria de Atienza é muito mais analítica do que normativa, na medida em que não se detém em refletir sobre o que deve ser feito concretamente para alcançar uma legislação melhor, mais racional. É dizer, uma das deficiências de sua teoria consiste precisamente nesse caráter demasiado abstrato, não sendo possível extrair diretrizes mais práticas de como incrementar os níveis de racionalidade nas elaborações legislativas em concreto. É dizer, não traz o que deve ser feito para melhorar a racionalidade legislativa (NASCIMENTO, 2019).

A autora refere também que um grande valor da contribuição está no fato de que Atienza desenvolveu uma teoria que permite um controle ético da legislação (o nível R5, de racionalidade ética), em um momento em que essa discussão era incipiente. Depois, em segundo momento, tratou de reforçar o nível da racionalidade ética, com o artigo *Argumentación y legislación*, de 2004, quando integrou os níveis de racionalidade propostos com sua teoria da argumentação jurídica, consolidando uma teoria da argumentação legislativa, também concebida nos planos formal, material e pragmático, incluindo parâmetros para analisar e avaliar a argumentação no âmbito do Legislativo (NASCIMENTO, 2019).

Em síntese, como foi possível perceber, a teoria de Manuel Atienza oferece uma das balizas mais importantes para responder a seguinte pergunta: Como deveriam argumentar os legisladores? De fato, em um Estado Constitucional, a prática de dar razões deve ser incluída nas atividades legislativas, não detendo-se ante as portas do parlamento.

Sobretudo, a construção de um Estado Constitucional pressupõe a motivação das decisões não somente no âmbito das decisões judiciais, como ocorre usualmente, mas também, no âmbito da elaboração legislativa, para tanto, necessário o fomento à cultura de legisladores argumentadores. Diante desta análise, em termos gerais é possível apontar ainda, que o aporte de Manuel Atienza à racionalidade legislativa é um dos mais importantes de que se tem conhecimento.

Considerações finais

Após o breve estudo desenvolvido, pode-se afirmar que é de suma importância compreender o processo legislativo no Brasil, como deve ocorrer a criação e edição de uma norma, incluindo também as formas que uma lei deve ser editada, bem como entender a dogmática jurídica presente na sua execução.

A aplicação de uma Teoria da Legislação da maneira pensada por Manuel Atienza expõe a ideia de que a legislação é composta por cinco elementos bases. Sendo eles: editores, destinatários, sistema jurídico, fins e valores. A lei, então, deve obedecer a uma racionalidade mínima. Além disso, o autor propunha, inicialmente, cinco níveis de racionalidade para os textos legislativos, os quais podem atuar também como “modelos” ideais normativos, além de servir para avaliar a qualidade final do produto legislativo.

Conforme o exposto, inicialmente os níveis a serem considerados compõem-se em linguístico, jurídico-formal, pragmático, teleológico e ético. Posteriormente, Atienza inclui um sexto nível: o da razoabilidade.

Dentro deste contexto, o objetivo do presente trabalho foi o de apresentar os desenvolvimentos teóricos de Manuel Atienza na elaboração de uma teoria da argumentação legislativa, descrever a ciência do direito e a ciência da legislação, elencando na sequência, os níveis de racionalidade.

Para tanto, analisou-se brevemente o conceito e as diferenças entre a ciência do direito, ciência da legislação, e, posteriormente a teoria da legislação apresentada por Atienza. Após, percorreu-se então, seus elementos bases constituintes da referida teoria, bem como os cinco níveis de racionalidade propostos, chegando à discussão final com foco na apresentação e no conhecimento do sexto nível de racionalidade, como ponto central da pesquisa.

Tratar sobre a razoabilidade, considerada como sexto nível de racionalidade, ainda que de forma breve, levando em consideração que poucos escritos são encontrados sobre o tema, possui a finalidade de atualizar a teoria da legislação, reconstruir e sistematizar suas ideias sobre o tema. Desse modo, com o desenvolvimento deste estudo mais recente, Atienza (2004) acrescenta o nível de meta-racionalidade, a razoabilidade, apontado como condutor a permear todos os demais níveis de racionalidade e também, etapas do processo legislativo.

Assim, para o autor estudado, a razoabilidade inserida dentro do contexto da teoria da legislação, pode ser entendida como a exigência de que exista um equilíbrio na concretização das demais rationalidades já apresentadas, de maneira que o eventual sacrifício a algum dos fins deveria ser feito a um “custo razoável”. Dessa forma, a razoabilidade como tal enfatiza a eficiência como uma dimensão transversal, funcionando como uma qualidade exigida de cada uma das rationalidades, para prevenir que a priorização de certos aspectos em detrimento de outros não chegassem a afetar a relação adequada de custo-benefício.

Importa salientar, que a exposição e o conhecimento do sexto nível de racionalidade foi o ponto central da pesquisa, tendo em vista que a atualização da teoria constitui um elemento essencial para a análise e avaliação das decisões legislativas e das argumentações respectivas, o que consequentemente tende a resultar na construção de leis mais racionais.

Por fim, explicitados cada um dos níveis de racionalidade propostos pelo modelo desenvolvido por Atienza (1997), é possível analisar e afirmar se determinado projeto de lei, ou uma determinada lei aprovada e sancionada, cumpre com os requisitos de racionalidade, ao mesmo passo que se pode identificar as prováveis irracionais nela contida.

Assim sendo, uma lei será racional quando transmitir uma mensagem fluída e objetiva, destacando seus fins, com sanções

passíveis de serem cumpridas pelos seus destinatários, integrando-se harmoniosamente ao ordenamento jurídico, sendo fundamentada ética e razoavelmente observando a Constituição da República. A aplicação de uma adequada Teoria da Legislação pode representar grande contribuição para o desempenho dos legisladores na elaboração das leis, perfazendo a finalidade de tutelar os direitos fundamentais positivados e produzir efeitos no âmbito das demandas sociais.

Referências

ATIENZA, Manuel. **Para una teoría de la argumentación jurídica.** Doxa, n. 08, 1990,

ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación.** Madrid: Civitas, 1997.

ATIENZA, Manuel. Argumentación y legislación. In: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (Dir.). **La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho.** Madrid: Civitas, 2004, pp. 89-112.

ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación.** Barcelona: Ariel, 2006.

ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica.** Madrid: Trotta, 2013.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la legislación y derecho como integridad.** Curitiba: Juruá, 2012.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco da Costa. **Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica.** 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014.

KURY, P. A Racionalidade Legislativa na Lei 7.492/86: Uma análise crítica no âmbito dos efeitos e das garantias dos Direitos Humanos. **Amazon's Research and Environmental Law**, v. 3, n. 1, 28 jan. 2015. Disponível em: <http://www.faar.edu.br/portal/revistas/ojs/index.php/arel-faar/article/view/149>. Acesso em: 11 jun 2023.

NASCIMENTO, Roberta Simões. **Teoria da legislação e argumentação legislativa na Espanha e no Brasil:** análise dos cenários das leis sobre a violência contra a mulher. 2018. 699 f., il.

Tese (Doutorado em Direito) - Universidad de Alicante, Universidade de Brasília, Alicante – Brasília, 2018.

NASCIMENTO, Roberta Simões. Teoria da legislação e argumentação legislativa: a contribuição de Manuel Atienza à racionalidade legislativa. **Teoria Jurídica Contemporânea**, v. 2, p. 157-193.

RELATIVISMO CULTURAL Y ÉTICA

Facundo Guadagno Balmaceda
Santiago Álvarez

Introducción

La antropología ha enfatizado durante mucho tiempo la importancia de comprender las sociedades indígenas en sus propios términos, reconociendo sus marcos culturales y valores únicos. Esta perspectiva fue defendida notablemente por Franz Boas en su obra seminal de 1941, que sentó las bases para una comprensión más matizada del relativismo cultural. Las ideas de Boas dieron origen a un movimiento importante dentro de la disciplina, el cual fue reforzado posteriormente por Melville Herskovits en 1948; ambos subrayaron que las culturas indígenas deben ser apreciadas por su singularidad y no medidas en función de normas occidentales.

En contraste con esta postura, la perspectiva rousseauiana, articulada por Claude Lévi-Strauss en 1964, plantea que el conocimiento práctico —como las habilidades relacionadas con la supervivencia y la vida en comunidad— tiene un tipo de significado diferente. Los argumentos de Lévi-Strauss sugieren una dicotomía entre la visión idealizada de los ‘buenos salvajes’ y las complejas realidades de la vida indígena.

Complicando aún más la discusión, Pierre Clastres, en su análisis de 1994, afirmó que muchas sociedades indígenas existen en un estado de abundancia, una noción que resuena con las ideas del antropólogo Marshall Sahlins en 2013. Sin embargo, esta perspectiva ha sido criticada por ser excesivamente simplista y pasar por alto las duras realidades que enfrentan estas comunidades. A menudo ignora las graves violaciones de derechos humanos que soportan muchos grupos indígenas, el devastador impacto de las enfermedades traídas por los encuentros coloniales, y la baja esperanza de vida constante que afecta a sus poblaciones.

Este artículo busca profundizar en las maneras en que la antropología frecuentemente retrata al ‘otro’ como exótico y cautivador, mientras al mismo tiempo ignora el sufrimiento y los desafíos reales que enfrentan estas sociedades. Examina críticamente cómo tales representaciones pueden caer en la ingenuidad, oscureciendo las complejas capas de las experiencias indígenas y las realidades sociopolíticas que moldean sus vidas. A través de esta exploración, se propone abogar por una comprensión más equilibrada e informada de las culturas indígenas que honre tanto su riqueza como sus luchas.

La discusión no es novedosa y tiene su existencia hace muchos años: no obstante, parece que las conclusiones son erráticas. Donnelly (1984) equilibra correctamente derechos humanos universales, pero no ejerce críticas sobre las imposiciones académicas. Spiro (1992) es mucho más detallista, pero su crítica cae, en mayor medida, sobre el relativismo epistemológico, lo cual no deja de ser valioso, pero se descuida la ética por otros fines analíticos, mientras que Brown (2008), lejos de actualizar el debate, solo señala su utilidad conceptual.

Sin embargo, otros artículos señalan aspectos que abordaré en detalle a continuación. Uno es el escrito por Wrong (1997) donde se señala al relativismo cultural como una ideología, lo que bajo mi propio prisma representa imponer un marco teórico determinado sobre la riqueza cultural de nuestros otros y, en caso de que las mismas sean nocivas en términos éticos, afianzarnos a nuestro marco simplemente por causas políticas. Otro texto que defiende la integridad individual sobre las creencias culturales es el de Zechenter (1997), donde bajo sus lineamientos resulta explícito que resulta inaceptable poder validar como legítimas culturas donde la vida humana sea puesta en riesgo, más allá del exotismo que pueda generarnos tal o cual rito.

Marco teórico por sobre vida indígena:

El interés antropológico en las culturas indígenas ha pasado por alto con frecuencia la pregunta crítica de si estas llamadas organizaciones efectivas existían realmente de la manera en que tradicionalmente se ha retratado. Un caso destacado es el de la tribu Nuer, estudiada extensamente por el antropólogo británico E.E. Evans-Pritchard (1940) a principios del siglo XX. Evans-Pritchard estaba particularmente cautivado por la organización política de los Nuer, que operaba sin ninguna autoridad centralizada formal. A diferencia de muchas

sociedades que dependen de jefes permanentes u órganos de gobierno, los Nuer mantenían su cohesión social y funcionalidad a través de un complejo sistema de lazos de parentesco, toma de decisiones comunitaria y roles de liderazgo informales. A pesar de la ausencia de una estructura estatal formal, lograban navegar exitosamente en sus paisajes sociales y políticos.

Sin embargo, es crucial contextualizar esta situación dentro del marco histórico del dominio colonial británico, el cual tuvo efectos duraderos en las estructuras políticas y sociales de la región. La literatura sobre el nuevo institucionalismo (Acemoglu y Robinson, 2010; Nunn, 2007) destaca el legado colonial como un factor importante que continúa moldeando la vida de comunidades indígenas como los Nuer en la actualidad. Los Nuer habitan en Sudán del Sur, una región que enfrenta numerosos desafíos, incluidos altos índices de pobreza, conflictos y enfermedades. De hecho, la esperanza de vida de las personas indígenas en esta área es alarmantemente baja, con un promedio de aproximadamente cuarenta y dos años. Estas dificultades se ven exacerbadas por conflictos actuales que tienen raíces en el pasado colonial, lo cual complica aún más el tejido social de la comunidad Nuer.

Ante estas complejidades, surge una pregunta pertinente para los antropólogos: ¿deberían limitarse a documentar los estilos de vida únicos de los Nuer y otros grupos indígenas, o deberían involucrarse en esfuerzos más proactivos y colaborativos con organizaciones internacionales? Dicha colaboración podría allanar el camino para iniciativas que honren el conocimiento indígena, mientras abordan los desafíos urgentes que enfrentan estas comunidades en el mundo contemporáneo.

No obstante, en otros casos se manifiestan escenas donde los autores pretenden imponer su marco teórico sobre la realidad médica, independientemente de la cultura. Este es el caso de la reconocida antropóloga Fuambai Ahmadu quien, supuestamente, al defender el derecho de las mujeres Kono a producirse una ablación del clítoris. Un cuidadoso examen de sus argumentos muestra a las claras su azarosa lectura de la situación. En su renombrado artículo de 2007 respecto a la ablación del clítoris, el argumento se centra (pp. 307-308) en que las mujeres pueden disfrutar del sexo de todas maneras aunque haya ablación del clítoris, y lo contrario es una visión occidental o patriarcal

sobre la cuestión. Esta afirmación solamente puede comprenderse dentro del grupo Kono, porque una literatura sistemática sobre la circuncisión femenina muestra lo contrario a las afirmaciones de Ahmadu y, más aún, el incremento de enfermedades para todos los casos donde hubo circuncisión femenina (Makhlof Obermeyer, pp. 449-450).

El concepto de exotismo continúa desempeñando un papel significativo en la exploración académica de las prácticas culturales, particularmente en el contexto del pueblo Azande, como lo estudió extensamente el antropólogo Edward Evans-Pritchard (1922). La sociedad Azande utilizaba una variedad de métodos tradicionales para dirimir disputas y descubrir la verdad, siendo las prácticas oraculares y ritualísticas el núcleo de su sistema judicial.

Uno de los métodos oraculares más notables empleados por los Azande fue el uso del oráculo del veneno benge. Esto implicaba administrar un veneno letal a un gallo mientras se planteaba una pregunta específica relacionada con una disputa legal o acusación. El resultado de este ritual dependía de la reacción del gallo: si el gallo sucumbía al veneno, se interpretaba como una respuesta negativa del oráculo, sugiriendo la culpabilidad del acusado; por el contrario, la supervivencia se consideraba como una señal favorable, indicando inocencia. Este método ganó particular prominencia en juicios relacionados con acusaciones de brujería, donde las apuestas eran altas y la necesidad de una respuesta definitiva era crítica. El ritual no solo reforzaba las normas sociales, sino que también subrayaba la creencia colectiva de la comunidad en los vínculos metafísicos entre los individuos y el reino espiritual.

Además del oráculo del veneno benge, los Azande se apoyaban en otras técnicas oraculares significativas, como el dakpa, o oráculo de termitas, y el iap, también conocido como el oráculo de la tabla frotante. Cada uno de estos métodos poseía ritos e interpretaciones distintivas que eran fundamentales para su funcionamiento. Por ejemplo, el oráculo dakpa involucraba observar el comportamiento de las termitas en respuesta a preguntas, mientras que el oráculo iap presentaba una tabla de madera que emitía sonidos basados en los movimientos de los participantes. Estas prácticas ilustran la profunda creencia de los Azande en la existencia de la brujería y la influencia maligna de las fuerzas espirituales en su vida cotidiana.

Mientras que uno podría encontrar fascinación en estas prácticas judiciales exóticas, una perspectiva ética universal nos invita a cuestionar su justicia y humanidad. Simplemente etiquetar tales métodos como “su forma de vida” arriesga aceptar el relativismo cultural sin fomentar un diálogo intercultural genuino. Es crucial reconocer que, si bien podemos aprender valiosas lecciones de la única cosmovisión de los Azande, también hay una oportunidad para que ellos se involucren y aprendan de nuestras diversas prácticas culturales y estándares éticos. Este intercambio presenta un camino hacia el entendimiento y la colaboración mutua entre culturas, enriqueciendo a ambas partes en el proceso.

Claude Lévi-Strauss en *El Pensamiento Salvaje* (1962) ignora cualquier materialidad de la vida indígena y llegar a conclusiones generales a partir de uno o pocos casos. La utilización de una única fuente para hacer una afirmación grandilocuente ocurre, por ejemplo en la página 17: aquí se afirma que casi todos los hombres (sic) enumeran, con la mayor facilidad, nombres y descripción de 450 plantas. En este caso, la referencia es de Fox (1953). No existe ni un sólo artículo científico que confirme o refute tal afirmación. Tampoco deja de sorprender que se sostenga, con cierta sorpresa, que un nativo puede diferenciar flora local que un foráneo no, algo ya advertido por Boas (1889) respecto a la percepción de los colores. Es, como poco, ingenuo sostener que habría una supuesta organización eficiente de la botánica en los pueblos primitivos sólo por el hecho de que un occidental no la conozca. Esto es lo que sostiene Lévi-Strauss en la página 19: una investigadora desconoce a la flora, mientras que los niños conocen “centenares” de especies. ¿Cómo pueden todos los niños de una tribu tener tal conocimiento? Si revisamos la fuente, se trata de una novela antropológica, *Return to laughter* (1954), así que se comprende la exageración, pero su validez científica es nula.

Probablemente uno de los errores más notables en este libro es la fiabilidad en las fuentes. O simplemente se confía en ellas ciegamente, o se pretende demostrar presupuestos con un sesgo de confirmación. Tal es el caso de la medicina primitiva. El autor sostiene que la medicina natural siberiana es eficiente, y para esto recurre a una única fuente - Zelenin (1952) -, con el olvido de que estas medicinas alternativas no guardan ninguna eficacia, más que efectos placebo. De cualquier manera, no podemos saber a qué eficiencia se refiere Lévi-Strauss, ya

que su enfoque idealista ignora tasas de mortalidad infantil, esperanza de vida, o siquiera el mecanismo de acción de esta medicina. Sin ánimos de redundancia, daré un último ejemplo de las inverosímiles fuentes que consulta el etnólogo: supuestamente, los indios blackfoot diagnosticaron la proximidad de la primavera según el estado de desarrollo del feto del bisonte (pp. 26). No existe un sólo paper o artículo remoto que recupere tal experiencia.

Conclusión

La reflexión sobre la inclusión de ciertos textos en la currícula educativa invita a la formulación de preguntas que trascienden la mera aceptación de su valor pedagógico. En este sentido, es fundamental considerar si estos textos deben ser objeto de un examen crítico, similar al que se aplica en otras disciplinas científicas. La evaluación de su contenido y la repercusión de sus ideas en la formación de valores y en la percepción ética de nuestros estudiantes se torna imperativa. Además, emerge una interrogante central acerca de la posible existencia de un doble estándar en nuestras valoraciones culturales: ¿por qué es común criticar las prácticas de otras culturas cuando estas atentan contra la integridad de la persona humana, mientras que permanecemos en silencio frente a las manifestaciones culturales presentes en nuestro propio contexto? Este cuestionamiento filosófico y sociocultural nos lleva a la necesidad de un análisis más profundo que contemple la coherencia entre nuestras afirmaciones sobre la dignidad humana y cómo estas se reflejan en la educación que brindamos. En consecuencia, es esencial desarrollar un enfoque crítico y reflexivo que permita no solo examinar los textos que promovemos, sino también entender su impacto en nuestra percepción de la ética y la justicia social dentro de la diversidad cultural.

En nuestras evaluaciones de la sociedad, a menudo nos encontramos reaccionando con fuerza cuando las personas son sometidas a un trato irrespetuoso. Esta conciencia nos lleva a solicitar a diversas entidades—organismos gubernamentales, empresas, organizaciones no gubernamentales (ONG) y otros actores sociales—que tomen medidas decisivas. Sin embargo, el reto de abordar estos problemas se complica por la existencia de diferentes marcos culturales, lo que puede crear una

sensación de imposibilidad para lograr entendimiento entre contextos diversos. Esta situación puede llevarnos al etnocentrismo, donde priorizamos nuestras propias perspectivas culturales por encima de las demás.

Sin embargo, es fundamental reconocer que esta percepción no es del todo precisa. Si las diferencias culturales hicieran imposible la colaboración, nos situaríamos como la única fuente de sabiduría y guía sobre prácticas culturales. En realidad, cada cultura posee valiosas perspectivas y lecciones que pueden contribuir a un entendimiento compartido. Por ejemplo, podemos encontrarnos evaluando críticamente ciertos rituales de iniciación dentro de nuestro propio entorno cultural, viéndolos como innecesarios o perjudiciales. Paradójicamente, podemos aceptar prácticas similares en otras culturas, viéndolas desde una perspectiva más favorable, incluso cuando imponen pruebas arbitrarias sobre los individuos—tomemos, por ejemplo, los rituales de iniciación del pueblo azande, que siguen siendo tema de un extenso estudio y discusión en nuestro campo.

El objetivo de este trabajo es promover una colaboración genuina entre culturas, enfatizando la importancia del aprendizaje y el intercambio mutuo. Busco resaltar la necesidad de involucrarnos en una auto-reflexión crítica sobre nuestras propias prácticas culturales, al mismo tiempo que mantenemos un compromiso firme con la defensa de los derechos de las personas, especialmente cuando estos derechos se ven comprometidos en diversos contextos culturales. Al fomentar un ambiente de diálogo respetuoso y entendimiento, podemos avanzar hacia una sociedad global más equitativa que valore los derechos y la dignidad de todas las personas, independientemente de su trasfondo cultural.

Bibliografía

ACEMOGLU, D., & ROBINSON, J. A. (2010). Why is Africa poor?. *Economic history of developing regions*, 25(1), 21-50.

AHMADU, F. (2007). Ain't I a woman too?. Challenging myths of sexual dysfunction in circumcised women," in *Transcultural Bodies: Female Genital Cutting in Global Context*, Y. HERNLUND and B. SHELL-DUNCAN, Eds, 278-310.

- BOAS, F. (1889). On alternating sounds. *American Anthropologist*, 2(1), 47-54.
- BOAS, F. (1941). Race, language and culture. *The Journal of Nervous and Mental Disease*, 94(4), 513-514.
- BROWN, M. F. (2008). Cultural Relativism 2.0. *Current Anthropology*, 49(3), 363-383.
- CLASTRES, P. (1994). *Archeology of violence* (p. 55). New York: Semiotext (e).
- DONNELLY, J. (1984). Cultural relativism and universal human rights. *Hum. Rts. Q.*, 6, 400.
- EVANS-PRITCHARD, E. E. (1929). Witchcraft (mangu) amongst the A-Zande. *Sudan Notes and Records*, 12(2), 163-249.
- EVANS-PRITCHARD, E. E. (1940). *The Nuer: A description of the modes of livelihood and political institutions of a Nilotic people*. Clarendon Press.
- HERSKOVITS, M. J. (1949). *Man and his works; the science of cultural anthropology*.
- LÉVI-STRAUSS, C., & ARAMBURO, F. G. (1964). *El pensamiento salvaje*. México: Fondo de cultura económica.
- MAKHLOUF OBERMEYER, C. (2005). The consequences of female circumcision for health and sexuality: an update on the evidence. *Culture, health & sexuality*, 7(5), 443-461.
- ONU. (2013). La participación de la diáspora puede contribuir a desarrollar el sector de la salud en el Sudán del Sur. ONU Migración.
- NUNN, N. (2007). Historical legacies: A model linking Africa's past to its current underdevelopment. *Journal of development economics*, 83(1), 157-175.
- SAHLINS, M. (2013). *Stone Age Economics*. Routledge.
- SPIRO, M. E. (1986). Cultural relativism and the future of anthropology. *Cultural Anthropology*, 1(3), 259-286.
- WRONG, D. H. (1997). Cultural relativism as ideology. *Critical Review*, 11(2), 291-300.

ZECHENTER, E. M. (1997). In the name of culture: Cultural relativism and the abuse of the individual. *Journal of Anthropological Research*, 53(3), 319-347.

Capítulo 30

SUCESSÃO DE BENS DIGITAIS NA REFORMA DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Camila Cabral¹

Janete Rosa Martins²

João Delciomar Gatelli³

Introdução

Com o avanço da digitalização, a vida moderna experimenta uma transição profunda na maneira como a identidade, a memória e o patrimônio são concebidos e preservados. O ambiente virtual se tornou não apenas um espaço de interação social, mas também um repositório de dados pessoais, bens culturais e econômicos, que passam a compor uma nova dimensão da personalidade humana. Esse cenário apresenta desafios inéditos para o Direito, especialmente no que concerne à sucessão de bens digitais e à proteção da privacidade após a morte.

-
- 1 Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação Strictu sensu da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo, linha de pesquisa: Políticas de cidadania e Resolução de conflitos. Pós-graduada (especialização) em Advocacia Trabalhista pela Universidade Anhanguera (2013). Pós-graduada (especialização) em Direito de Família e Sucessões pela Faculdade do Ministério Público – FMP (2020). Mediadora Judicial Cível pela Ajuris. Bacharela em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ, campus de Santa Rosa/RS (2012). E-mail: cabraladv40@gmail.com.
 - 2 Doutora em Ciências Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS - (2017), Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul UNISC - (2001), Especialização em Direito Público pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI - (2007) e graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul- UNIJUÍ - (1995). Professora da Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito e da graduação da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Pertence ao Grupo de Pesquisa do CNPq _ Conflito, Cidadania e Direitos Humanos.e-mail:janete@san.uri.br.
 - 3 Doutor em Direito Privado pela Universidad de Salamanca (2015) e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2002). Especialista em Direito pelo Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo (1999), graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1994).

O ordenamento jurídico brasileiro, fundado em princípios como a dignidade da pessoa humana e a proteção dos direitos da personalidade, precisa se adaptar à realidade digital para oferecer soluções adequadas às demandas contemporâneas. A inexistência de normas específicas sobre o patrimônio digital e sua transmissão sucessória resulta em lacunas interpretativas, impactando herdeiros, terceiros e a memória do falecido.

O presente artigo contempla, nesse contexto, a proposta de reforma do Código Civil, que inclui dispositivos sobre o patrimônio digital, representa uma tentativa significativa de alinhar a legislação às novas realidades sociais e tecnológicas. Este trabalho propõe analisar como essa reforma enfrenta questões cruciais, como a autodeterminação informativa, a proteção à privacidade e a delimitação dos bens digitais transmissíveis, destacando os avanços, os desafios e as possíveis implicações práticas dessa iniciativa.

A introdução do tema no campo do Direito Civil aponta para a necessidade de um diálogo interdisciplinar que conecte aspectos legais, éticos e sociais, permitindo a construção de uma regulação capaz de proteger direitos fundamentais e garantir segurança jurídica em um mundo cada vez mais digitalizado.

Mundo digital e a proteção de dados

Vivemos a era da informação ágil, distante apenas de um toque ou frase. A internet nos conecta com o mundo todo em fração de segundos. Casas automatizadas, inteligência artificial, documentos na nuvem. Basta pensar em algum produto ou experiência e você é bombardeado de publicidade e ofertas.

Não é mais novidade que nossos dados são o novo ouro. A partir disso, o mercado se desenvolve e vende mais. Ter nossas informações pessoais e preferências na rede, ao passo que facilitou nossa vida, também virou uma grande moeda de troca, ou seja, a mola propulsora no novo capitalismo.

O preço que pagamos é esse, vendemos nossa comodidade e como moeda de troca, damos nossos dados comportamentais, que viabilizam o lucro das grandes empresas. A história da Internet é descrita por José de Oliveira Ascensão (2011, p.13): “Nascida militar,

metamorfoseada em científica, massificada a seguir, a Internet foi celeremente transformada num veículo comercial.”

Neste contexto, a privacidade emerge como um componente essencial na interação em redes sociais, não apenas influenciando a atualização de outros conceitos jurídicos, mas também desempenhando um papel central na dinâmica das relações sociais online. Dessa forma, a abordagem contemporânea da privacidade tem sido delineada a partir de direitos e garantias fundamentais, como a dignidade, a liberdade, a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem, à inviolabilidade da casa e do sigilo das comunicações em geral.

Esses direitos refletem, principalmente, a prerrogativa de controlar o acesso às próprias informações, ou seja, aos próprios dados pessoais, conforme solicitado pela situação atual.

A dinâmica de circulação dos dados obedece a uma sequência específica: os detentores de dados realizam a coleta e processamento das informações, envolvendo etapas como armazenamento, combinação, manipulação, busca e utilização dos dados coletados; em seguida, transferem-nos para outras entidades (removendo os dados pessoais do controle do indivíduo); por fim, isso culmina em uma “invasão”, mais associada à dimensão espacial, especialmente relacionada à concepção tradicional de privacidade, como a privacidade do lar, da casa ou de um local físico específico, conforme delineado no artigo 5º, XI, da Constituição Federal de 1988 (Peixoto; Ehrhardt Júnior p. 53-54).

Assim, o indivíduo exige do Estado sua intervenção para atingir uma finalidade específica que é a proteção do tratamento de seus dados pessoais contra terceiros, incluindo particulares e o próprio Estado.

Tendo em vista, a relevância e urgência do tema, especificamente sobre a proteção de dados pessoais em território brasileiro, surge então a chamada Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), a qual foi instituída através do nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, e que teve como base o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (RGPD).

Considerando o progresso na legislação brasileira em relação à proteção de dados, a questão do consentimento emerge como um elemento crucial para avaliar se a Lei Geral de Proteção de Dados atua como um instrumento para conter o avanço do capitalismo de vigilância. A Lei Geral de Proteção de Dados prioriza o consentimento

do indivíduo, como evidenciado pelo frequente uso da palavra “consentimento” ao longo do texto legislativo.

O fundamento da Lei Geral de Proteção de Dados é a autodeterminação informativa, o qual reitera a necessidade da formulação do controle ideal pelo indivíduo em relação às suas informações pessoais. Esse controle ideal começa na proteção constitucional dos dados pessoais: o indivíduo deve poder determinar “quem sabe o que sobre ele, quando e em que circunstância” (Viana; Montenegro; Orlandino, 2020, p. 10).

Os papéis que antes abarrotavam espaços, foram substituídos em grande velocidade pelo armazenamento em nuvem. Nossas particularidades e privacidades são invadidas a qualquer momento por uma interação digital traduzida em “de acordo”, importando na elaboração de um contrato. Mas o grande questionamento que fica é para onde vai esse material após a morte do titular?

Dessa forma, sendo o ciberespaço um novo local de armazenamento de fotos, vídeos, documentos e senhas, e tendo os perfis de redes sociais se tornado fontes monetizáveis de renda, há uma nova perspectiva social contemporânea que carece cada vez mais de discussão no âmbito sucessório, a herança digital.

Herança digital: uma nova fronteira no direito sucessório

O direito de herança constitui-se em consectário ao direito à propriedade privada. A sucessão causa mortis possui fundamentos no instituto da propriedade e da família. Situações jurídicas de conteúdo patrimonial em regra são passíveis de transmissão hereditária, sendo a família a fornecer os critérios para a escolha dos sucessores legais (Tepedino; Meireles, 2021, p. 03).

Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 199) é um dos autores que alude ao direito de herança como “garantia institucional”, uma das espécies de garantias fundamentais, porque a maioria dos dispositivos integram o capítulo dos direitos individuais e coletivos se enquadra na categoria de direitos-garantia, ou seja, de garantias fundamentais, que além da sua função instrumental (assecuratória e protetiva), podem ser consideradas autêntico direito subjetivo.

Assim, a herança pode ser considerada como verdadeira garantia constitucional da propriedade, impondo ao Estado o dever de garantí-la e preservá-la, destacando-se, especialmente, o dever de respeito ao poder de disposição do autor da sucessão, sem desmerecer o direito dos sucessores legitimários de sucedê-lo em parcela do patrimônio (Delgado, 2023, p.05).

O direito de herança não tem como sujeito apenas o herdeiro, mas também o titular do patrimônio, garantindo-lhe o pleno exercício do poder de disposição da propriedade por ato causa mortis (Delgado, 2023, p. 7).

A herança corresponde ao conjunto de relações jurídicas (ativas e passivas) pertencentes ao falecido e transferida aos herdeiros pelo princípio de saisine, em caráter indivisível, até a conclusão do inventário (Rosa; Rodrigues, 2020, p.49).

Quando ocorre a morte, o corpo físico é sepultado ou cremado, recebendo suas últimas homenagens antes de desaparecer do mundo real. Contudo, o corpo virtual permanece ativo e vibrante, imune ao tempo e ao desgaste, continuando a se exibir por meio de cores, sons e dados, criando e recriando sua imagem e memória. Em um mundo cada vez mais conectado e vigiado, com grande parcela da vida em sociedade acontecendo no mundo digital, a sucessão também precisa ser pensada a partir da transmissibilidade de bens digitais.

O Direito das Sucessões historicamente atendeu às necessidades do meio social que cada época exigia. As adequações do sistema normativo devem acompanhar as transformações sociais, a fim de conferir mais estabilidade frente às demandas que surgem no judiciário.

Bens digitais, segundo Bruno Zampier (2021, p.63-64), “são aqueles bens incorpóreos, os quais são progressivamente inseridos na Internet por um usuário, constituindo em informações de caráter pessoal que trazem alguma utilidade àquele, tenha ou não conteúdo econômico”.

Os bens digitais possuem uma natureza dinâmica e evolutiva, o que apresenta desafios adicionais no contexto da sucessão. Ao contrário dos bens tangíveis, que tendem a manter sua forma e valor ao longo do tempo, os bens digitais estão sujeitos a atualizações, mudanças de plataforma e até mesmo obsolescência. Isso levanta questões sobre como

os sucessores podem herdar ativos digitais que podem ser facilmente perdidos ou tornados inacessíveis após o falecimento do titular.

A herança digital é um instituto jovem no ordenamento jurídico brasileiro e que ainda possui uma interpretação nublada, uma vez que as legislações não são específicas para a forma como ocorre (Fonseca; Freitas, 2022).

No Brasil, a primeira demanda que envolve questões digitais, ocorreu em 2013, quando uma mãe judicializou um pedido para que a rede social Facebook excluísse a conta de sua filha, falecida, após ter seu pedido administrativo negado.

Ainda que estejamos diante da ausência de normas específicas no que tange à herança digital, uma vez que nosso Código Civil foi elaborado pela perspectiva do mundo analógico e que a LGPD também não possui previsões nesse aspecto, o arcabouço jurídico vigente já incide como fator de regulação (tímida) das condutas firmadas na internet.

Nesse sentido, a despreocupação legislativa parece ignorar a lógica do chamado “capitalismo da vigilância” a que alude Zuboff (2015, p. 75).

Concomitantemente, enquanto os usuários interagem regularmente nas redes, eles contribuem involuntariamente, sem consentimento prévio, para a coleta e interpretação de grandes conjuntos de dados (big data), os quais são passíveis de comercialização - e, certamente, são comercializados. No entanto, eles não possuem controle antecipado sobre como seus dados serão utilizados para qualquer finalidade, assumindo, nesse sentido, um papel passivo como meros espectadores (Zuboff, 2015, p. 75).

Nesse passo, segundo a doutrina, os bens digitais (que compreendem os dados pessoais) podem ser subdivididos em patrimoniais, existenciais ou personalíssimos e, por fim, bens digitais híbridos. Bens digitais patrimoniais, entendem-se por todos aqueles que possuem algum valor econômico, ou seja, conforme afirma Lacerda, 2021, p.79, será patrimonial quando a informação inserida na rede poderá gerar repercussões econômicas imediatas, sendo dotada de economicidade. A exemplo disso temos as milhas aéreas, as criptomoedas, e acessórios de videogames.

Os bens digitais existenciais, são aqueles que possuem uma ligação direta com a realização da dignidade da pessoa humana.

Compreendem os e-mails, conversas de Whatsapp, ou seja, são aqueles dotados de natureza personalíssima e demandam tutela prioritária.

Por fim, podemos citar bens digitais de caráter híbrido, ou patrimonial-existencial, que são monetizáveis pelo nível de acesso. Pode-se dizer que possuem caráter dúplice, porque, a exemplo dos perfis em redes sociais, podem ser considerados existenciais, quando feito para realização pessoal, registros familiares, ou patrimoniais, quando isso passa ser monetizável, a exemplo de contas no Youtube, ou perfis no Instagram de influenciadores digitais, relacionado à exploração comercial de perfis de redes sociais, de figuras públicas.

Cada ser humano, a partir do momento em que se tornar usuário da Internet, terá a possibilidade de titularizar ativos digitais de natureza personalíssima. E esse movimento é altamente comum nos dias atuais, com a proliferação tantas vezes demonstrada neste estudo das redes sociais.

O sujeito irá realizar o upload de fotos, vídeos, externar suas emoções, seus pensamentos, suas ideias, sua intimidade, com um número ilimitado de pessoas. Este conjunto de atributos extrapatrimoniais digitalizados ao longo do tempo formaria a noção de bem tecnodigital existencial. (Zampier, 2021, p. 123).

Diante dessas classificações, é necessário discorrer acerca dos entendimentos quanto às modalidades aptas a incorporar o acervo hereditário. Segundo Honorato; Leal (2024, p. 184), há 03 correntes atuais. Quanto à primeira, majoritária no Direito Civil brasileiro, deve haver um fracionamento do patrimônio digital, aplicando-se a regra geral do direito sucessório quanto aos bens puramente patrimoniais e para os bens existenciais e híbridos, desde que haja o consentimento em vida pelo usuário. Quanto a estes últimos, é imprescindível que a transmissão não gere prejuízos à personalidade de terceiros ou até mesmo do falecido, quanto à aspectos da personalidade que estejam sob a tutela jurídica, mesmo após o falecimento.

Nesse mesmo sentido defendem Farias; Rosenvald (2020, p.46-47), de forma a sustentar que os bens digitais de conteúdo patrimonial devem transmitir-se aos sucessores, na forma no art. 1.784, do Código Civil. Outrossim, os bens personalíssimos devem extinguir-se com o falecimento. A segunda corrente, filia-se ao Tribunal Constitucional

Alemão, de forma que proclama a aplicação geral da transmissão sucessória a todo e qualquer bem digital, indiferente de sua categoria.

No que tange à terceira corrente, essa defende a total impossibilidade de transferência tanto de bens digitais patrimoniais como existenciais, sob o argumento de que se tratam de contratos personalíssimos e intransferíveis, não gerando titularidade, apenas direitos de uso. Nessa corrente filiam-se grande parte das plataformas digitais (Honorato; Leal, 2024, p. 185).

Pacífico nas correntes doutrinárias brasileiras a transmissão quanto aos bens patrimoniais, porém a celeuma se coloca em torno dos existenciais ou híbridos. Aqui há que se atentar para a análise funcional, conforme ensina Ana Carolina Brochado Teixeira e Carlos Nelson Konder (2012, p. 7-8), considerando-se sob qual finalidade ela serve melhor para o cumprimento dos objetivos constitucionais, ou seja, para que e para que serve.

Há ainda que se considerar a preservação da vida privada, quanto aos bens tidos como existenciais. Nesse sentido, entende Orlando Gomes, quando defende que:[...] preserva-se a intimidade da vida privada da indiscrição alheia. Está reconhecido, por outras palavras, como direito da personalidade, o direito ao recato, pelo qual se protege o indivíduo contra intrusões de outros na esfera personalíssima que lhe é reservada.

Conforme ensina Robert Alexy (Alexy, 2008, p. 95; 117), deverá ser realizada uma análise a partir da ponderação do direito subjetivo à herança dos herdeiros e do direito fundamental objetivado, qual seja, o direito de privacidade póstumo, estabelecendo seu sopesamento.

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. [...] O ‘conflito’ deve, ao contrário, ser resolvido ‘por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes’. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma

depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário o sopesamento nos termos da lei de colisão.

Outro aspecto importante a considerar é a privacidade e a segurança dos dados digitais do falecido. Com a crescente preocupação com a proteção dos dados pessoais e a proliferação de casos de violação de privacidade, os sucessores podem enfrentar dificuldades para acessar e gerenciar os bens digitais do falecido sem violar suas preferências de privacidade.

A proteção da vida privada, assegurada constitucionalmente como um direito fundamental e também regulamentada no âmbito infraconstitucional como um direito da personalidade pelo Código Civil, pode representar um verdadeiro obstáculo na transferência de bens digitais existenciais em casos de sucessão causa mortis.

A falta de legislação específica sobre herança digital cria incertezas adicionais sobre como lidar com esses ativos em caso de falecimento. Enquanto alguns países têm leis que regem a sucessão de bens digitais, muitos ainda, como o Brasil, estão trabalhando para desenvolver um quadro legal abrangente que leve em consideração as complexidades únicas desses ativos. Muitas questões ainda carecem de regulamentação diante dessa nova temática, que vão desde competência do juízo a como realizar a valoração dos bens digitais.

Somado com toda essa questão há ainda uma grande incoerência utilizada pelas mais variadas empresas tecnológicas, sobre o que acontece com uma conta, rede social, após a morte de uma pessoa. A fim de exemplificação, temos alguns procedimentos: para o Meta, há a possibilidade de transformar as contas de Instagram e Facebook em memoriais, ou seja, uma conta apenas de lembranças do usuário após seu falecimento, desde que seja encaminhada uma certidão de óbito a eles. Já o Google (YouTube, Gmail e Google Fotos) disponibiliza a opção de ajustar as configurações de “conta inativa” para determinar o destino das contas e dados após um período específico de inatividade. E o antigo Twitter não permite a preservação do perfil em memória do proprietário, sendo possível apenas desativar a conta em caso de falecimento ou incapacidade de uso por parte do titular. Porém nem todas as plataformas possuem essas disposições definidas, como é o caso do Tiktok.

Além disso, alguns provedores possuem ferramentas próprias para o planejamento sucessório digital, como o Facebook, e que podem apresentar políticas rígidas sobre o acesso a contas de usuários falecidos.

Nota-se que a rede social reserva para si “a última palavra” acerca do perfil do usuário falecido, reservando, impondo e restringindo escolhas de natureza existencial de seus usuários e, ainda, faz constar expressamente que, em casos raros, levará em consideração solicitações relativas a conteúdo ou informações adicionais da conta, por meio de ordem judicial, o que não garante o acesso ao conteúdo (Shishido, 2022, p. 9.).

No que tange às conversas privadas de WhatsApp, e-mail, há de se considerar a expectativa de privacidade contida no art. 5º, XII, da Constituição Federal, que trata como inviolável correspondência, comunicações telegráficas e de dados.

Há, por fim, que se considerar que, mesmo diante de inúmeros Projetos de Lei que já discutiram isso e permanecem aguardando um desfecho, a única certeza existente é que tal proposição legislativa deverá contemplar o Direito das Sucessões, a LGPD, o Marco Civil da Internet e ainda o Código de Processo Civil. Só assim será possível abranger todas as particularidades dos direitos e deveres desse ambiente digital constantemente vigiado.

Proteção à privacidade póstuma, sucessão de bens digitais e a proposta de reforma ao Código Civil

No computador estão as preferências, gostos, o status de relacionamento, o seu time de futebol, suas ideologias políticas. E está é uma das grandes modificações da pós-modernidade: a informação passa a se movimentar sem a necessidade de corpos físicos (Baumann; May, 2010, p.178).

Há uma virtualização do corpo humano e da sua identidade, por tanto os dados pessoais passam a ser “elemento constitutivo” da identidade, portanto, merecedora de proteção. Em outras palavras, os direitos de personalidade ser introjetados neste meio atingindo o “corpo eletrônico”, no sentido de adequá-los ao mundo virtual, com a dignidade da pessoa humana.

O direito da informática enfrenta a questão da disciplina jurídica do uso do computador, com a necessidade de tutelar aspectos de personalidade humana, como a privacidade, a imagem, a dignidade e a honra das pessoas. Todos esses campos interagem com o direito civil na solução dos problemas relacionados com o dano à pessoa, tendo como critério decisivo o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e o reconhecimento dos direitos fundamentais da pessoa e dos direitos da personalidade. (Amaral, 2009, p.126)

A manifestação de vontade deixada pelo usuário é um relevante instrumento de direcionamento no tratamento jurídico deixado na rede, diante da insegurança jurídica que a ausência de legislação proporciona.

A proteção da privacidade do falecido e de terceiros tem sido abordada em diversos estudos jurídicos. É crucial entender que tanto o falecido quanto aqueles que se comunicaram com ele poderiam ter sua privacidade comprometida caso os herdeiros obtenham acesso ao seu acervo digital, o que talvez não fosse desejado por eles.

Portanto, é de extrema importância estabelecer uma legislação e protocolos claros para o acesso a essas informações. Como é um assunto relativamente novo no âmbito do Direito brasileiro, muitas pessoas não estão familiarizadas com o destino desses ativos após o falecimento.

De acordo com Bruno Zampier (2021, p. 247), a necessidade de manter a confidencialidade das informações pode levar o indivíduo a desejar evitar a divulgação de detalhes íntimos, como questões de saúde, preferências sexuais e crenças, mesmo no ambiente digital.

Ao acessar a conta de e-mail ou de uma rede social de uma pessoa falecida, a revelação desses aspectos privados pode resultar em uma violação inevitável de sua esfera de privacidade, afetando também a privacidade de terceiros. Evitar a divulgação dessas informações pode prevenir situações de discriminação contra os parentes do falecido ou danos à reputação que a pessoa construiu em vida.

É incontestável que o direito à privacidade não se encerra com a morte. Muitas pessoas deixam um legado no mundo e a violação de sua privacidade pode ter consequências prejudiciais para os herdeiros. Por exemplo, ao acessar uma conversa no aplicativo WhatsApp, um filho ou cônjuge lê conversas privadas de seus pais ou marido falecido e isso poderá afetá-lo emocionalmente. Portanto, é essencial garantir o

direito à privacidade do falecido e de terceiros, permitindo o acesso dos herdeiros apenas ao conteúdo apropriado.

Há uma proposta de atualização e Reforma do atual Código Civil Brasileiro o qual inclui um capítulo inteiro (Capítulo V) denominado “Patrimônio Digital”, que traz regras acerca da regulamentação sobre a transmissão com o falecimento.

Art.- Considera-se patrimônio digital o conjunto de ativos intangíveis e imateriais, com conteúdo de valor econômico, pessoal ou cultural, pertencente a pessoa ou entidade, existentes em formato digital.

Parágrafo único. A previsão deste artigo inclui, mas não se limita a dados financeiros, senhas, contas de mídia social, ativos de criptomoedas, tokens não fungíveis ou similares, milhagens aéreas, contas de games ou jogos cibernéticos, conteúdos digitais como fotos, vídeos, textos, ou quaisquer outros ativos digitais, armazenados em ambiente virtual. (Senado Federal, 2024)

Uma importante abordagem no anteprojeto de reforma do Código Civil quanto aos direitos de personalidade, como a privacidade, intimidade, imagem, nome, honra e proteção de dados pessoais. Essa inclusão sugere a continuidade e aplicabilidade desses direitos mesmo após o falecimento, destacando sua pós-eficácia.

Entre as propostas, o anteprojeto permite que o autor da herança disponha, por meio de testamento, sobre a destinação de dados e informações armazenados em plataformas digitais, bem como o compartilhamento de senhas e códigos de acesso. É relevante notar que a proposta equipara a transmissão de senhas a uma manifestação testamentária ou contratual explícita, desde que devidamente comprovada, garantindo aos herdeiros acesso a contas pessoais de forma regulamentada.

Na ausência de instruções específicas do falecido, os sucessores ou representantes legais poderão optar por excluir, manter ou converter os perfis digitais do falecido em memoriais, com a exigência de transparência na gestão dessas contas, que será atribuída a um terceiro. Esse mecanismo assegura alternativas aos herdeiros, mesmo quando não houver orientações claras deixadas pelo titular.

Já existe no ordenamento jurídico brasileiro a previsão de disposições testamentárias de caráter não patrimonial, conforme o artigo

1.857, §2º, do Código Civil. Contudo, o texto atual não menciona especificamente os bens digitais, o que evidencia a defasagem normativa em relação à realidade contemporânea.

No que diz respeito à preservação da intimidade, a reforma propõe que as mensagens privadas armazenadas em meios digitais não sejam acessíveis aos herdeiros, salvo se houver manifestação expressa do titular nesse sentido. Mesmo quando permitido, o acesso deve ser limitado, sujeito a decisão judicial e condicionado à necessidade comprovada, garantindo a proteção à privacidade de terceiros envolvidos. Esse ponto combate a ideia de que os bens digitais seriam automaticamente intransmissíveis, ao mesmo tempo em que resguarda os direitos fundamentais.

A proposta estabelece a transferência de bens com conteúdo econômico e daqueles existenciais cuja transferência tenha sido expressamente autorizada pelo titular, respeitando os interesses de terceiros. Por outro lado, bens digitais existenciais não serão transmitidos sem a autorização explícita do titular, reforçando o respeito à privacidade e à intimidade de todos os envolvidos.

O principal objetivo da reforma parece ser a promoção da autodeterminação informativa, conferindo ao titular o controle sobre a destinação de seus dados, sejam eles patrimoniais, existenciais ou híbridos. Essa perspectiva é essencial para alinhar o ordenamento jurídico às demandas de uma sociedade digital.

Entretanto, o tema ainda apresenta desafios significativos. A ausência de normativas específicas por muitos anos permitiu lacunas interpretativas, dificultando a harmonização entre direitos individuais e sucessórios. A regulação sugerida pelo anteprojeto é fundamental, especialmente ao impedir a transmissão irrestrita de bens digitais existenciais, protegendo a privacidade do titular e de terceiros.

A justificativa para essas mudanças reside na transformação da sociedade. Enquanto as gerações anteriores não acumulavam bens digitais significativos, a atual geração “nativa digital” possui um patrimônio virtual extenso e diversificado.

O relatório final da Comissão de Juristas responsável pela atualização do Código Civil propõe ainda a criação de um Livro VI intitulado “Normas Aplicáveis ao Direito Civil Digital”. Este livro deve dialogar com os demais volumes do Código, especialmente com

o Direito das Sucessões, delineando quais bens digitais integram o patrimônio hereditário.

Com o avanço da tecnologia, o que antes era exclusivamente material tornou-se digital e, em alguns casos, pode retornar à forma material no momento da sucessão. Essa dinâmica exige uma definição clara sobre quais bens digitais têm repercussão econômica imediata para os herdeiros. Como apontam Konder e Teixeira (2022), essa reforma pode promover avanços significativos, corrigindo a defasagem entre o ordenamento jurídico e a realidade digital.

Ainda assim, é preciso refletir sobre possíveis entraves futuros. A classificação de bens digitais pode não contemplar integralmente as evoluções tecnológicas, exigindo ajustes contínuos. Além disso, a proteção da privacidade e a harmonização com outros direitos fundamentais devem ser continuamente analisadas para evitar conflitos jurídicos. A reforma é um passo importante, mas está longe de ser a solução definitiva para a complexa relação entre herança e o mundo digital.

Considerações finais

A era digital trouxe desafios inéditos para o Direito, especialmente no campo da sucessão, onde o patrimônio digital emerge como uma nova categoria de bens a ser regulamentada. A proposta de reforma do Código Civil, ao incorporar o conceito de “Patrimônio Digital”, representa um avanço significativo na busca por segurança jurídica e respeito à dignidade da pessoa humana, mesmo após a morte. A regulamentação dos bens digitais, sejam eles de natureza patrimonial, existencial ou híbrida, alinha-se às demandas de uma sociedade que cada vez mais interage, trabalha e se expressa em ambientes virtuais.

O reconhecimento da autodeterminação informativa como elemento central dessa reforma é um marco, pois confere ao indivíduo maior controle sobre a destinação de seus dados e bens digitais, respeitando tanto os direitos de personalidade quanto os direitos sucessórios. Entretanto, a implementação dessa normativa exige atenção contínua, especialmente em relação à proteção da privacidade, à harmonia entre direitos fundamentais e à necessidade de adaptações futuras, dado o caráter dinâmico da tecnologia e das interações digitais.

Ao considerar as especificidades dos bens digitais e sua íntima conexão com a identidade e a memória das pessoas, o anteprojeto demonstra sensibilidade ao equilíbrio entre a transmissão patrimonial e a proteção da privacidade do titular e de terceiros. Essa abordagem não apenas promove avanços no Direito Civil Digital, mas também reforça a necessidade de um diálogo constante entre legislações, doutrinas e práticas jurídicas para enfrentar as complexidades da sociedade contemporânea.

O fechamento dessa discussão aponta para a relevância de uma regulamentação que não se limite ao momento atual, mas que se mantenha aberta às inovações tecnológicas e às mudanças sociais. O Código Civil reformado, ao abraçar o conceito de patrimônio digital, sinaliza um passo importante rumo a um ordenamento jurídico mais inclusivo, que reconheça e proteja as diversas facetas da existência humana em um mundo cada vez mais digitalizado. Assim, o presente trabalho contribui para o debate sobre a sucessão de bens digitais, ressaltando a necessidade de uma legislação que esteja à altura dos desafios e das oportunidades da era digital.

Referências

AMARAL, Francisco. **O dano à pessoa no direito civil brasileiro.** In: CAMPOS, Diogo Leite de. Pessoa humana e direito. Coimbra: Almedina, 2009.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Estudos sobre direito da internet e da sociedade da informação.** Coimbra: Almedina, 2001.

BAUMAN, Zygmunt; MAY, Tim. **Aprendendo a pensar com a sociologia.** Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

CAVALCANTI, Izaura Fabíola Lins de Barros Lôbo. **Testamento, uma forma de proteção.** Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2022. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1802/Testamento%2C+uma+forma+de+prote%C3%A7%C3%A3o> Acesso em: 30/04/2024

COLOMBO, Cristiano; GOULART, Guilherme Damásio. **Direito póstumo à portabilidade de dados pessoais no ciberespaço à luz do**

direito brasileiro. IN: POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; ANJOS, Lucas Costa dos; BRANDÃO, Luíza Couto Chaves (Org). Políticas, internet e sociedade. Belo Horizonte: Iris, 2019.

DELGADO, Mário Luiz. **Direito Fundamental de Herança:** sob a ótica do titular do patrimônio. São Paulo: Foco, 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil:** sucessões. 6^a ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

HONORATO, Gabriel; LEAL, Lívia Teixeira. **Herança Digital:** o que se transmite aos herdeiros? In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luiza Maia (coord). *Direito das Sucessões: problemáticas e tendências*. Coord: São Paulo: Foco, 2024.

LUCENA CAMPOS PEIXOTO, E.; EHRHARDT JÚNIOR, M. Breves notas sobre a ressignificação da privacidade. **Revista Brasileira de Direito Civil**, [S. l.], v. 16, p. 35, 2018. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/230>. Acesso em: 30 abr. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SENADO FEDERAL. **Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil.** Disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf

SHISHIDO, Gustavo Honda. **Herança Digital:** análise dos efeitos sucessórios, na sucessão legítima, sobre o perfil de usuário falecido na rede social Facebook. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Curso de Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo/SP, 2022.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. **Situações jurídicas dúplices:** controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **Fundamentos do Direito Civil:** direito das sucessões. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

VIANA, Eduardo; MONTENEGRO, Lucas; ORLANDINO, Gleizer. **A esfera protegida dos dados pessoais e as intervenções informacionais do Estado.** A dogmática constitucional aplicada ao tratamento de dados na Segurança Pública e no Processo Penal. Relatório de Consulta. 2020.

Capítulo 31

VOCES SILENCIADAS: EL ABUSO SEXUAL INFANTIL COMO VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES EN MISIONES

Aldana Belén Correa¹

María Pilar Ojeda²

Florencia Vely³

Introducción

La ponencia analiza el abuso sexual infantil en la provincia de Misiones, Argentina, como una violación crítica de los derechos humanos. Esta es una problemática muy fuerte actualmente y que continuamente incrementa, afectando a niños, niñas y adolescentes (NNyA) en la región. Esta situación demuestra la necesidad de implementar más mecanismos efectivos de protección estatal y pone en evidencia una crisis en la defensa de los derechos fundamentales de la infancia.

El objetivo de esta producción es estudiar el abuso sexual infantil en Misiones, evaluando su impacto como una violación sistemática de los derechos humanos de los NNyA y ofreciendo un panorama detallado sobre la prevalencia, las causas y las consecuencias de esta problemática. Algunos de los objetivos específicos son conocer la magnitud de los casos de abuso sexual en Misiones, identificar los efectos psicológicos y sociales en las víctimas y sus entornos; analizar los derechos de la infancia vulnerados, contextualizándolos dentro de marcos legales nacionales e internacionales, como la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹ Estudiante de Derecho Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas - Universidad de la Cuenca del Plata email: belencorrea896@gmail.com

² Estudiante de Derecho Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas - Universidad de la Cuenca del Plata email: pilar.ojeda2004@gmail.com

³ Abogada, Magíster en antropología social, profesora de derechos humanos de la Universidad de la Cuenca del Plata- sede Posadas.

El marco teórico está constituido por conceptos clave, tales como la definición de abuso sexual infantil, derechos humanos, derechos de los NNyA, y el enfoque de derechos como marco de protección. Se incluyen referencias a la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros tratados internacionales que establecen obligaciones específicas para la protección de la infancia.

Los resultados indican una prevalencia preocupante de casos en Misiones y subrayan la urgencia de fortalecer políticas públicas de protección infantil. Si bien algunas estrategias han contribuido a reducir ciertos casos, las cifras de abuso sexual en la provincia siguen siendo elevadas. Se destaca la necesidad de campañas de sensibilización y de una capacitación continua para los profesionales que trabajan con menores en contextos de vulnerabilidad.

Objetivos

1. Analizar el abuso sexual infantil en Misiones como una violación sistemática de los derechos humanos de NNyA.
2. Conocer los derechos vulnerados por el Abuso Sexual Infantil y los tratados internacionales, leyes nacionales y provinciales que tienen por finalidad la protección de esos derechos.
3. Estudiar las consecuencias psicológicas y sociales que genera el abuso sexual infantil y algunos factores por los que se produce el abuso sexual infantil en Misiones.

¿Qué es abuso sexual en niños niñas y adolescentes?

El abuso sexual infantil (ASI) es una forma grave de violación de los derechos humanos con secuelas físicas y psicológicas a largo plazo. “Se considera abuso sexual contra niños/as y adolescentes cualquier actividad sexual que lo/a involucre que no llega a comprender totalmente y frente a la cual no está en condiciones de brindar consentimiento” (Intebi, 2008, citado en Ministerio de Salud de la Nación, 2022, p. 3). Este tipo de violencia suele ser difícil de identificar debido a la ausencia de signos físicos evidentes y de testigos, por lo que la palabra de la

víctima es, muchas veces, la única prueba. “El abuso sexual en muchos casos es producido por un familiar o persona de confianza del niño o niña.” (UNICEF, 2017, p. 6)

Derechos vulnerados

Los derechos humanos son aquellos derechos (civiles y políticos, económicos, sociales y culturales) inherentes a la persona humana, así como aquellas condiciones y situaciones indispensables, reconocidas por el Estado a todos sus habitantes sin ningún tipo de discriminación, para lograr un proyecto de vida digna.

Como antes mencionamos, el abuso sexual infantil es una de las peores formas de violencia, que produce lesiones irreversibles y que viola varios derechos de la persona humana. Las víctimas sufren daños en su derecho a la integridad, la intimidad, la privacidad y, principalmente, se vulnera el derecho a no ser expuesto a ningún tipo de violencia, abuso, explotación o malos tratos, entre muchos otros. Todos estos derechos se encuentran contemplados en la **Convención sobre los Derechos del Niño**, que es un tratado del cual el Estado Argentino forma parte desde 1990, con jerarquía constitucional desde la reforma de 1994. Desde entonces, y conforme al artículo 2 de la Convención, el país está obligado a respetar los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes, sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, origen étnico o social o cualquier otra condición del niño/a, de sus padres o de sus representantes legales. También, debe tomar todas las medidas para que eso suceda, como por ejemplo la sanción y aplicación de leyes nacionales y provinciales. En Argentina, algunos códigos de fondo sancionan este delito. El Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 647 prohíbe específicamente cualquier tipo de malos tratos o hechos que lesionen o menoscaben física o psíquicamente a los NNyA por parte de quien tenga a su cargo la responsabilidad parental. El Código Penal de la Nación en su Título III “Delitos contra la integridad sexual” (artículos 118 a 133), sanciona penalmente como delito al abuso sexual. En este están previstos tres tipos de abuso: el abuso sexual simple, el gravemente ultrajante y el agravado por el acceso carnal, además de ciertas circunstancias agravantes como el vínculo o el aprovechamiento de la situación de convivencia.

Leyes nacionales y provinciales

Entre las leyes nacionales, la que se destaca es la **Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de la Niñas, Niños y Adolescentes** sancionada en 2005 que establece la aplicación obligatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño. Los puntos más importantes que promueve esta mirada hacia la infancia son:

- Priorizar el interés superior del niño o niña. Se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta Ley.
- El derecho a ser oídos.
- Respetar que su desarrollo personal sea en un medio social familiar y cultural
- Respetar su grado de madurez
- Respetar su centro de vida, es decir el lugar donde el niño o niña a crecido y desarrollado su identidad

Esta ley exige que haya políticas públicas integrales de los derechos del niño o niña y que las mismas sean concretadas tanto por la nación, provincia o municipio. Además, se prevén una serie de medidas (normales y excepcionales) de protección que tienen por finalidad preservar los derechos de los niños o restituir los derechos que fueron vulnerados.

Asimismo, en la Provincia de Misiones, contamos con la **LEY II – N.º 16** (antes 3820), que tiene por finalidad garantizar el goce, ejercicio y la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes en Misiones.

Convenciones y protocolo

El abuso sexual infantil debe entenderse como una violación directa de múltiples derechos humanos fundamentales de los niños. Diversos tratados y convenciones, entre ellos la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, garantizan el derecho a la integridad física y psicológica, el derecho a la salud, el derecho a una protección especial y el derecho a

un recurso efectivo en caso de violación. En el contexto de Misiones, el incumplimiento de estos derechos coloca a los menores en una situación de extrema vulnerabilidad, exponiéndolos a abusos continuos y dejando en evidencia la falta de intervención.

- ***Convención sobre los Derechos del Niño (CDN):*** La CDN establece el derecho de los niños a una protección especial contra toda forma de violencia y abuso. Los artículos 19, 34 y 39 son fundamentales en el contexto del abuso sexual infantil, ya que refuerzan la obligación del Estado de proteger a los niños, ofrecer asistencia y rehabilitación a las víctimas, y prevenir situaciones que vulneren sus derechos.
- ***Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH):*** Esta convención, también conocida como “Pacto de San José”, asegura el derecho de los niños a la integridad personal (artículo 5) y subraya el deber de protección especial para los menores (artículo 19). La CADH impone una responsabilidad estatal para garantizar un entorno seguro para los niños y adolescentes.
- ***Protocolo Facultativo de la CDN sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía (2000):*** Este protocolo reafirma la obligación de los Estados de prevenir y sancionar toda forma de explotación sexual infantil, exigiendo una respuesta judicial adecuada y servicios de apoyo para las víctimas.

Consecuencias psicológicas y sociales

El impacto psicológico del ASI en las víctimas es devastador. Rozanski (2003) describe el impacto de la siguiente manera:

Las víctimas pueden sufrir desde depresión, culpa, baja autoestima, hasta trastornos disociativos. Estos efectos pueden persistir a lo largo de toda la vida, afectando gravemente el desarrollo personal y social de los niños. En muchos casos, estas experiencias llevan a intentos de suicidio y adicciones, además de la incapacidad de establecer relaciones emocionales saludables en la vida adulta. (Rozanski,2003:60)

En el entorno familiar, se puede perpetuar un ciclo intergeneracional de violencia. El silencio impuesto por el miedo o

las amenazas es una de las principales barreras que impiden que las víctimas reciban la atención que necesitan, es importante brindar apoyo integral tanto a los niños como a sus familias para prevenir que el daño se extienda o se repita en nuevas generaciones.

Factores sociales y culturales

Utilizando una metodología de enfoque cualitativo, que como sabemos “intenta encontrar sentido a los fenómenos en función a los significados que las personas le den” (Hernández Sampieri, 2010, p. 10), y analizando nuestra cultura misionera, identificamos factores sociales y culturales que contribuyen a la prevalencia del ASI.

La normalización de la violencia de género y la cultura del silencio dificultan que el abuso sexual sea identificado y denunciado. En familias ensambladas, las dinámicas familiares complejas y la falta de figuras de apoyo dejan a los niños en una situación de mayor vulnerabilidad. Además, el tabú en torno a la sexualidad, común en la cultura local, impide que los niños reciban educación adecuada sobre sus derechos y límites, lo que los deja indefensos ante posibles abusos, también la falta de educación sexual integral en las escuelas, impidiendo que los niños identifiquen situaciones abusivas.

Las condiciones socioeconómicas adversas, los altos niveles de pobreza y desigualdad, también aumentan el riesgo de abuso, ya que muchas familias no pueden proteger adecuadamente a sus hijos. A esto se suma la estigmatización de las víctimas, que temen hablar por vergüenza o miedo a no ser creídas, perpetuando el ciclo de silencio y facilitando que los abusadores sigan actuando con impunidad.

Conclusiones

En conclusión, el abuso sexual infantil en Misiones constituye una violación sistemática y devastadora de los derechos humanos, vulnerando derechos esenciales de niños, niñas y adolescentes (NNyA).

Este tipo de violencia no sólo lesiona la integridad física y psicológica de las víctimas, sino que también representa un incumplimiento de las obligaciones que el Estado argentino ha asumido

en el ámbito internacional para proteger a la infancia, tal como lo establecen la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

La persistencia de este problema en Misiones refleja no solo la falta de recursos y mecanismos de protección adecuados, sino también una crisis estructural en la defensa de los derechos fundamentales de la infancia. Las secuelas emocionales, sociales y psicológicas en las víctimas se ven agravadas por factores culturales, como la cultura del silencio y la falta de educación sexual integral, que desprotegen a los niños frente a posibles abusos.

Para cumplir con las obligaciones internacionales, es imprescindible que el Estado argentino implemente políticas públicas robustas y sostenibles, que fortalezcan la prevención y el apoyo a las víctimas, y promueva una cultura de respeto a los derechos de la infancia. Solo mediante una respuesta integral e interdisciplinaria se logrará avanzar en la defensa de los derechos humanos de los NNyA, garantizando que crezcan y se desarrolleen en un entorno libre de violencia y abuso.

Referencias

Argentina.gob.ar. (2023). Informe sobre las violencias que padecen las infancias y adolescencias en Argentina. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/el-ministerio-de-justicia-y-unicef-presentan-un-informe-sobre-las-violencias-que-padecen>

Defensoría de Niños, Niñas y Adolescentes de Misiones. (2022). Informe sobre abuso sexual infantil en Misiones. Consultado de <https://defensoriadennya.misiones.gob.ar>

Fuentes, G. (2012, Marzo). “*Abuso sexual infantil intrafamiliar*”. *El abordaje desde el Trabajo social y la necesidad de una mirada interdisciplinaria*. Retrieved November 4, 2024, from <https://www.margen.org/suscri/margen64/fuentes.pdf>

Ministerio de Salud. (2018). Protocolo de Actuación ante Situaciones de Abuso Infantil.

Ministerio de Salud de la Nación. (2018). Guía para la intervención en casos de abuso sexual infantil. Consultado de <https://www>.

argentina.gob.ar/sites/default/files/abusosexualanexomedico_digital_nov2018.pdf

Rozanski, C. A. (2003). Abuso sexual infantil: ¿Denunciar o silenciar? Ediciones B Argentina.

Unicef Argentina. (2018). Prevención del abuso sexual infantil. Consultado de <https://www.unicef.org>



ISBN 978-656135099-0
9 786561 350990

EDITORAS
ILUSTRAÇÃO