

O HUMANISMO E OS DIREITOS HUMANOS COMO PILARES DE UMA FORMAÇÃO JURÍDICA DE QUALIDADE NO CENTRO UNIVERSITÁRIO FAESA



DALTON SANTOS MORAIS
SAYURY OTONI
ORGANIZADORES

Este livro reúne uma seleção de artigos jurídicos produzidos por professores do corpo docente do Curso de Direito do Centro Universitário FAESA que abordam questões urgentes e complexas do cenário jurídico brasileiro contemporâneo.

Na Parte I do livro, intitulada “O Humanismo como condição essencial do Direito”, os artigos produzidos enfocam temas de direitos humanos, justiça social e novas dinâmicas sociais, explorando desde a omissão legislativa e o papel crucial do Supremo Tribunal Federal na defesa dos direitos trans e da criminalização da homofobia até a discussão sobre os desafios vivenciados pela regulação das novas formas de labor desenvolvidas para atender as plataformas digitais, a importância da educação em direitos humanos para erradicar formas modernas de escravidão e a necessidade de revisão nas políticas públicas de representatividade de gênero.

Já na Parte II desta publicação, denominada como “As Relações entre Direito, Justiça e Sociedade”, os artigos oferecem uma análise detalhada sobre temas fundamentais de direito material, tais como a análise sobre como o Direito internacional público pode tutelar a relação entre as mudanças climáticas e a saúde mental, o exercício do poder regulamentar do Executivo, as inovações na teoria da sentença, as implicações das fake news para o direito fundamental à liberdade de expressão e ao princípio democrático assegurados pela Constituição Federal de 1988 e os impactos da banalização do risco na qualidade de vida das gerações futuras e nos direitos fundamentais, todos os artigos a revelar as conexões entre o que determina o Direito e a Justiça a ser alcançada para viabilizar a vida harmônica em sociedade.

Destinado a juristas, estudantes e interessados em debates atuais, esta obra oferece uma visão crítica e multidimensional do Direito como instrumento de transformação social e proteção de direitos fundamentais no Brasil, demonstrando que a base humanista dada pelos docentes ao curso de Direito da FAESA atende com excelência o que mercado de trabalho jurídico exige e dá aos nossos discentes e egressos formação suficiente para serem juristas pontes entre os valores e ideais humanistas abstratamente exigidos pela Constituição e pelo Direito brasileiro e a Justiça que deve ser realizada cotidianamente com base no respeito ao homem e à sua dignidade.



2025 - Ampla Editora

Copyright da Edição © Ampla Editora

Copyright do Texto © Os autores

Editor Chefe: Leonardo Tavares

Design da Capa: Ampla Editora

Revisão: Os autores

O humanismo e os direitos humanos como pilares de uma formação jurídica de qualidade no Centro Universitário FAESA está licenciado sob CC BY-NC 4.0.



Essa licença permite que outros remixem, adaptem e desenvolvam seu trabalho para fins não comerciais e, embora os novos trabalhos devam ser creditados e não possam ser usados para fins comerciais, os usuários não precisam licenciar esses trabalhos derivados sob os mesmos termos. O conteúdo da obra e sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores e não representam a posição oficial da Ampla Editora. O download e o compartilhamento da obra são permitidos, desde que os autores sejam reconhecidos. Todos os direitos desta edição foram cedidos à Ampla Editora.

ISBN: 978-65-5381-305-2

DOI: 10.51859/ampla.hdh052.1125-0

Ampla Editora

Campina Grande – PB – Brasil

contato@amplaeditora.com.br

www.amplaeditora.com.br



2025

CONSELHO EDITORIAL

Adilson Tadeu Basquerote – Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Alexander Josef Sá Tobias da Costa – Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Andréa Cátia Leal Badaró – Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Andréia Monique Lermen – Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Antoniele Silvana de Melo Souza – Universidade Estadual do Ceará

Aryane de Azevedo Pinheiro – Universidade Federal do Ceará

Bergson Rodrigo Siqueira de Melo – Universidade Estadual do Ceará

Bruna Beatriz da Rocha – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais

Bruno Ferreira – Universidade Federal da Bahia

Caio Augusto Martins Aires – Universidade Federal Rural do Semi-Árido

Caio César Costa Santos – Universidade Federal de Sergipe

Carina Alexandra Rondini – Universidade Estadual Paulista

Carla Caroline Alves Carvalho – Universidade Federal de Campina Grande

Carlos Augusto Trojaner – Prefeitura de Venâncio Aires

Carolina Carbonell Demori – Universidade Federal de Pelotas

Caroline Barbosa Vieira – Universidade Estadual do Rio Grande do Sul

Christiano Henrique Rezende – Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Cícero Batista do Nascimento Filho – Universidade Federal do Ceará

Clécio Danilo Dias da Silva – Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Dandara Scarlet Sousa Gomes Bacelar – Universidade Federal do Piauí

Daniela de Freitas Lima – Universidade Federal de Campina Grande

Darlei Gutierrez Dantas Bernardo Oliveira – Universidade Estadual da Paraíba

Denilson Paulo Souza dos Santos – Universidade Estadual Paulista

Denise Barguil Nepomuceno – Universidade Federal de Minas Gerais

Dinara das Graças Carvalho Costa – Universidade Estadual da Paraíba

Diogo Lopes de Oliveira – Universidade Federal de Campina Grande

Dylan Ávila Alves – Instituto Federal Goiano

Edson Lourenço da Silva – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Piauí

Elane da Silva Barbosa – Universidade Estadual do Ceará

Érica Rios de Carvalho – Universidade Católica do Salvador

Fábio Ronaldo da Silva – Universidade do Estado da Bahia

Fernanda Beatriz Pereira Cavalcanti – Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”

Fredson Pereira da Silva – Universidade Estadual do Ceará

Gabriel Gomes de Oliveira – Universidade Estadual de Campinas

Gilberto de Melo Junior – Instituto Federal do Pará

Givanildo de Oliveira Santos – Instituto Brasileiro de Educação e Cultura

Glécia Morgana da Silva Marinho – Pontifícia Universidad Católica Argentina Santa Maria de Buenos Aires (UCA)

Higor Costa de Brito – Universidade Federal de Campina Grande

Hugo José Coelho Corrêa de Azevedo – Fundação Oswaldo Cruz

Igor Lima Soares – Universidade Federal do Ceará

Isabel Fontgalland – Universidade Federal de Campina Grande

Isane Vera Karsburg – Universidade do Estado de Mato Grosso

Israel Gondres Torné – Universidade do Estado do Amazonas

Ivo Batista Conde – Universidade Estadual do Ceará

Jaqueline Rocha Borges dos Santos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Jessica Wanderley Souza do Nascimento – Instituto de Especialização do Amazonas

João Henriques de Sousa Júnior – Universidade Federal de Santa Catarina

João Manoel Da Silva – Universidade Federal de Alagoas

João Vitor Andrade – Universidade de São Paulo

Joilson Silva de Sousa – Instituto Federal do Rio Grande do Norte

José Cândido Rodrigues Neto – Universidade Estadual da Paraíba

Jose Henrique de Lacerda Furtado – Instituto Federal do Rio de Janeiro

Josenita Luiz da Silva – Faculdade Frassinetti do Recife

Josiney Farias de Araújo – Universidade Federal do Pará

Karina de Araújo Dias – SME/Prefeitura Municipal de Florianópolis

Katia Fernanda Alves Moreira – Universidade Federal de Rondônia

Laís Portugal Rios da Costa Pereira – Universidade Federal de São Carlos

Laíze Lantyer Luz – Universidade Católica do Salvador

Lara Luiza Oliveira Amaral – Universidade Estadual de Campinas

Lindon Johnson Pontes Portela – Universidade Federal do Oeste do Pará

Lisiane Silva das Neves – Universidade Federal do Rio Grande

Lucas Araújo Ferreira – Universidade Federal do Pará

Lucas Capita Quarto – Universidade Federal do Oeste do Pará

Lúcia Magnólia Albuquerque Soares de Camargo – Unifacisa Centro Universitário

Luciana de Jesus Botelho Sodré dos Santos – Universidade Estadual do Maranhão

Luís Miguel Silva Vieira – Universidade da Madeira

Luís Paulo Souza e Souza – Universidade Federal do Amazonas

Luiza Catarina Sobreira de Souza – Faculdade de Ciências Humanas do Sertão Central

Manoel Mariano Neto da Silva – Universidade Federal de Campina Grande

Marcelo Alves Pereira Eufrasio – Centro Universitário Unifacisa

Marcelo Henrique Torres de Medeiros – Universidade Federal Rural do Semi-Árido

Marcelo Williams Oliveira de Souza – Universidade Federal do Pará

Marcos Pereira dos Santos – Faculdade Rachel de Queiroz

Marcus Vinicius Peralva Santos – Universidade Federal da Bahia

Maria Carolina da Silva Costa – Universidade Federal do Piauí

Maria José de Holanda Leite – Universidade Federal de Alagoas

Marina Magalhães de Morais – Universidade Federal do Amazonas

Mário César de Oliveira – Universidade Federal de Uberlândia

Michele Antunes – Universidade Feevale

Michele Aparecida Cerqueira Rodrigues – Logos University International

Miguel Ysrael Ramírez-Sánchez – Universidade Autónoma do Estado do México

Milena Roberta Freire da Silva – Universidade Federal de Pernambuco

Nadja Maria Mourão – Universidade do Estado de Minas Gerais

Natan Galves Santana – Universidade Paranaense

Nathalia Bezerra da Silva Ferreira – Universidade do Estado do Rio Grande do Norte

Neide Kazue Sakugawa Shinohara – Universidade Federal Rural de Pernambuco

Neudson Johnson Martinho – Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Mato Grosso

Patrícia Appelt – Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Paula Milena Melo Casais – Universidade Federal da Bahia

Paulo Henrique Matos de Jesus – Universidade Federal do Maranhão

Rafael Rodrigues Gomides – Faculdade de Quatro Marcos

Ramôn da Silva Santos – Universidade Federal Rural de Pernambuco

Reângela Cíntia Rodrigues de Oliveira Lima – Universidade Federal do Ceará

Rebeca Freitas Ivanicska – Universidade Federal de Lavras

Renan Gustavo Pacheco Soares – Autarquia do Ensino Superior de Garanhuns

Renan Monteiro do Nascimento – Universidade de Brasília

Ricardo Leoni Gonçalves Bastos – Universidade Federal do Ceará

Rodrigo da Rosa Pereira – Universidade Federal do Rio Grande

Rubia Katia Azevedo Montenegro – Universidade Estadual Vale do Acaraú

Sabryna Brito Oliveira – Universidade Federal de Minas Gerais

Samuel Miranda Mattos – Universidade Estadual do Ceará

Selma Maria da Silva Andrade – Universidade Norte do Paraná

Shirley Santos Nascimento – Universidade Estadual Do Sudoeste Da Bahia

Silvana Carloto Andres – Universidade Federal de Santa Maria

Silvio de Almeida Junior – Universidade de Franca

Tatiana Pascholette R. Bachur – Universidade Estadual do Ceará | Centro Universitário Christus

Telma Regina Stroparo – Universidade Estadual do Centro-Oeste

Thayla Amorim Santino – Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Thiago Sebastião Reis Contarato – Universidade Federal do Rio de Janeiro

Tiago Silveira Machado – Universidade de Pernambuco

Valvenarg Pereira da Silva – Universidade do Estado de Mato Grosso

Vinícius Queiroz Oliveira – Universidade Federal de Uberlândia

Virgínia Maia de Araújo Oliveira – Instituto Federal da Paraíba

Virginia Tomaz Machado – Faculdade Santa Maria de Cajazeiras

Walmir Fernandes Pereira – Miami University of Science and Technology

Wanessa Dunga de Assis – Universidade Federal de Campina Grande

Wellington Alves Silva – Universidade Estadual de Roraima

William Roslindo Paranhos – Universidade Federal de Santa Catarina

Yáscara Maia Araújo de Brito – Universidade Federal de Campina Grande

Yasmin da Silva Santos – Fundação Oswaldo Cruz

Yuciara Barbosa Costa Ferreira – Universidade Federal de Campina Grande



2025 - Ampla Editora

Copyright da Edição © Ampla Editora

Copyright do Texto © Os autores

Editor Chefe: Leonardo Tavares

Design da Capa: Ampla Editora

Revisão: Os autores

Catálogo na publicação
Elaborada por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

H918

O humanismo e os direitos humanos como pilares de uma formação jurídica de qualidade no Centro Universitário FAESA / Organização de Dalton Santos Morais, Sayury Otoni. – Campina Grande/PB: Ampla, 2025.

Livro em PDF

ISBN 978-65-5381-305-2

DOI 10.51859/ampla.hdh052.1125-0

1. Ensino do Direito no nível superior. I. Morais, Dalton Santos (Organizador). II. Otoni, Sayury (Organizadora). III. Título.

CDD 340.0711

Índice para catálogo sistemático

I. Ensino do Direito no nível superior

Ampla Editora
Campina Grande – PB – Brasil
contato@amplaeditora.com.br
www.amplaeditora.com.br

APRESENTAÇÃO

Este livro é uma coletânea de artigos elaborados por professores do curso de Direito do Centro Universitário FAESA, refletindo não apenas o compromisso acadêmico e profissional do corpo docente, mas também a visão humanista que orienta o ensino jurídico da instituição. Os artigos abordam temas contemporâneos e essenciais ao debate jurídico brasileiro, sustentados pela crença de que o Direito deve promover dignidade, respeito e inclusão, conforme os princípios constitucionais.

A formação humanista e plural do curso de Direito da FAESA prepara os estudantes para enfrentar as realidades complexas do mercado de trabalho e da sociedade atual, evidenciada pela excelente reputação do curso, que ostenta o selo "OAB Recomenda" concedido pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) a cada três anos a cursos que se destacam pelo ensino jurídico – o curso obteve o selo em 04 (quatro) edições consecutivas - e diversas notas 05 (cinco) consecutivas no Exame Nacional de Cursos (ENADE) realizado pelo Ministério da Educação, tendo sido avaliado no último exame como o 2º melhor curso de Direito entre as instituições de ensino superior particulares de todo o Brasil.

Esta qualidade do curso demonstra que o enfoque na formação humanista dada pela sua Coordenação e por seus professores concede aos seus egressos não só preparação técnica para atuar com excelência no mercado de trabalho jurídico, mas também capacidade para atuar como agentes de transformação social.

Em um contexto nacional de desafios crescentes — como a disseminação de fake news e o discurso de ódio —, a obra se posiciona como uma voz em defesa de uma visão jurídica que prioriza os direitos humanos e a convivência pacífica. O humanismo como fundamento de uma formação jurídica de qualidade e do Direito é a base dos artigos aqui reunidos, que exploram desde questões de representatividade e justiça restaurativa até a criminalização da homofobia e o papel do STF na proteção de minorias.

Este livro, portanto, destina-se a juristas, estudantes e todos aqueles interessados em um Direito que transcenda a técnica e abrace a construção de uma

sociedade mais justa e democrática, refletindo o compromisso do Centro Universitário FAESA com um ensino que forma não apenas profissionais, mas cidadãos comprometidos com o respeito à dignidade humana.

Desejamos uma boa leitura a todos!

Vitória/ES, inverno de 2025.

Dalton Santos Morais

Sayury Otoni

PROFESSORES AUTORES EM ORDEM ALFABÉTICA

DALTON SANTOS MORAIS

Mestre em Direito pela UFES e especialista em Direito administrativo e do Estado pela Universidade Gama Filho. Pós-graduando em Direito 4.0 e inteligência artificial. Professor do Centro Universitário FAESA e de Pós-graduação na Escola Superior da Advocacia Geral da União. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União.

FERNANDA HELENA FREITAS DE MIRANDA

Doutora em Psicologia pela UFES, Vitória, ES; Mestre em Psicologia pela UFES, Vitória, ES; Especialista e Docência do Ensino Superior pela FAESA, Vitória, ES; Especialista em Ética e Filosofia Política pela AVM/Integrada, São Paulo, SP; Formação em Psicologia Analítica pelo IBPP, Vitória, ES; Psicóloga pela UFES, Vitória, ES. Professora de Psicologia do Curso de Direito da FAESA, Vitória, ES; Professora de Direito e Pensamento Político na FAESA, Vitória, ES; Mediadora de Conflitos no Núcleo de Prática Jurídica da FAESA, Vitória, ES; Psicóloga do Núcleo de Apoio Psicopedagógico da FAESA, Vitória, ES; Psicóloga Clínica de abordagem junguiana em Vitória, ES.

FERNANDA MODOLO VIEIRA MACHADO

Advogada nas áreas do Direito do Trabalho e Digital, Certificação pela IAPP e LEC-FGV em LGPD. Mestre em Direito e Professora do Curso de Direito do Centro Universitário FAESA.

FLÁVIO BARROCA E GARCIA

Mestre em História Social das Relações Políticas com ênfase em Estado e Políticas Públicas pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pelo Universidade Gama Filho-RJ e em Metodologias Ativas na Educação Superior pelo Centro Universitário FAESA-ES. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). É servidor público do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo e atualmente é docente no Centro Universitário FAESA-ES onde leciona as disciplinas de História do Direito e Direito Constitucional e coordenador do Núcleo de Prática Jurídica.

HALLEY JHASON MEDEIROS MENDES

Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória/ES-FDV. Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal na FAESA Centro Universitário.

JOÃO MENEZES SANTOS NEVES

Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória/ES-FDV. Advogado Criminalista.

KARINE MONTEIRO PRADO

Doutora em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professora do curso de Direito do Centro Universitário FAESA. Conselheira e fundadora do IAC (Instituto dos Advogados Capixabas). Advogada.

MAGALI GLÁUCIA FÁVARO DE OLIVEIRA

Doutoranda e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Pós-graduada em Direito pela Escola da Magistratura do Espírito Santo. Bacharela em Direito pelo Centro Universitário do Espírito Santo - UNESC. Foi assessora do Tribunal de Justiça do Espírito Santo por onze anos e atualmente é docente na FAESA (Faculdades Integradas Espírito-Santense). Advogada Criminalista.

PAULO VITOR LOPES SAITER SOARES

Professor de direito constitucional e administrativo no Centro Universitário FAESA – Vitória/ES. Doutorando em Política Social pela Universidade Federal do Espírito Santo. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória. Especialista em Direito Constitucional aplicado pela Damásio de Jesus. Graduado em Direito pela FAESA.

RAPHAEL MAIA RANGEL

Pós-doutorado em Direito Processual pela Universidade de São Paulo – USP com período de pesquisa no *Dipartimento Di Scienze Giuridiche da Università Degli Studi di Firenze*. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Professor Doutor de Processo Civil da Faculdade Espírito Santense – FAESA. Examinador de concursos públicos junto a banca Fundação Carlos Chagas. Defensor Público do Espírito Santo desde 2010.

SAYURY OTONI

Doutoranda em Direito pela UNICEUB e mestra em Direito e Economia pela Universidade Gama Filho. Coordenadora e professora do curso de Direito do Centro Universitário FAESA. Advogada familiarista.

STELLA EMERY SANTANA

Doutora em Oceanografia Ambiental pela UFES, Vitória, ES; Mestre em Direito pela UGF, Rio de Janeiro, RJ; MBE em Análise Internacional pela UFRJ, Rio de Janeiro, RJ; Bacharel em Direito pela FDCL, Cachoeiro de Itapemirim, ES. Professora de Direito da FAESA Centro Universitário. Professora do Mestrado Profissional em Rede Nacional PROFÁGUA, pela UFES, Vitória, ES; Professora Afiliada de Direito da *Robert H. McKinney School of Law* da *Indiana University*, Indianapolis, IN, EUA; Professora adjunta de Direito da *Florida International University College of Law*, Miami, FL, EUA. Advogada e Consultora Jurídica Ambiental e Internacional.

VIVIANE DUTRA GRAMIGNA

Professora de Filosofia Geral e do Direito no Centro Universitário FAESA. Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Educação em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Espírito Santo.

SUMÁRIO

PARTE I. O HUMANISMO COMO CONDIÇÃO ESSENCIAL DO DIREITO 16

CAPÍTULO I. EQUILÍBRIO CONTRATUAL E PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS: ANÁLISE DA REVISÃO CONTRATUAL NO ÂMBITO DO DIREITO DO CONSUMIDOR 17

Karine Monteiro Prado

1.	INTRODUÇÃO	17
2.	A REVISÃO CONTRATUAL POR ONEROSIDADE EXCESSIVA NO MOMENTO DA CONTRATAÇÃO	19
2.1.	CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	19
2.2.	REGIME JURÍDICO DA LESÃO CONTRATUAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO.....	20
3.	A REVISÃO CONTRATUAL POR ONEROSIDADE EXCESSIVA DEVIDO A FATO SUPERVENIENTE À FORMAÇÃO DO CONTRATO..	23
3.1.	BREVE SÍNTESE HISTÓRICA.....	23
3.2.	TUTELA JURÍDICA DO CONSUMIDOR DIANTE DA ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS QUE CAUSAM O DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL.....	27
3.2.1.	DA (IM)POSSIBILIDADE DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL.	30
4.	SÍNTESE CONCLUSIVA	32
	REFERÊNCIAS.....	32

CAPÍTULO II. A COTA ELEITORAL DE GÊNERO COMO POLÍTICA PÚBLICA (NÃO) CONTRIBUTIVA PARA O AUMENTO DA REPRESENTATIVIDADE DA MULHER NA CÂMARA MUNICIPAL DE VITÓRIA 35

Magali Gláucia Fávoro de Oliveira

1.	INTRODUÇÃO	35
2.	A DESIGUALDADE E PARIDADE ENTRE GÊNEROS NOS ÂMBITOS POLÍTICO E ELEITORAL	36
3.	O SISTEMA DE COTAS DE GÊNERO NA LEGISLAÇÃO ELEITORAL E SUAS MODALIDADES	37
4.	A MENSURAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DA MULHER NA CIDADE DE VITÓRIA/ES.....	40
5.	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	44
	REFERÊNCIAS.....	45

CAPÍTULO III. TRABALHADORES POR PLATAFORMAS DIGITAIS: NOVA FORMA DE ESCRAVIDÃO?..... 47

Fernanda Modolo Vieira Machado

1.	INTRODUÇÃO	47
2.	TRABALHADORES POR PLATAFORMAS DIGITAIS.....	48

2.1. TRABALHADORES DE MICROTAREFAS E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL.....	50
3. REGULAMENTAÇÃO DO TRABALHO POR PLATAFORMA DIGITAL...	52
4. COOPERATIVISMO DE PLATAFORMA: UMA LUZ NO FIM DO TÚNEL?	53
5. CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS.....	54

CAPÍTULO IV. O PAPEL DA EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS PARA ERRADICAÇÃO DO TRABALHO ANÁLOGO À ESCRAVIDÃO 56

Viviane Dutra Gramigna

1. INTRODUÇÃO	56
2. TU VALES MUITO MAIS QUE UMA GALINHA: BREVE HISTÓRIA DO ESCRAVO ALFORRIADO	57
3. SERES INVISIBILIZADOS.....	61
4. O QUE DEFINE A ESCRAVIDÃO MODERNA?.....	64
5. O PAPEL DA EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS PARA ERRADICAÇÃO DO TRABALHO ANÁLOGO A ESCRAVIDÃO.....	67
5.1. DA EDUCAÇÃO SUPERIOR EM DIREITOS HUMANOS	69
5.2. DA EDUCAÇÃO NÃO-FORMAL EM DIREITOS HUMANOS	71
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	73
REFERÊNCIAS.....	75

CAPÍTULO V. A VIDA COMO ELA É PARA AS PESSOAS TRANS: A OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO E O PAPEL ESSENCIAL DO STF NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS TRANS 78

Dalton Santos Moraes

Sayury Otoni

1. INTRODUÇÃO	78
2. A VIDA COMO ELA É PARA AS PESSOAS TRANS.....	84
2.1. A MORTE PREMATURA E BRUTAL DAS PESSOAS TRANS	85
2.2. AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS	86
2.3. A REJEIÇÃO E O ABANDONO FAMILIAR PRECOCE	87
2.4. A BAIXA FORMAÇÃO EDUCACIONAL E A PROSTITUIÇÃO COMO OCUPAÇÃO PRINCIPAL	89
2.5. DIFICULDADE DE ACESSO A SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE .	90
2.6. A FALTA DE DADOS SOBRE A POPULAÇÃO TRANS	91
3. AS AÇÕES POLÍTICAS CONTRA PESSOAS TRANS	92
4. AS PESSOAS TRANS COMO MINORIA VULNERÁVEL E A SUA INSUFICIENTE REPRESENTATIVIDADE PARLAMENTAR.	94
5. A AUSÊNCIA DE AVANÇOS LEGISLATIVOS NA PROTEÇÃO DAS PESSOAS TRANS.	95
6. UMA BOA NOTÍCIA: O STF GARANTIU DIREITOS FUNDAMENTAIS A PESSOAS (TRANS) IGNORADAS PELO PODER LEGISLATIVO. ...	98
6.1. A POSSIBILIDADE DE PESSOAS TRANS ALTERAREM O PRENOME E O GÊNERO CONSTANTE NO REGISTRO CIVIL RECONHECIDA NA ADI Nº 4275 E DO RE Nº 670.422 (TEMA 671).....	102

6.2.	A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E, CONSEQUENTEMENTE, DA TRANSFOBIA NA ADO Nº 26 E NO MI Nº 4733/DF.....	105
7.	E O STF AINDA PRECISARÁ GARANTIR DIREITOS FUNDAMENTAIS A PESSOAS (TRANS) IGNORADAS OU CRIMINALIZADAS PELO PODER LEGISLATIVO	107
8.	CONCLUSÃO.....	108
	REFERÊNCIAS.....	110

CAPÍTULO VI. OS NOVOS TEMPOS NO SANEAMENTO DAS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O CASO DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NA ADO Nº 26..... 117

Dalton Santos Morais

Paulo Vitor Lopes Saiter Soares

1.	INTRODUÇÃO	117
2.	MANDADO DE INJUNÇÃO (MI) Nº 4733 E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ADO) Nº 26	118
2.1.	SÍNTESE DAS AÇÕES	118
2.2.	SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS ENTRE A ADO E O MI: CONCEITOS BÁSICOS	121
3.	HERMNÊUTICA CONSTITUCIONAL E A TENSÃO ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA.....	124
3.1.	SENTENÇAS INTERPRETATIVAS: INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO E DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM REDUÇÃO DE TEXTO	128
3.2.	SENTENÇAS MANIPULATIVAS ADITIVAS.....	132
4.	A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E A INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO NA ANÁLISE CRÍTICAS DA AÇÕES.....	133
4.1.	A CARACTERIZAÇÃO DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL PELO STF NÃO É SUPERADA PELA APLICAÇÃO DA LEI Nº 7.716/89	133
4.2.	A AUSÊNCIA DE USURPAÇÃO DOS LIMITES DA INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO PELO STF E O USO DE SENTENÇAS ADITIVAS POR SUPREMAS CORTES NO DIREITO COMPARADO E NO BRASIL.....	142
4.3.	A INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL: O CRIME DE HOMOFOBIA OU TRANSFOBIA DEVIDAMENTE TIPIFICADO NA LEI Nº 7.716/89.....	147
4.4.	O USO ADEQUADO DO MANDADO DE INJUNÇÃO PARA O CASO CONCRETO: A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA/TRANSFOBIA TORNA MAIS VIÁVEL O EXERCÍCIO DOS DIREITOS E LIBERDADES DA COMUNIDADE LGBTQIA+	151
5.	CONCLUSÃO.....	155
	REFERÊNCIAS.....	157

PARTE II. AS RELAÇÕES ENTRE DIREITO, JUSTIÇA E SOCIEDADE 163

CAPÍTULO VII. ENTRE A CHAMA E A FOGUEIRA – COMPREENDENDO A DIMENSÃO DO DIREITO À SAÚDE E DA SAÚDE MENTAL NO CONJUNTO NORMATIVO INTERNACIONAL SOBRE MUDANÇAS CLIMÁTICAS 164

Stella Emery Santana

Fernanda Helena Freitas de Miranda

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS 164
2. A TUTELA NORMATIVA INTERNACIONAL DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS 165
3. SAÚDE MENTAL E MUDANÇAS CLIMÁTICAS – CONECTIVIDADES 169
4. DIREITO INTERNACIONAL NA PROTEÇÃO DA SAÚDE MENTAL FRENTE ÀS MUDANÇAS CLIMÁTICAS – NOSSAS CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 174
- REFERÊNCIAS..... 175

CAPÍTULO VIII. A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO PROPOSTA DE DEMOCRATIZAÇÃO DO DIREITO PENAL 180

Halley Jhason Medeiros Mendes

João Menezes Santos Neves

1. INTRODUÇÃO 180
2. O DIREITO PENAL E A SUBTRAÇÃO DO CONFLITO 182
3. A EXCLUSÃO DA VÍTIMA E DA SOCIEDADE POR MEIO DAS NORMAS POSITIVADAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL 185
4. O DISTANCIAMENTO DOS ÓRGÃOS OFICIAIS DA REALIDADE BRASILEIRA – O EXEMPLO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO PROPOSTA..... 188
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS – A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO FORMA DE SOLUÇÃO NÃO VIOLENTA DOS CONFLITOS: A NECESSÁRIA EMANCIPAÇÃO DA SOCIEDADE 193
- REFERÊNCIAS..... 194

CAPÍTULO IX. O DECRETO NO DIREITO BRASILEIRO E O PODER REGULAMENTADOR DO EXECUTIVO 196

Flávio Barroca e Garcia

1. O DECRETO NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO..... 196
- REFERÊNCIAS..... 204

CAPÍTULO X. INOVAÇÕES NA TEORIA DA SENTENÇA 205

Raphael Maia Rangel

1. A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE SENTENÇA 205
2. O REFORÇO NO DEVER DE FUNDAMENTAR AS SENTENÇAS 208
3. EFEITOS DA SENTENÇA SOB A VIGÊNCIA DO ATUAL CPC 209
4. DA CONSOLIDAÇÃO DAS SENTENÇAS PARCIAIS DE MÉRITO NO CPC DE 2015. 211
5. DAS SENTENÇAS CONDICIONAIS..... 213
6. DO JULGAMENTO ALERTA (NOVAS TÉCNICAS DECISÓRIAS)..... 214

7. CONCLUSÃO	216
REFERÊNCIAS.....	216

CAPÍTULO XI. AS *FAKE NEWS* E A POSSÍVEL GUINADA DA INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO À POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO JUDICIAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Dalton Santos Morais

1. INTRODUÇÃO	218
2. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SUA IMPORTÂNCIA CONSTITUCIONAL.	219
3. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA DEFINIÇÃO CONTEMPORÂNEA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL.	220
4. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NÃO SÃO ABSOLUTOS E ADMITEM RESTRIÇÕES.	221
5. A INTERPRETAÇÃO INICIAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO PELO STF	222
6. OS NOVOS TEMPOS EXIGEM NOVA CONFORMAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO PELA SUPREMA CORTE	225
6.1. TEMPOS DE PÓS-VERDADE: A MENTIRA COMO REGRA	226
6.2. A POLARIZAÇÃO, QUE ERA ALGO ATÉ NORMAL, FOI ABSURDAMENTE ACIRRADA PELAS REDES SOCIAIS E TORNOU-SE UM EFEITO NOCIVO	227
6.3. O ENCOLHIMENTO DO ESPAÇO DE DELIBERAÇÃO PÚBLICA PELAS REDES SOCIAIS.....	228
7. A NOVA CONFORMAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO PELO STF	229
8. CONCLUSÃO	234
REFERÊNCIAS.....	234

CAPÍTULO XII. ABRAM ALAS PARA O CARRO DE JAGRENÁ: CARNAVAL BRASILEIRO DE RISCOS PANDÊMICOS

Sayury Silva de Otoni

1. INTRODUÇÃO	237
2. DO RISCO À CATÁSTROFE E ALÉM	240
3. TRAGÉDIAS ANUNCIADAS QUE ABALARAM O BRASIL E A (IR)RESPONSABILIDADE CIVIL.....	243
4. CONCLUSÃO	252
REFERÊNCIAS.....	253

PARTE I

O HUMANISMO COMO CONDIÇÃO ESSENCIAL DO DIREITO

CAPÍTULO I

EQUILÍBRIO CONTRATUAL E PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS: ANÁLISE DA REVISÃO CONTRATUAL NO ÂMBITO DO DIREITO DO CONSUMIDOR

DOI: 10.51859/amplla.hdh052.1125-1

Karine Monteiro Prado

1. INTRODUÇÃO

A concepção clássica de contrato individualista e voluntarista, na atualidade, não existe mais. A relação contratual, nos dias de hoje, deve ser voltada a favorecer os valores e princípios constitucionais, quais sejam: os de construir uma sociedade livre, justa e solidária; o de garantir o desenvolvimento nacional; e o de erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais.¹ Assim, o contrato deixa de ser apenas um instrumento de realização da autonomia privada, tornando-se um instrumento que deve também realizar os interesses da coletividade.²

Destaca-se dessa concepção contemporânea do direito contratual, o princípio da equidade ou equilíbrio contratual que busca uma equivalência entre as prestações contratuais.³ Conforme a lição de Teresa Negreiros, tal princípio constitui uma “[...] vedação a que as prestações contratuais expressem um desequilíbrio real e injustificável entre as vantagens obtidas por um e por outro dos contratantes.”⁴ À luz do princípio da igualdade substancial (art. 3º, III, da Constituição Federal), pressuposto da justiça social, o contrato não deve servir de instrumento para que as prestações em favor de um contratante lhe acarretem vantagens exageradas em detrimento do outro contratante.⁵ Dessa forma, veja-se que:

¹ Vide art. 3º, incisos I, II, e III da Constituição Federal. Cf. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Contrato: do clássico ao contemporâneo. A reconstrução do conceito. In: ASSIS, Araken et al (coord.). *Direito Civil e Processo*. Estudos em Homenagem ao professor Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 103.

² GOMES, Orlando. A função social do contrato. In: _____. *Novos temas de Direito Civil*. Forense: Rio de Janeiro, 1983, p. 109.

³ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*. Novos paradigmas. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 169.

⁴ *Ibid.*, p. 157.

⁵ *Ibid.*, p. 158.

De acordo com este princípio, a justiça contratual torna-se um dado relativo não somente ao processo de formação e manifestação da vontade dos declarantes, mas sobretudo relativo ao conteúdo e aos efeitos do contrato, que devem resguardar um patamar mínimo de equilíbrio entre as posições econômicas de ambos os contratantes. Definitivamente, a justiça contratual deixa de ser concebida como uma decorrência inexorável da autonomia da vontade.⁶

O princípio do equilíbrio econômico do contrato leva a admissão, especialmente, de dois institutos jurídicos: a lesão e a onerosidade excessiva por fato superveniente.⁷ Veja-se que ambas as hipóteses, nos dias atuais, permitem a revisão da relação contratual.

No caso de lesão, a onerosidade excessiva que gera o desequilíbrio contratual contamina a relação jurídica desde o início de sua formação. Na segunda hipótese, verificamos o desequilíbrio na fase de execução do contrato, ou seja, durante o decorrer da avença, em virtude de fatos supervenientes que contaminaram a originária relação de equivalência entre as prestações contratuais.⁸ Nas duas situações, a revisão da relação negocial tem a finalidade de promover o equilíbrio contratual.⁹

Assim, com razão Judith Martins-Costa ao afirmar que:

Havendo esse desequilíbrio nos contratos que, estruturalmente, devem ser equilibrados, a revisão contratual indica, muito geralmente que: a) nem sempre os contratos devem ser mantidos tal qual pactuados; b) essa não-manutenção não implica obrigatoriamente a extinção do contrato. No seu sentido mais geral a expressão revisão contratual traduz, portanto, a idéia de o ordenamento jurídico acolher formas permissivas da continuidade do contrato, re-arrumando, porém, as bases do pacto original.¹⁰

Nesse ínterim, recorde-se que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) pressupõe, abstratamente, a desigualdade dos sujeitos que estão sob sua tutela, buscando por meio de suas normas implementar a isonomia material entre eles. O CDC fornece um tratamento jurídico

⁶ Ibid., p. 159.

⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado, direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento, função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.º 750, abr. 1998, p. 116.

⁸ Cf. DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Onerosidade Excessiva e Revisão Contratual do Direito Privado Brasileiro. In: FERNANDES, Wanderley (coord.). *Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 325-326; NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 285; BARLETTA, Fabiana. Apontamentos para um estudo comparativo da revisão contratual por excessiva onerosidade nos direitos brasileiro, português e italiano. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, vol. 24, out./dez. 2005, p. 248. Judith Martins-Costa afirma que o desequilíbrio que motiva a revisão contratual pode ser genético ou funcional. Na primeira hipótese decorrente de fato concomitante à formação do contrato; na segunda, de fato superveniente à conclusão do ajuste (MARTINS-COSTA, Judith. A revisão dos contratos no Código Civil brasileiro. *Roma e America. Diritto Romano Comune*, Rome, vol. 16, 2003, p. 136).

⁹ Cf. BARLETTA, 2005, p. 248.

¹⁰ MARTINS-COSTA, 2003, p. 136.

diferenciado àqueles que considera vulneráveis no mercado de consumo. Assim, institui medidas de proteção e defesa para amparar o consumidor de forma a se tornar igual ao fornecedor, que normalmente é dotado de maior poderio econômico.¹¹ A compreensão das regras do CDC se dá pelo entendimento de que seus destinatários se encontram descompassados e que, devido a isso, a consecução do primado da igualdade importa no tratamento tendente à diminuição dessa dessemelhança.¹² O espírito e teleologia do CDC:

[...] estão ligados a um novo paradigma, o paradigma da diferença, da igualdade dos desiguais, do tratamento desigual para os desiguais, do tratamento de grupos ou plural, de interesses difusos e de equidade, em uma visão mais nova, também chamada de pós-moderna.¹³

É sob essa hermenêutica jurídica que o presente artigo objetiva analisar as hipóteses de revisão contratual previstas no CDC, tendo-se em vista tanto a onerosidade excessiva presente no momento da formação dos contratos, quanto a decorrente de fatos supervenientes à contratação. É o que veremos a seguir.

2. A REVISÃO CONTRATUAL POR ONEROSIDADE EXCESSIVA NO MOMENTO DA CONTRATAÇÃO

2.1. Considerações iniciais

De acordo com Fabiana Barletta, a revisão contratual por onerosidade excessiva na formação do contrato, decorrente do instituto jurídico da lesão, está contida nos ordenamentos contratuais contemporâneos, porém tem origem romana e remete seus estudiosos ao império de Justiniano, onde teria sido tratada de maneira bem mais simples do que é em vários sistemas da atualidade.¹⁴

Recorde-se que as revoluções liberais dos séculos XVIII e XIX reduziram e até mesmo proibiram a aplicação do instituto da lesão, pois estavam preocupadas em garantir estabilidade e certeza às relações contratuais, conforme os paradigmas da época.¹⁵

¹¹ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Defesa do Consumidor: retórica jurídica e realidade. *Revista Forense*, São Paulo, vol. 323, jul./ ago. 1993, p. 389.

¹² SILVA, Luis Renato Ferreira da. O Princípio da igualdade e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 8, out./dez. 1993, p. 156.

¹³ MARQUES, Cláudia Lima. Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 51, jul./set. 2004, p. 54.

¹⁴ BARLETTA, 2005, p. 248. De acordo com Ana Luiza Maia Nevares, o instituto da lesão “[...] ao longo de sua evolução, sempre esteve vinculado à ideia de equidade e de justiça contratual, ensejando a rescisão do negócio celebrado ou, para evitá-la, a exigência de complementação do preço” (NEVARES, 2003, p. 280).

¹⁵ Cf. RUZYK Carlos Eduardo Pianovski e GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A lesão nos contratos e a nova codificação civil brasileira: uma análise crítica a partir do princípio da justiça contratual. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, vol. 15, jul./set. 2003, p. 22. Assim é a lição de Ana Luiza Maia Nevares ao expor que a

Reflexo disso foi o tratamento jurídico do tema no direito brasileiro. Esteve presente o instituto, em certa medida, no Brasil Colônia e Império, e nos primeiros anos da República,¹⁶ tendo o CCB/1916 silenciado sobre o assunto, já que foi reflexo direto das revoluções liberais mencionadas.¹⁷ A legislação ulterior,¹⁸ todavia, foi retomando, aos poucos, a discussão.¹⁹

Com razão Teresa Negreiros ao afirmar que o ressurgimento do instituto jurídico da lesão “[...] é um dos mais perfeitos símbolos da valorização do equilíbrio econômico [...], sendo tal ressurgimento decisivo para que o princípio em questão seja hoje considerado um dos três princípios que apoiam a construção de uma renovada teoria contratual.”²⁰

Atualmente, a figura jurídica da lesão contratual está disciplinada no CDC e, também, no Código Civil de 2002(CCB/2002). Todavia, o regime jurídico previsto para as relações civis e empresariais, sob a tutela do CCB/2002 é diverso daquele voltado para a proteção dos consumidores. Tendo em vista a delimitação do nosso objeto de estudo, analisaremos, somente, o tratamento jurídico previsto no CDC.

2.2. Regime jurídico da lesão contratual nas relações de consumo

O CDC dispõe sobre o instituto jurídico da lesão na parte inicial do inciso V, do art. 6º, nos seguintes termos: “Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: [...] V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

Essa regra jurídica permite que o Poder Judiciário, a pedido do consumidor, intervenha na relação contratual de consumo para modificar uma manifestação livre de vontade, impondo o equilíbrio contratual.²¹ Para o CDC basta a presença da desproporção nas prestações para que

importância da lesão: “[...] esteve arrefecida na ciência jurídica marcada pelo liberalismo econômico, tendo em vista a concepção dos homens como indivíduos livres e essencialmente iguais na sociedade, prescindindo da intervenção do Estado em suas relações.” (NEVARES, 2003, p. 280)

¹⁶ Nas Ordenações, na Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas e na Nova Consolidação das Leis Civis de 1889 de Carlos Augusto de Carvalho, respectivamente.

¹⁷ RUZYK e GLITZ, 2003, p. 23; NEVARES, 2003, p. 280.

¹⁸ Vide a Lei de Usura (Decreto 22.626/33), a Constituição Federal de 1946 e a Lei de Proteção à Economia Popular (Decreto 869, substituído pela Lei 1521/51).

¹⁹ RUZYK E GLITZ, 2003, p. 22-23; NEVARES, 2003, p. 281. No mesmo sentido Ruy Rosado de Aguiar Júnior ao afirmar que a ideia de lesão veio do “[...] Direito Romano, passou pelo Direito português, estava na Consolidação de Teixeira de Freitas, mas foi proibida de ser invocada pelo Código Comercial de 1850, e esquecida no Código Civil de 1916. Ela ressurgiu no nosso direito pela lei de 1951 sobre economia popular, que enumerou entre as causas de nulidade do contrato a usura real, existente sempre que uma das partes obtivesse vantagem superior a 20% do que era corrente ou justo (art. 4º da Lei 1.521/51). Mas, nesse caso, somente se reconheceria a nulidade se demonstrado o abuso da situação de necessidade premente, da inexperiência ou da leviandade da outra parte.” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 48, out./dez. 2003, p. 61).

²⁰ NEGREIROS, 2006, p. 169.

²¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 1053.

esteja configurada a lesão contratual, independentemente do requisito subjetivo da necessidade ou inexperiência da parte lesada.²² E este é um direito que assiste somente ao consumidor, como impõe a própria literalidade do *caput* do art. 6º, pois, como já visto, o CDC é um código que protege um sujeito de direitos específicos no mercado de consumo.

Percebe-se, portanto, que o CDC trata a lesão de maneira objetiva. Não há nenhum elemento subjetivo na hipótese analisada, bastando a comprovação da desproporcionalidade entre as prestações pactuadas. O objetivo principal do CDC é proteger o consumidor, instituindo uma igualdade material numa relação de mercado, em que a desigualdade entre ambos é patente.²³

Assim, de acordo com Nelson Nery Júnior:

O direito básico do consumidor, reconhecido no art. 6º, n.º VI, [sic] do Código, não é o do desonerar-se da prestação por meio da resolução do contrato, mas o de *modificar a cláusula que estabeleça prestação desproporcional, mantendo-se íntegro o contrato que se encontra em execução* ou de obter a revisão do contrato se sobrevierem fatos que tornem as prestações excessivamente onerosas para o consumidor.

O juiz, reconhecendo que houve *cláusula estabelecendo prestação desproporcional ao consumidor*, ou que houve fatos supervenientes que tornaram as prestações excessivamente onerosas para o consumidor, deverá solicitar das partes a composição no sentido de modificar a cláusula ou rever efetivamente o contrato. Caso não haja acordo, na sentença deverá o magistrado, atendendo aos princípios da boa-fé, da equidade e do equilíbrio que devem presidir as relações de consumo, estipular a nova cláusula ou as novas bases do contrato revisto judicialmente. Emitirá *sentença determinativa*, de conteúdo constitutivo-integrativo e mandamental, vale dizer, exercendo verdadeira atividade criadora, completando ou mudando alguns elementos da relação jurídica de consumo já constituída.²⁴

Na lição de Cláudia Lima Marques, o CDC protege o consumidor contra práticas e cláusulas abusivas (art. 6º, inciso IV), sendo essa proteção assegurada pelas regras dos artigos 30 a 54, incluindo as regras específicas sobre a nulidade absoluta das cláusulas abusivas. Todavia, o código teria estabelecido uma exceção a esse sistema no inciso V, do art. 6º, ao reconhecer o direito do consumidor de requerer ao Poder Judiciário a modificação de um tipo de cláusula contratual específica, em geral a referente ao preço. Para a citada autora, o verbo utilizado no inciso V, do art. 6º do CDC, primeira parte, é “modificar”, que significa sanar “[...]”

²² AGUIAR JÚNIOR, 2003, p. 61.

²³ BARLETTA, 2005, p. 260-261.

²⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. Capítulo VI – Da proteção contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto. Volume 1. São Paulo: Forense Universitária, 2011, p. 550-551, grifo nosso.

salvar, edificar novamente, reconstruir o que pode ser sanado”,²⁵ entendendo que a desproporção do contrato de consumo em si não é presumida de maneira absoluta como abusiva, mas que deve ser “[...] ‘controlável’ pelo magistrado, que, a pedido do consumidor ou de um dos seus legitimados”,²⁶ verifica se houve exagero ou vantagem exagerada, controlando a cláusula que estabelece uma prestação desproporcional.²⁷

Por outro lado, em geral, os demais autores apontam que, diante de cláusulas que estabeleçam prestações desproporcionais, o CDC abrange duas hipóteses:²⁸ a) tanto a de modificação dessas cláusulas, ou seja, de sua revisão, com base no art. 6º, inciso V, primeira parte; b) quanto a de decretação de nulidade absoluta das cláusulas que provoquem a lesão contratual, com base no art. 51, inciso IV, e ainda seu §1º, inciso III.

Os dois regimes não seriam incompatíveis, de acordo com Leonardo Roscoe Bessa, pois o CDC buscaria conceder ao magistrado as duas possibilidades: de declarar a nulidade, afastando a cláusula, ou promover a sua revisão. Então, para o autor, uma hipótese seria o total afastamento da cláusula, e a outra, a sua manutenção, mas com a revisão adequada. Porém, o autor ainda observa que a revisão, na prática, “[...] possui maior incidência em relação à cláusula que estabelece o preço e sua forma de reajuste”, já que se trata de uma “[...] cláusula essencial, cuja exclusão retira o próprio sentido do acordo”, sendo que “[...] a revisão do seu valor pelo juiz é o melhor caminho para preservar o contrato e sua função socioeconômica.”²⁹

Frise-se, porém, que ainda que se decrete a nulidade da cláusula que provoque a lesão contratual, deve ser observado o disposto no §2º, do art. 51 do CDC: “A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.” Assim, é possível se “[...] declarar a nulidade de determinada cláusula – afastando completamente seus efeitos – e, em seguida, integrar o contrato com base em usos e costumes, com exigências da boa-fé objetiva ou expressa disposição normativa sobre o assunto.”³⁰ Sendo assim, percebe-se que, mesmo

²⁵ MARQUES, 2019, p. 1052.

²⁶ Ibid., p. 1052.

²⁷ Ibid., p. 1052.

²⁸ Cf. BARLETTA, 2005, p. 266-267; ALMEIDA, João Batista de. Resolução e revisão dos contratos. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos e PASQUALOTTO, Adalberto (coord). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 240-241; BESSA, Leonardo Roscoe. XI. Proteção contratual. In: BENJAMIM, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 296.

²⁹ BESSA, 2009, p. 296.

³⁰ Ibid., p. 296.

nessa hipótese, não se cogita da resolução automática do contrato, mas sim de sua manutenção, por meio dos esforços de integração citados.³¹

De qualquer forma, o que se percebe é a forte tendência do CDC à conservação do contrato,³² pois seu objetivo primordial é a preservação do pacto, mas de acordo com as legítimas expectativas das partes, em especial a do consumidor, que é o sujeito vulnerável no mercado de consumo. Com razão, então, João Batista de Almeida ao afirmar que em “[...] face da regra da conservação dos contratos, deve o juiz rever o contrato, integrando o pacto, de tal modo que este venha a ser implementado, em novas bases, após o reequilíbrio das prestações.”³³

Percebe-se, então, que no âmbito das relações de consumo, tendo em vista a vulnerabilidade do consumidor que deve ser protegido no mercado de consumo, não se discute o papel ativo do juiz no exercício do poder revisional. Assim, é certo que diante da lesão que contamine um contrato de consumo o juiz tem o “[...] poder-dever de ordenar a modificação do contrato, expurgando a cláusula abusiva ou reduzindo o seu alcance.”³⁴

3. A REVISÃO CONTRATUAL POR ONEROSIDADE EXCESSIVA DEVIDO A FATO SUPERVENIENTE À FORMAÇÃO DO CONTRATO

3.1. Breve síntese histórica

A origem da revisão contratual por onerosidade excessiva devido a fatos posteriores à contratação remonta à Idade Média,³⁵ quando surgiu pela formulação da teoria da cláusula *rebus sic stantibus*.³⁶ De acordo com Lúcia Ancona Lopez de Magalhães Dias:

[...] a cláusula *rebus sic stantibus* seria uma cláusula implícita a todo contrato de longa duração e condicionaria o seu cumprimento à permanência do estado de fato à época da formação do vínculo entre as partes. Assim, se esse estado se

³¹ Cf. ALMEIDA, 2005, p. 240 e BARLETTA, 2005, p. 267. Veja-se a lição de Judith Martin-Costa: “O teor do art. 51 é amplíssimo: a sanção é a nulidade da cláusula abusiva, reconhecida esta pelo Juiz, de ofício, e a ação de que dispõe o consumidor é a ação de modificação do contrato, fundada no desequilíbrio entre as partes já existente ao tempo da celebração com o objetivo de eliminar a cláusula ou alterar o seu conteúdo, mas sempre mantendo o contrato (‘princípio da conservação do negócio’). Se não for possível a alteração do contrato ou a supressão da cláusula sem prejuízo à própria inteligibilidade do contrato como regulação dotada de sentido objetivo, é permitida a ação de rescisão do contrato.” (MARTINS-COSTA, 2003, p. 155)

³² BARLETTA, 2005, p. 267.

³³ ALMEIDA, 2005, p. 240.

³⁴ MARTINS-COSTA, 2003, p. 154-155.

³⁵ BARLETTA, 2005, p. 248; DIAS, 2007, p. 327.

³⁶ Segundo Álvaro Villaça Azevedo, essa expressão pode ser traduzida como “das coisas como estão, estando assim as coisas.” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil Brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (*laesio enormis*). In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson. *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 20).

alterasse, o contratante prejudicado poderia se ver desvinculado de sua obrigação.³⁷

As teorias que se desenvolveram sobre o tema pressupõem que a revisão dos contratos por fatos supervenientes ao momento da contratação só tem razão de ser nos contratos de execução diferida³⁸ ou continuada.³⁹ Só se pode falar de alteração das circunstâncias negociais que causem um desequilíbrio econômico nos contratos cuja execução se prolonga no tempo, ao contrário dos contratos de execução imediata.⁴⁰ Com razão Judith Martins-Costa ao afirmar que a relação obrigacional nos contratos de execução diferida ou continuada – já que seus efeitos se projetam para o futuro – comporta, “[...] indubitavelmente, certa margem de risco, isto é, o risco de ter modificada, pela ação do tempo e das circunstâncias, a equação econômico-financeira de base que deu ao contrato determinado sentido objetivo.”⁴¹

Obviamente o *risco* a que a autora se refere não pode ser aquele próprio do contrato, mas sim aquele que fuja de sua álea normal, ou seja, “[...] que supere a medida que corresponde às normais oscilações de mercado dos valores trocados.”⁴²

Ao tempo das Codificações oitocentistas, a cláusula *rebus sic stantibus*, de modo geral, não foi acolhida pelos códigos, tendo em vista os seguintes motivos: a) o liberalismo econômico à época vigente; b) o fato do século XIX ser, na Europa, um período de relativa estabilidade monetária; c) em razão do extremado individualismo, consolidando, assim, o dogma da

³⁷ DIAS, 2007, p. 328.

³⁸ Os contratos de execução diferida são aqueles cuja “[...] prestação está sujeita a um termo (prazo), sendo protraída no tempo, podendo se realizar em só instante, mais ou menos longínquo em relação ao momento da conclusão, em ato único, ou num momento ‘recortado’ em prestações. Neste caso, cada uma das prestações (parcelas) que é paga, determina a extinção parcial do débito, até a extinção do débito com a consequente extinção do contrato.” (MARTINS-COSTA, 2003, p. 157, nota de rodapé 84).

³⁹ Segundo Judith Martins-Costa, nesses contratos as obrigações são duradouras ou de trato sucessivo, sendo que a prestação “[...] não pode ser adimplida em um único momento. Ela, necessariamente, se vai realizando continuamente no tempo, são adimplidas permanentemente e assim perduram sem que seja modificado o conteúdo do dever de prestação, até o seu término, pela extinção do prazo, como na locação, contratos de sociedade em um clube, seguro saúde, arrendamento, depósito, contrato de trabalho, etc. [...] a obrigação duradoura tem início e fim, mas o adimplemento que se realiza no período intermístico não modifica o débito, apenas impede que o credor exija o que já foi adimplido e que pertence ao passado. Em outras palavras, o adimplemento sempre se renova sem que se haja alteração no débito.” (MARTINS-COSTA, 2003, p. 157, nota de rodapé 85)

⁴⁰ Por contratos de execução imediata, entendam-se aqueles cuja execução é única e instantânea, ou seja, “[...] aqueles em que o adimplemento é imediato à formação, ou pouco tempo após, mas se realiza em um só instante.” (MARTINS-COSTA, 2003, p. 157)

⁴¹ MARTINS-COSTA, 2003, p. 157.

⁴² ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 262. O autor ainda complementa, na mesma página: “A lógica, em suma, é sempre esta: cada contrato comporta, para quem o faz, riscos mais ou menos elevados; a lei tutela o contraente face aos riscos anormais, que nenhum cálculo racional económico permitiria considerar; mas deixa a seu cargo os riscos tipicamente conexos com a operação, que se inserem no andamento médio daquele dado mercado. É óbvio, então, que o nível de risco correspondente à ‘álea normal do contrato’, não se pode identificar, de modo geral e abstracto, para todo o tipo de relação contratual, mas varia em relação aos particulares tipos de negócio, aos particulares mercados, às particulares conjunturas económicas.”

autonomia da vontade como valor supremo a ser respeitado.⁴³ Da mesma forma, tal teoria também não foi acolhida pelo Código Civil de 1916 (CCB/1916).

A questão da revisão dos contratos devido a fatos supervenientes à contratação voltou a apresentar interesse após as 1ª e 2ª Grandes Guerras, devido à crise econômica que assolou a Europa, tendo em consideração, principalmente, a desvalorização da moeda e as dificuldades em se obter provisões e mercadorias, atraindo, então, a atenção dos doutrinadores e do Judiciário.⁴⁴ Assim, de forma tímida, a revisão do contrato devido a circunstâncias posteriores à sua celebração foi, paulatinamente, sob diversas roupagens e modalidades, ingressando no Direito Moderno.⁴⁵

Na França, desenvolveu-se a Teoria da Imprevisão, pela qual seria possível o pedido de revisão contratual diante de uma posterior alteração profunda da situação de fato, desde que essa alteração fosse decorrente de circunstâncias excepcionais e imprevisíveis, que caracterizassem uma álea extraordinária para um dos contratantes.⁴⁶ Tal teoria ficou, inicialmente, restrita aos contratos administrativos, mas em seguida foi acolhida legislativamente pela *Loi Faillot*, de 1918.⁴⁷

Na Alemanha, temos o desenvolvimento da Teoria da Quebra da Base Objetiva do Negócio, no final do século XIX, que foi sendo acolhida pela jurisprudência e legislação. Essa teoria, ainda que tenha suas raízes na antiga cláusula *rebus sic stantibus*, dispensa a imprevisibilidade como característica fundamental para possibilitar a revisão contratual. Tal teoria, ao longo de seu desenvolvimento, apresentou duas vertentes. A primeira delas, chamada de Base Subjetiva, fundada na Teoria da Pressuposição de Windscheid, foi desenvolvida por Paul Oertmann.⁴⁸ A segunda vertente - justamente a da Base Objetiva - foi desenvolvida por Karl Larenz. Segundo este, a base objetiva do negócio é conformada pelo “[...] conjunto de circunstancias y estado general de cosas cuya existencia o subsistencia es objetivamente necesaria

⁴³ MARTINS-COSTA, 2003, p. 161; DIAS, 2007, p. 329.

⁴⁴ DIAS, 2007, p. 329; MARTINS-COSTA, 2003, p. 328.

⁴⁵ MARTINS-COSTA, 2003, p. 138.

⁴⁶ DIAS, 2007, p. 330; MARTINS-COSTA, 2003, p. 145.

⁴⁷ Veja-se a lição de Bruno Miragem ao afirmar que a “[...] teoria da imprevisão, desenvolveu-se a partir da jurisprudência e doutrina francesa do início do século XX, notadamente a partir do caso da Companhia de Gás de Bordeaux, de 1916, em que esta empresa celebrara contrato com a cidade de Bordeaux, visando o fornecimento de gás aos usuários do serviço, estabelecendo inclusive o preço que deveria ser cobrado por este fornecimento. Ocorreu que, com a alta do preço do carvão em razão da eclosão da I Guerra Mundial, e a ocupação das regiões produtoras, assim como a pressão de custos da empresa em razão do conflito, o preço originariamente contratado passou a não ser suficiente para assegurar sua viabilidade econômica. O Conselho de Estado da França, então, acolheu a pretensão da Companhia de Gás para reconhecer a imprevisibilidade da situação e a possibilidade de reequilíbrio do contrato, o que em seguida, se reconheceu para uma outra série de contratos de prestações contínuas por intermédio da edição da Lei *Faillot*, de 1918, em vista das consequências da I Guerra Mundial, imprevisíveis quando da celebração dos respectivos contratos. (MIRAGEM, 2024, p. 201)

⁴⁸ MARTINS-COSTA, 2003, p. 146-147.

para que el contrato, según el significado de las intenciones de ambos contratantes, pueda subsistir como regulación dotada de sentido.”⁴⁹ Assim, em virtude da alteração da base objetiva do negócio, os contratos que se prolongam no tempo podem ser revistos⁵⁰ pois:

*Un contrato no puede subsistir como regulación dotada de sentido: a) cuando lá relación de equivalencia entre prestación y contraprestación que en él se presupone, se haya destruído en tal medida que no pueda ya hablarse racionalmente de una “contraprestación”; b) cuando la finalidad objetiva del contrato, expresada en su contenido, haya resultado inalcanzable, aun cuando la prestación del deudor sea todavía posible.*⁵¹

Na Itália, por sua vez, foi desenvolvida a Teoria da Onerosidade Excessiva que primeiramente foi acolhida pela doutrina e depois pelo Código Civil de 1942. Segundo Judith Martins-Costa, para essa teoria, a “[...] noção forte não é (como na Teoria da Imprevisão francesa), a de ‘imprevisibilidade’ (embora a comporte), mas, efetivamente, como o próprio nome está a indicar, a de uma excessiva onerosidade para uma das partes.”⁵² Para o direito italiano, a excessiva onerosidade é aquela que “[...] produz, ao devedor, um sacrifício que altera a economia do contrato e o equilíbrio originariamente existente.”⁵³

No Brasil, o CCB/1916, reflexo dos ideais das codificações oitocentistas, não continha nenhuma disposição a respeito da matéria. Mas apesar da falta de regulamentação expressa nesse código, a partir dos anos 50, devido às crises econômicas que começaram a assolar o país, passaram a surgir vários pedidos de revisão contratual com fundamento na Teoria da Imprevisão nos tribunais brasileiros.⁵⁴ De acordo com Judith Martins-Costa, a Teoria da Imprevisão manifestou-se, primeiro, em meados da década de 60, por força da jurisprudência, na seara dos contratos administrativos.⁵⁵ Segundo José de Oliveira Ascensão:

Não obstante o silêncio legal, desenvolvera-se no Brasil, por pressão do fenômeno inflacionário, no plano doutrinário e jurisprudencial, uma corrente favorável à admissão da relevância da onerosidade excessiva superveniente por implicação de factos imprevisíveis. As fundamentações que se apresentavam eram muito variadas. Tendencialmente apelava-se à teoria da imprevisão. Outros retomavam a cláusula *rebus sic stantibus*. João Batista Villela desenvolveu a teoria da base negocial. Há ainda um curioso hibridismo com o

⁴⁹ LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento del contrato*. Granada: Comares: 2002, p. 211.

⁵⁰ Ou até mesmo resolvidos, se for o caso. Segundo Judith Martins-Costa, ao comentar sobre a Teoria da Base Objetiva: “[...] O efeito do desaparecimento da base negocial legítima o juiz a revisar o contrato de duas maneiras: restabelecendo o equilíbrio através da remodelagem de algumas cláusulas, sempre que possível; ou possibilitando a resolução, desde que a impossibilidade seja absoluta e assim o requeira a parte prejudicada. (MARTINS-COSTA, 2003, p. 149)

⁵¹ LARENZ, 2002, 159.

⁵² MARTINS-COSTA, 2003, p. 150.

⁵³ *Ibid.*, p. 151.

⁵⁴ DIAS, 2007, p. 333-334.

⁵⁵ MARTINS-COSTA, 2003, p. 145.

enriquecimento sem causa: o objectivo mínimo a atingir seria afastar o enriquecimento sem causa da contraparte.⁵⁶

O CDC, no início da década de 90, acatou a Teoria da Base Objetiva do Negócio que ia tomando corpo na jurisprudência brasileira no final dos anos 80. O CCB/2002, por sua vez, apesar de ter sido promulgado mais de 10 após o advento do CDC, é oriundo de um projeto de lei de 1975, contendo um conteúdo mais voluntarístico, afastando-se da disciplina legal do CDC, a seguir analisada.

3.2. Tutela jurídica do consumidor diante da alteração das circunstâncias fáticas que causam o desequilíbrio contratual

Mais uma vez seja permitido transcrever o inciso V, do art. 6º do CDC, destacando-se sua segunda parte: “Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: [...] V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais *ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.*”

Veja-se que essa parte do dispositivo legal estabelece o direito do consumidor de solicitar a revisão das prestações que se tornarem excessivamente onerosas devido à fato superveniente ao momento da conclusão do contrato, não sendo feita nenhuma referência ao requisito da imprevisibilidade do fato superveniente que tenha dado causa à desproporção.⁵⁷

Afirma-se que tal norma é um avanço nas relações contratuais de consumo ao não impor que o fato superveniente seja imprevisível, apenas exigindo “[...] a quebra da base objetiva do negócio, a quebra do seu equilíbrio intrínseco, a destruição da relação de equivalência entre as prestações, o desaparecimento do fim essencial do contrato.”⁵⁸ Assim, a onerosidade excessiva pode ser resultado de um simples fato superveniente, sem a necessidade de ser imprevisível e/ou extraordinário, fato que podia ter sido previsto, mas não o foi.⁵⁹ Nesse sentido, importante é a lição de Bruno Miragem:

⁵⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jones Figueiredo (coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. vol. 2. São Paulo: Método, 2004, p. 172.

⁵⁷ O CDC aproxima-se do Código Civil português, em seu art. 437: “Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afete gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.” Cf. BARLETTA, 2005, p. 255.

⁵⁸ MARQUES, 2019, p. 1055.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 1055. No mesmo sentido João Batista Almeida, ao afirmar que o CDC exige que “[...] os fatos sejam supervenientes, mas não que sejam imprevisíveis. Mesmo sendo previsível o fato, a sua superveniência aliada à quase impraticabilidade da prestação, permite a revisão do contrato, para adequá-lo ao que foi avençado pelas partes.” (ALMEIDA, 2005, p. 243). Observe-se que o fato pode até ser previsível, mas não é esperado pelas partes, pois se o fosse, evidentemente, o contrato não teria sido acordado.

[...] o CDC, coerente com a diretriz de impedir a transferência de riscos do negócio ao consumidor, assim como de promover uma maior objetivação do exame e avaliação do comportamento das partes do contrato de consumo, afasta a exigência (e com isso a necessidade de comprovação) de que o fato que tenha dado causa à desproporção fosse imprevisível. O objetivo desta disposição é a proteção do consumidor não apenas com relação a fatos supervenientes que desestremem o plano do contrato e a possibilidade de adimplemento, mas também uma vedação a que riscos inerentes ao negócio do fornecedor sejam repassados ao consumidor, quando a responsabilidade pelos mesmos seja daquele que desenvolve a atividade negocial.⁶⁰

Percebe-se, portanto, que o CDC não adotou a Teoria da Imprevisão,⁶¹ tendo-se aproximado da Teoria da Quebra da Base Objetiva do Negócio.⁶²

Frise-se que o direito de solicitar a revisão da prestação que se tornou excessivamente onerosa, bastando apenas que a causa seja um mero fato superveniente, alheio a álea normal do contrato, é um direito que assiste somente ao consumidor.⁶³ O art. 6º do CDC institui *direitos básicos do consumidor*, e de mais ninguém. O fornecedor, se for o caso, deve buscar sua tutela legal na normativa geral, isto é, no CCB/2002, que estipula mais requisitos legais para a aplicação do instituto da revisão contratual na hipótese ora estudada.⁶⁴

Afirma-se, em geral, que a onerosidade deve ser avaliada objetivamente, ou seja, que a prestação se torne excessivamente onerosa para todo e qualquer contratante que se encontre na mesma situação, não importando a onerosidade subjetiva, isto é, a situação pessoal do consumidor.⁶⁵ Todavia, há quem sustente que nos contratos de consumo, por serem contratos existenciais, é possível uma interferência do juiz de maior ou menor grau dependendo da situação em concreto analisada, podendo eventualmente se levar em consideração, para o deferimento do pedido da revisão, a onerosidade subjetiva do contratante, tendo em vista a natureza e o sujeito que estão envolvidos nesses contratos.⁶⁶ De acordo com Cláudia Lima Marques, em alguns julgados têm-se aceitado “[...] como motivo suficiente para a revisão

⁶⁰ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 9 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2024, p. 202.

⁶¹ MARQUES, 2019, p. 1057-1058; ALMEIDA, 2005, p. 242.

⁶² ALMEIDA, 2005, p. 243; MIRAGEM, 2024, p. 202. Destaque-se o seguinte trecho do texto de Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias: “[...] aproximou-se o Código de Defesa do Consumidor da teoria da base do negócio, na medida em que privilegiou a alteração do equilíbrio econômico contratual provocada pelos fatos supervenientes e a sua adaptação à nova realidade, em detrimento da busca da vontade das partes no momento da celebração do contrato, bem como de sua peculiar aptidão para prever o acontecimento modificador das circunstâncias.” (DIAS, 2007, p. 365)

⁶³ MARQUES, 2019, p. 1055; BARLETTA, 2005, p. 250. Esse direito do consumidor não deve ficar restrito aos contratos bilaterais de consumo, sendo aplicável também aos contratos unilaterais (SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. A alteração das circunstâncias e o Código do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.º 48, out./dez. 2003, p. 158).

⁶⁴ Uma das principais diferenças do tratamento jurídico da revisão contratual por onerosidade excessiva em decorrência de um fato posterior, previsto no CCB/2002, é a exigência de que o evento seja imprevisível. Cf. DIAS, 2007, p. 346-347; MARTINS-COSTA, 2003, p. 158; ASCENSÃO, 2004, p. 178, dentre outros.

⁶⁵ Cf. DIAS, 2007, p. 365.

⁶⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira, apud DIAS, 2007, p. 365-366, nota 78.

contratual e para ação corretora do equilíbrio contratual pelo Judiciário, situações em princípio individuais, como por exemplo, a perda do emprego.”⁶⁷

Esse também é o posicionamento de Otávio Luiz Rodrigues Júnior, ao asseverar que:

*O superveniente empobrecimento do contratante (impossibilidade econômica pessoal), ao contrário do direito comum, encontra alguma acolhida para suportar sua incidência no Direito do Consumidor, como causa para a revisão judicial dos contratos. Nessa ordem de ideias, até mesmo a demissão do consumidor de seu emprego poderia ser considerada como evento superveniente, e, assim, ensejador da revisão do contrato. [...] o elevado grau de vulnerabilidade e de hipossuficiência do consumidor em determinadas atividades econômicas e a falta de controle objetivo das ofertas de bens e serviços, mormente por técnicas abusivas de concessão de crédito, abrem as portas a que a exceção da ruína seja aceita, ainda que de modo excepcional.*⁶⁸

Parte dos juristas entende, ainda, que o exercício do direito de revisão pressupõe que o consumidor não esteja em mora no cumprimento de suas obrigações. Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias sustenta que o consumidor não deve suspender a execução da prestação sob o argumento da onerosidade excessiva, sem qualquer aviso ao fornecedor ou sem o ajuizamento da respectiva ação revisional, pois, dessa forma, restaria configurada a mora do consumidor, ou seja, seu inadimplemento culposos, não podendo, portanto, requerer a revisão do contrato.⁶⁹ Partilha dessa opinião Otávio Luiz Rodrigues Júnior, ao entender que o pedido de revisão contratual deverá ser arguido antes do descumprimento do contrato, sob pena de se transformar o consumidor “[...] em um simples devedor moroso, sujeito às regras da resolução por inexecução culposa.”⁷⁰

Por outro lado, cremos que Cláudia Lima Marques discorda desses posicionamentos ao afirmar que o consumidor tem o direito de rescindir um contrato, mesmo que inadimplente, pois essa seria a *ratio legis* do CDC, como se depreenderia dos artigos 54, §2º, 51, XI e §2º, 53 e 6º, V. Esse direito, para a autora, é excepcional e só pode ser concedido ao consumidor, parte mais fraca na relação de consumo.⁷¹ Veja-se que a autora se refere ao artigo 6º, V, do CDC, nos levando a imaginar que, nessa hipótese, também seria possível a solicitação de revisão por parte do consumidor em mora, pois se o mesmo poderia rescindir o contrato, medida de maior impacto porque extingue a relação contratual, não seria razoável não se admitir a revisão, que

⁶⁷ MARQUES, 2019, p. 1056.

⁶⁸ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Revisão judicial dos contratos*. Autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 209-210.

⁶⁹ DIAS, 2007, p. 366-367.

⁷⁰ RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 208.

⁷¹ MARQUES, 2019, p. 295-296. A autora cita decisões do STJ que acatam esse posicionamento.

mantém a relação contratual, só a readequando para a recuperação do seu equilíbrio econômico.

José de Oliveira Ascensão, por sua vez, entende que a parte interessada só não poderá requerer a revisão do contrato quando estiver em mora, se esta for causal para o advento da onerosidade excessiva superveniente. Na situação inversa, a parte pode se beneficiar do instituto se a onerosidade excessiva posterior à contratação tivesse sobrevivendo de qualquer modo e atuado sobre o contrato, houvesse ou não mora.⁷² Percebe-se, portanto, que a questão é controvertida.

3.2.1. Da (im)possibilidade de resolução contratual.

Importante lembrar a lição de Nelson Nery Júnior, no sentido de que o juiz, atendendo aos princípios do equilíbrio contratual e da boa-fé objetiva, deve rever os termos da cláusula contratual que provoca a onerosidade excessiva superveniente ao momento da contratação.

Assim, no âmbito das relações consumeristas, admite-se, sem controvérsias, o poder revisional do juiz na tutela do consumidor que se encontra desprotegido no mercado de consumo, procurando resgatar o equilíbrio perdido devido a alteração das circunstâncias, de forma a atender as legítimas expectativas das partes contratuais. Controvertida é, contudo, a possibilidade de o consumidor pleitear a resolução do contrato.

Recorde-se que, para Cláudia Lima Marques, de acordo com o inciso V, do art. 6º do CDC, o legislador teria criado uma exceção no sistema de nulidades absolutas das cláusulas abusivas, permitindo que o magistrado revise ou modifique, a pedido do consumidor, as cláusulas que estabeleçam prestações desproporcionais ou que sejam excessivamente onerosas para ele em razão de fatos supervenientes.⁷³ O Poder Judiciário, assim, intervém na relação contratual, modificando uma manifestação livre de vontade, para impor o equilíbrio contratual.⁷⁴ Dessa forma, a autora expõe que, nesse caso, a sanção de nulidade absoluta não seria adequada para preencher sua função, sendo necessário autorizar o juiz a agir de forma excepcional, “[...] revisando as cláusulas do contrato referentes ao preço para reencontrar o equilíbrio perdido com a atual excessiva onerosidade.”⁷⁵

Semelhante é a opinião de Otávio Luiz Rodrigues Júnior ao afirmar que não se pode falar em cláusula abusiva que contenha o instituto da onerosidade excessiva, pois quando do

⁷² ASCENSÃO, 2006, p. 186.

⁷³ MARQUES, 2019, p. 1053.

⁷⁴ Ibid., p. 1053.

⁷⁵ Ibid., p. 1054.

nascimento do contrato não seria possível identificar uma desproporção que somente o tempo revelaria.⁷⁶ Para o autor:

[...] a ideia de superveniência da alteração das circunstâncias não pode ser acomodada ao conceito de cláusula abusiva, pois esta pressupõe uma 'manifestação comissiva do abuso do direito na área contratual, mais especificamente no momento de pré-elaboração do contrato que será utilizado.'⁷⁷

O citado autor, por outro lado, entende que a onerosidade excessiva superveniente prevista no CDC tende à preservação do contrato, por meio da revisão judicial, mas que não pode ficar restrita a esse efeito, podendo o consumidor optar entre a revisão ou a resolução do contrato.⁷⁸

Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias, adotando uma interpretação sistemática, entende, por sua vez, que embora o inciso V, do art. 6º do CDC, não traga a possibilidade de resolução do contrato em razão da onerosidade excessiva superveniente, poderão as partes requerer tal efeito quando os esforços de integração não forem suficientes para garantir a manutenção da relação contratual.⁷⁹

Laerte Morrone de Castro Sampaio afirma que apesar inciso V, do art. 6º, do CDC, não aludir a essa possibilidade, outorga-se ao consumidor também o direito de pleitear a resolução do contrato no caso de onerosidade excessiva superveniente, como um reflexo do princípio da boa-fé objetiva, pois não faria sentido que o mesmo tivesse que suportar um desfalque patrimonial, representado pela sua prestação, quando, sem culpa sua, o contrato não mais atendesse às necessidades que o fizeram negociar, e nas quais se encontrava a base jurídica da avença.⁸⁰

Assim, vem sendo admitido o direito do consumidor em resolver o contrato que devido a fatos supervenientes tornaram excessivamente onerosa sua prestação, mas desde que, no caso concreto, não seja possível e adequada a revisão da relação contratual.

⁷⁶ RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 206.

⁷⁷ FERNANDES NETO, Guilherme, 1999 apud RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 206.

⁷⁸ RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 217. Observe-se que o autor faz essa afirmação sem dar maiores explicações sobre o assunto.

⁷⁹ A interpretação sistemática da autora toma como base o disposto no §2º, do art. 51 do CDC, que prevê tal solução no caso de declaração de nulidade de cláusulas abusivas. Frise-se, contudo, que apesar da autora se referir às "partes contratuais", entendemos que o instituto da onerosidade excessiva, tal como está previsto no CDC, somente se aplica ao consumidor. Diante de uma onerosidade excessiva superveniente à formação do contrato, que prejudique o fornecedor, o mesmo terá que recorrer ao direito comum, ou seja, ao que está estabelecido no CCB/2002, que, possui mais requisitos legais para incidência do instituto.

⁸⁰ SAMPAIO, 2003, p. 158.

4. SÍNTESE CONCLUSIVA

O CDC consagrou o princípio do equilíbrio contratual ao prever a possibilidade de revisão contratual, tanto na hipótese de onerosidade excessiva presente no momento da formação do contrato, quanto a decorrente de fatos posteriores à contratação.

Verificou-se que, no primeiro caso, a lesão contratual disciplinada no CDC não requer a análise de nenhum elemento subjetivo, bastando a mera desproporção entre as prestações pactuadas que venha a prejudicar o consumidor.

Em relação a segunda hipótese de revisão contratual, o CDC fixou somente que a onerosidade excessiva resulte de um fato superveniente, sem a necessidade de que o mesmo seja imprevisível, bastando a mera quebra da base objetiva do negócio.

Por fim, demonstrou-se que, em ambas as situações, deve ser privilegiada a revisão da cláusula contratual lesiva ou que se tornou, posteriormente, onerosa de forma excessiva. Admite-se, no entanto, majoritariamente, a decretação da nulidade da cláusula contratual quando isso for mais adequado à tutela do consumidor. Dessa forma, estaremos interpretando o CDC de acordo com a finalidade que lhe é própria: a de proteção dos vulneráveis.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 48, p. 55- 68, out./dez. 2003.

ALMEIDA, João Batista de. Resolução e revisão dos contratos. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos e PASQUALOTTO, Adalberto (coord). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 232-246.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jones Figueiredo (coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. Vol. 2. São Paulo: Método, 2006, p. 165-190.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. O novo Código Civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (*laesio enormis*). In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson. *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.11 -35.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado, direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento, função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 750, p. 113-120, abr. 1998.

BARLETTA, Fabiana. Apontamentos para um estudo comparado da revisão contratual por excessiva onerosidade nos direitos brasileiro, português e italiano. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, vol. 24, p. 247-272, out./dez. 2005.

BESSA, Leonardo Roscoe. XI. Proteção contratual. In: BENJAMIM, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 276-319.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Contrato: do clássico ao contemporâneo. A reconstrução do conceito. In: ASSIS, Araken et al (coord.). *Direito Civil e Processo*. Estudos em Homenagem ao professor Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 100- 111.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Onerosidade Excessiva e Revisão Contratual do Direito Privado Brasileiro. In: FERNANDES, Wanderley (coord.). *Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 325-389.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Defesa do Consumidor: retórica jurídica e realidade. *Revista Forense*, São Paulo, vol. 323, p. 388-392, jul./ ago. 1993.

GOMES, Orlando. A função social do contrato. In: _____. *Novos temas de Direito Civil*. Forense: Rio de Janeiro, 1983, p. 101-109.

LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento del contrato*. Granada: Comares, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

_____. Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 51, p. 34-67, jul./set. 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. A revisão dos contratos no Código Civil brasileiro. *Roma e America. Diritto Romano Comune*, Rome, vol. 16, p. 135-172, 2003.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*. Novos paradigmas. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. Capítulo VI – Da proteção contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto. Volume 1. São Paulo: Forense Universitária, p. 511-656.

NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 255-298.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Revisão judicial dos contratos*. Autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski e GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A lesão nos contratos e a nova codificação civil brasileira: uma análise crítica a partir do princípio da justiça contratual. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, vol. 15, p. 21-40, jul./set. 2003.

SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. A alteração das circunstâncias e o Código do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.º 48, p. 149 – 160, out./dez. 2003.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. O Princípio da igualdade e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 8, p. 146-156, out./dez. 1993.

CAPÍTULO II

A COTA ELEITORAL DE GÊNERO COMO POLÍTICA PÚBLICA (NÃO) CONTRIBUTIVA PARA O AUMENTO DA REPRESENTATIVIDADE DA MULHER NA CÂMARA MUNICIPAL DE VITÓRIA

DOI: 10.51859/amplla.hdh052.1125-2

Magali Gláucia Fávaro de Oliveira

1. INTRODUÇÃO

Ainda de forma tímida, a presença de mulheres na política brasileira tem ganhado espaço nos debates públicos, o que indica um avanço importante, uma vez que historicamente, tal grupo se viu marginalizado às questões políticas, tendo conquistado seu direito ao voto quase cem anos depois dos homens.

Apesar do progresso, é bem verdade que a parcela de mulheres no Poder Legislativo, ainda permanece significativamente menor em relação à de mulheres na sociedade, as quais somam-se em maioria.

Como forma de correção da falha de sub-representatividade, o Brasil tem seguido, desde os anos 90, uma série de regras eleitorais a fim de aumentar a quantidade de mulheres candidatas e eleitas em eleições proporcionais, isto é, aquelas para as casas legislativas (Câmara Municipal, Assembleia Estadual e Congresso Nacional).

No que se refere, mais especificamente, a nível municipal, as cotas para candidatas mulheres foram aderidas em 1995. Tal previsão se estendeu em 1997 para todas as eleições proporcionais, estabelecendo a reserva mínima de 30% de vagas para o sexo oposto nas listas partidárias.

Não obstante a Lei de Cotas significar uma ferramenta importante de ação afirmativa, que visa garantir a inserção da mulher nos processos eleitorais, ela ainda é passível de críticas, ante as inúmeras barreiras para sua eficiência, como à utilização artificiosa de candidaturas fictícias ou “laranjas” para preencher o mínimo legal.

Assim, a presente pesquisa tem como o escopo a investigação dos entraves e desempenho das cotas na política brasileira, mais especificamente na cidade de Vitória/ES, a fim de apurar se houve aumento da representação feminina na câmara municipal.

2. A DESIGUALDADE E PARIDADE ENTRE GÊNEROS NOS ÂMBITOS POLÍTICO E ELEITORAL

Por muito tempo a conquista ao direito ao voto foi o ponto central dos movimentos feministas. O sufrágio representava o reconhecimento pela sociedade e pelo Estado de que mulheres também possuíam visões de mundo, interesses próprios e capacidade de gerir a vida coletiva (Miguel, 2014).

É cediço que, o cenário político, palco das decisões, se desvela como cenário de marginalização e preconceito contra a mulher. A presença feminina nas esferas do poder é tamanho inexpressiva, especialmente se comparada à sua representatividade populacional (Sabino; Lima, 2015).

Mesmo que não existam restrições legalmente impostas, a participação da mulher na vida política é muito pequena e uma parcela ainda menor alcança êxito como representante em eleições. Apesar de não se poder expressar que isso é uma injustiça, vez que tal conceito depende de inúmeras variantes, é certo que, ausentes das esferas de decisões, as mulheres, enquanto grupo, permanecem em situação desprivilegiada para transformar seus interesses em questões políticas legítimas e prioritárias (Mota; Biroli, 2010).

No Brasil, uma mulher só alcançou o cargo mais alto do país, 121 (cento e vinte e um) ano após a Proclamação da República, tendo Dilma Rousseff, tomado posse, no dia 1º de janeiro de 2011, e enfrentado – a par, nesse contexto, de qualquer argumentação política – críticas duríssimas envoltas ao gênero até seu impeachment em 31 de agosto de 2016.

Em um mapeamento de comentários ofensivos de leitores direcionados à presidenta Dilma Rousseff em duas publicações da página do jornal Folha de S. Paulo no Facebook, postadas em 16 de março de 2015 – relativas à primeira declaração oficial da presidenta após os protestos pró-impeachment, foram mapeados 1.158 comentários de leitores, verificando-se 56% deles constituíam-se de ofensas que continham preconceito de gênero (Stocker; Dalmaso, 2016).

Demais ditos, a baixa representatividade não é problema exclusivo do nosso país. De acordo com o Mapa da Inter-Parliamentary Union sobre Mulheres na Política (Inter-Parliamentary Union, 2021), o qual traz dados sobre mulheres em cargos governamentais e parlamentares a partir de 01 de janeiro de 2021 em todo o mundo, a participação de mulheres

nos parlamentos nacionais tem sofrido ligeiro aumento, apesar de, em contrapartida, ter aumentado o número de países sem mulheres no governo.

A pesquisa mostra que apenas 22 (vinte e dois) países possuem mulheres ocupando o papel de Chefes de Estado ou de Governo - 5,9% dos Chefes de Estado eleitos (9 de 152) e 6,7% dos Chefes de Governo (13 de 193), não figurando o Brasil nesses percentuais (Inter-Parliamentary Union, 2021).

Quanto as vagas parlamentares, a situação não é diversa, estando o Brasil em posição 142 de 187 países sobre os quais há dados. Na Câmara Federal, 78 mulheres ocupam a casa com 513 assentos, o que atinge o percentual de 15,2%. Já no Senado Federal, são 10 mulheres eleitas para as 81 vagas, percentual ainda menor, de 12,4% (Inter-Parliamentary Union, 2021).

Interpretando os dados, é possível verificar que desde 1997, quando se iniciou o acompanhamento da presença feminina nos parlamentos do mundo, houve um pequeno aumento médio de meio ponto percentual por ano (Miguel, 2014).

Tais dados existem em razão dos padrões e culturas que constroem a política como espaço masculino, completamente avesso a rotina dos cuidados domésticos, os quais pertencem em maior escala às mulheres, que acabam dispondo de menos tempo livre para a participação de discussões públicas (Gomes, 2012).

Dados de alguns países também revelam que, entre ocupantes de cargos públicos, o percentual de pessoas viúvas e solteira é muito maior entre as mulheres do que entre os homens. Diz-se isso em razão da família, que para elas representa um fardo em relação a carreira, e para eles, é uma retaguarda de apoio. Medidas como creches, divisão igualitária de tarefas domésticas e redução da discriminação do gênero no mercado de trabalho poderiam amenizar tal situação (Miguel, 201).

Faz-se necessário destacar que a baixa presença ou mesmo ausência das mulheres em cargos eletivos, não implica em inércia de participação política. Isto porque, a mulher tem se encontrado cada vez mais em movimentos organizados, dando visibilidade as suas reivindicações e promoções por meio de campanhas, marchas, protestos, extra disputas-eleitorais, vez que estas, como já dito, encontram-se em ambiente político, historicamente masculino, em que predominam brancos e proprietários (Biroli, 2018).

3. O SISTEMA DE COTAS DE GÊNERO NA LEGISLAÇÃO ELEITORAL E SUAS MODALIDADES

Diversos são os empecilhos existentes para a maior inserção das mulheres na política. As estruturas tradicionais das instituições e partidos, a difícil conciliação entre a vida pública e

privada, o limitado acesso a recursos financeiros, a falta de uma cultura política com viés de gênero e alguns tipos de sistemas eleitorais excludentes, são exemplos (Gomes, 2012).

No Brasil, o sistema eleitoral se assenta em duas modalidades fundamentais de representação, quais seja, o majoritário na eleição de senadores e titulares do Executivo e o da representação proporcional na escolha dos deputados federais, estaduais e vereadores (Bonavides, 2001).

Tomamos por enfoque maior neste trabalho, a fórmula eleitoral proporcional, aderida nas eleições municipais. Tal modalidade permite aos eleitores sentir a força do seu voto, conferindo às minorias igual ensejo de representação conforme sua força quantitativa, protegendo e defendendo tais grupos que ficam desatendidos pelo sistema majoritário (Bonavides, 2001).

A busca é assim pela representação da minoria. O fundamento teórico é o argumento da justiça, uma vez que esse sistema permite representar o país de acordo com as infinitas diversidades que ele comporta (Pedra, 2008).

As vagas são distribuídas de forma proporcional aos votos obtidos pelo partido ou coligação partidária e, de forma encadeada, são identificados os candidatos que ocuparão as vagas. A ideia é a valorização do voto no partido, identificando o eleitor com uma proposta político-partidária, garantindo a representatividade da minoria (Pedra, 2008).

Em sentido oposto, não se pode ocultar que a multiplicidade de partidos que o sistema engendra, resulta fraqueza e instabilidade dos governos, ameaçando o esfacelamento e desintegração dos partidos políticos – quando não debandam uniões intrinsecamente oportunistas com alianças e coligações que brigam ideologicamente (Bonavides, 2001).

Para além das fórmulas proporcionais, é necessário saber qual o tipo de lista adotada. Com as listas, ainda que haja a possibilidade de se votar em apenas um candidato, todos os votos de todos os candidatos são respeitados para o cálculo do número de cadeiras possuídas pelo partido (Pedra, 2008).

As listas podem ser fechadas ou abertas, sendo a primeira, criada a partir de debates internos dos partidos, nos quais os líderes partidários encabeçam as listas e os candidatos. Os que forem definidos *a priori*, serão os eleitos, tanto quantos forem as cadeiras obtidas. (Pedra, 2008).

Conforme salientado, num sistema de lista fechada, cada partido controla o posicionamento dos seus candidatos na sua lista, o que significa que os eleitores votam nos partidos e não nos candidatos.

A quantidade de votos efetuadas para o partido determina quantos candidatos da lista se elegerão. Todavia, durante a campanha eleitoral, os candidatos de um mesmo partido lutam juntos pela maximização dos votos da legenda. Como exemplos de país que adotam essa conjectura, estão Argentina, Bolívia, Costa Rica, República Dominicana, Paraguai e Venezuela (Htun, 2001).

Tal sistema apresenta como desvantagem, a despersonalização nas relações entre eleitores e eleitos e a arbitrariedade que pode haver de um ou alguns dirigentes na escolha nos nomes preferidos (Pedra, 2008: 31).

A segunda, por sua vez, escrutínio de lista aberta, tem o eleitor como centro principal. Diz-se isto porque são eles quem escolhem o candidato de sua preferência na lista partidária, não havendo ordem prévia estabelecida pelo partido. A ordem dos candidatos dar-se-á de acordo com a votação individual que obtiverem, mas todos dependem do número de votos também obtidos pelo partido. Tal sistema facilita o surgimento de novas lideranças e, ao mesmo tempo, enfraquece e deteriora os partidos políticos. Outrossim, como os candidatos concorrem entre si, as campanhas eleitorais se tornam mais encarecidas (Pedra, 2008).

Esclarecendo o alcance dessa afirmativa, num sistema de lista aberta, como o do Brasil, os eleitores escolhem os seus candidatos votando nestes e não nos partidos. Desta forma, o fator que determina quem serão os eleitos é a quantidade de votos recebidos por cada candidato individualmente.

Assim, essencialmente, as eleições produzem uma competição interna nos partidos, o que faz com que os candidatos disputem a preferência do eleitorado entre si e entre os candidatos dos demais partidos (Htun, 2001).

Toda essa problemática, põe em evidência que o tipo de sistema eleitoral adotado por cada país, pode facilitar e ou impor barreiras ao acesso de mulheres às cadeiras dos parlamentos, sendo o sistema de lista proporcional, tal qual o adotado na Suécia, o que mais as oportuniza (Moraes, et. al, 2014).

Nessa direção apontam alguns movimentos feministas, que argumentam ser necessária uma mudança no sistema eleitoral brasileiro, com listas fechadas e alternância de nomes femininos e masculinos e financiamento público de campanha, a fim de aumentarem as chances de competição (Gomes, 2012).

Observa-se, todavia, não basta estar na lista do partido. A lei argentina, usada aqui de forma exemplificativa, tem uma norma de obrigatoriedade de posição competitiva da lista que diz que cada terceira posição deve ser ocupada por uma mulher.

Assim, se um partido estiver concorrendo a somente duas vagas num Distrito, pelo menos um dos candidatos terá de ser mulher. Em países com sistema de lista fechada, na qual não consta norma de obrigatoriedade de posição competitiva para mulheres, como a Costa Rica, a República Dominicana e a Venezuela, a eficácia de cotas tem é deveras reduzida (Htun, 2001).

É possível apontar também que a circunscrição eleitoral restrita pode dificultar a eleição de mulheres. Isto porque, em um pequeno Distrito, onde há grande quantidade de partidos concorrendo às eleições, estes normalmente só ganham uma ou duas vagas no Distrito (Htun, 2001).

De forma derradeira, há de se ressaltar o compromisso partidário. As cúpulas partidárias precisam buscar o compromisso não apenas com o estabelecimento de cotas, mas também com a sua verdadeira eficácia (Htun, 2001). É que, na verdade, muitas mulheres atuam apenas como candidatas laranjas, que podem ser identificadas por não praticarem mínimos de campanha; não receber quais quer doações; receberem zero votos e/ou desistirem ou renunciarem às suas candidaturas (Ramos, 2017).

4. A MENSURAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DA MULHER NA CIDADE DE VITÓRIA/ES

Diversas organizações feministas e de mulheres, vem construindo mobilizações junto à Organização das Nações Unidas (ONU) há mais de cinquenta anos, a fim de que as mulheres sejam mundialmente reconhecidas como sujeitos de direito. Tal reconhecimento expressamente se viu na redação de planos, acordos e pactos globais oriundos de conferências e convenções de temas gerais ou que envolvessem a causa da mulher (Prá, 2014).

Com o devido reconhecimento aos aportes de gênero, a ONU exigiu dos Estados que a integrasse em todas as políticas e programas, assim como na legislação. Nesse cenário foram adotadas ações afirmativas, tornando-se as cotas como imperativos para a erradicação da desigualdade entre homens e mulheres na política (Prá, 2014).

A Lei. 9.504/97 que previa em seu art. 10, §3º que os partidos e coligações deveriam reservar 30% (trinta por cento) das vagas para o sexo oposto, com a Lei 12.034/2009, viu o verbo ser retificado para que tal norma se tornasse uma exigência de representação.

Em alguns países, como forma de superar o problema de baixa presença de mulheres no Poder Legislativo, foram adotadas ações afirmativas, tais como as cotas por sexo. Isso significa que uma parcela das vagas de candidatos, ou mesmos dos assentos no parlamento, ficam reservadas às mulheres (Miguel, 2014).

Há quem critique tal indicação, sob o argumento de que se as mulheres, de forma individual, podem expressar suas preferências nas eleições, então como grupo, não podem se queixar se estão pouco ou mal representadas nas esferas decisórias (Miguel, 2014).

Todavia, em sentido contrário, é necessário destacar que ainda que um parlamento majoritário ou exclusivamente masculino tenha sido formado por uma eleição composta por metade de mulheres votantes, se esse parlamento não é capaz de representá-las de forma adequada, faz-se necessárias medidas corretivas, como as cotas (Miguel, 2014).

Nesse cenário, passa-se a verificar a participação da mulher como representante política, especificamente na cidade de Vitória/ES. Antes, porém, é necessário tecer algumas informações. A capital do Estado, a qual conta no ano de 2021 com aproximadamente 365.000 (trezentos e sessenta e cinco mil habitantes), localiza-se na região sudeste do país (IBGE, 2020).

Nas eleições municipais, do ano de 2020, em todo o estado, houve 11.806 (onze mil oitocentos e seis candidatos), dos quais 7.961 (sete mil novecentos e sessenta e um) eram homens e 4.115 (quatro mil cento e quinze) eram mulheres, ou seja, elas apareciam em 34,85% das candidaturas. 860 (oitocentos e sessenta) vereadores foram eleitos no Estado e, destes, apenas 91 (noventa e um) são mulheres, o que equivale a 10,8%, reduzindo ainda mais a baixa representatividade (TSE, 2020).

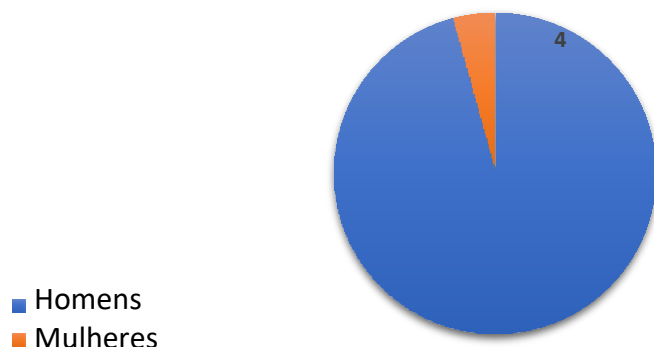
Não se pode negar todos os dados, isto porque, no ano de 2016, o número de mulheres eleitas era ainda menor, chegando a apenas 77 (setenta e sete). Das 91 (noventa e uma) mulheres eleitas em 2020, duas foram então empossadas para a cidade de Vitória, objeto do nosso estudo (TSE, 2020).

Pois bem. Antes de adentrar na atual legislatura, imprescindível traçar o contexto histórico da Câmara Municipal, que desde 1950 tem sido ocupada, galgando 70 (setenta) anos de eleições desafiadoras para as mulheres (Câmara Municipal De Vitória, 2021).

No total percorrido até a atualidade, 311 (trezentos e onze) homens já assumiram o cargo em contraposição a apenas 14 (quatorze) mulheres, percentual de 4,30%. Se considerarmos também os suplentes que tomaram posse ao longo da história, acrescentam-se mais 22 (vinte e dois homens) e 01 (uma) mulher, a qual, para os devidos registros e honrarias, foi Virgínia Brandão (PPS), totalizando um percentual de 4,31%, conforme verificamos na tabela que segue:

Tabela 1 – Percentual total de vereadores por divisão de gênero no histórico da Câmara Municipal de Vitória/ES.

PERCENTUAL TOTAL DE VEREADORES POR DIVISÃO DE GÊNERO



A primeira vereadora da Capital foi Helena Liliana Pignataro (PSP), eleita para exercero mandato entre 1951 a 1954. Em uma de suas poucas intervenções na tribuna, pleiteou ao prefeito para que tomasse providencias a fim de que a empresa de ônibus atuante na época, cumprisse o horário de viagem estabelecido para a linha Vitória-Goiabeira (Santos, 2014).

A próxima legislatura feminina apareceu quase 30 anos depois, em 1983 a 1988. Maria Elizabeth Ozório da Costa e Etta Fern Gonçalves de Assis, ambas do PMDB, formavam a banca feminina, pela primeira vez com duas parlamentares. No “Dia Internacional da Mulher”, Etta fez um discurso elogioso às “donas de casa” e ao “procedimento da mulher na vida social e política do país” (Santos, 2014).

A Vereadora Elizabeth, mais conhecida como Beth Osório, se mostrou muito atuante no campo da cultura, bem como fez campanha com finalidade de demonstrar e criticar o apadrinhamento na distribuição dos cargos no governo, intitulado a luta como “o apadrinhamento da distribuição de cargos” (Santos, 2014).

Nas duas eleições seguintes, Luzia Alves Toledo (PSDB) e Gilsa Helena Barcellos (PT) figuraram como representantes femininas. A Primeira, teve carreira promissora na política como vereadora, vice-prefeita da capital do Estado, assumiu como Senadora suplente em 2000 e por quatro vezes exerceu mandato como deputada estadual. A segunda, por sua vez, em seu mandato, integrou a Comissão Permanente de Meio Ambiente, relatou o processo constituinte municipal e coordenou a comissão de Política Sócio-urbana da Constituinte Municipal (Assembleia Legislativa Do Estado Do Espírito, 2021).

Já em 2001, Neuza de Oliveira (PSDB), também conhecida como Neuzinha, se estabeleceu em cinco mandados consecutivos, propondo mais de 50 (cinquenta) projetos de leis), deixando a casa para concorrer a candidatura como chefe do executivo municipal, sem êxito (Câmara Municipal De Vitória, 2021).

Dentre suas propostas, destaca-se a Lei Ordinária nº 8.927/2016, o qual estabelece diretrizes para criação do Programa Centro de Parto Normal – Casa de Parto, para o atendimento à mulher no período gravídico-puerperal, único com viés de gênero.

Na última eleição, duas novas mulheres foram eleitas: Camila Valadão (PSOL) e Karla Coser (PT). Camila foi a segunda vereadora mais bem votada de Vitória, sendo a primeiramulher negra eleita na Capital. Ambas, em pouco mais de seis meses de vereança, apresentaram dois projetos de lei, nenhum relacionados diretamente ao gênero, restando assim a configuração da Câmara Municipal ao longo das décadas:

Tabela 2 – Números de mulheres por vereança na cidade de Vitória/ES desde 1950



Não é possível deixar de mencionar que no Dia Internacional da Mulher, a vereadora Camila Valadão, durante a sessão ordinária, quando ocupava lugar de destaque na Mesa Diretora a convite do presidente da Casa, foi surpreendida pelo vereador Gilvan da Federal (Patriota), o qual argumentava que sua vestimenta – blusa vermelha com um ombro descoberto - era inapropriada para a ocasião.

Em um dia significativo, o questionamento incisivo foi interpretado pela vereadora como um constrangimento afrontoso, relacionamento de forma direta a luta de gênero (Bourguignon, 2021).

Dos dados acima, verifica-se que as ações positivas implementadas pela minirreforma política elaborada em 2009 com a Lei 12.034, mostrou-se insuficiente para reduzir, ainda que minimamente, a ausência de mulheres nas esferas de poder e decisão. Situação parecida com as estatísticas acima mencionadas relacionadas a parlamentares e o empoderamento político.

Tais dados se desvelam porque as cotas e sistemas de paridade convivem com elementos patriarcais na cultura política, que de mãos dadas caminham com sistemas políticos, eleitorais e partidários não colaborativos ao acesso das mulheres a cargos eletivos e à vida pública (Prá, 2014).

Outrossim, mister trazer à baila que o discurso político das mulheres que conseguem ser eleitas, se dirige de maneira majoritária para questões vinculadas a assistência social, família ou educação, sempre em círculos reduzidos de temáticas tidas como mais apropriadas do que as de gênero (Miguel, 2014).

É bem verdade que a maior presença de integrantes de grupos nominados nos espaços de poder, por si só, não eliminam ou reduzem de maneira significativa, a desigualdade política. Todavia, ela possibilita que as decisões sejam tomadas de forma mais diversificada, mais similar ao corpo social (Miguel, 2014).

É demais audacioso argumentar que as cotas, tão somente, têm influenciado para o sutil crescimento das mulheres no campo político de Vitória/ES e, quiçá, do Brasil, uma vez que, junto delas, a pluralidade dos feminismos brasileiros acentuou-se nos últimos anos, havendo expansão do espaço discursivo (Biroli, 2018).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade se demonstra ainda atual na segregação das mulheres nos campos políticos e debates públicos. Fruto de uma estrutura patriarcal, onde o homem possui voz de controle, razão e decisão, o espaço feminino na política foi alcançado em data muito posterior ao masculino e ainda se mostra limitado e segregacionista.

Para redução da disparidade, inúmeras tratativas têm sido criadas, tais como as cotas e ações afirmativas, que reservam ao sexo oposto, normalmente as mulheres, 30% das vagas concorridas no eleitorado.

Ocorre que, como visto, tal sistema não é, por si só, suficiente para equilibrar e reestabelecer a igualdade de gêneros. Isto porque, as modalidades de sistemas eleitorais, majoritário ou proporcional, podendo este último ainda ocorrer por lista aberta ou fechada, influenciam significativamente nos resultados.

No que tange a cidade de Vitória/ES, de forma mais específica, verificou-se que em setenta anos de legislatura, além da reduzida representatividade feminina, o sistema de cotas não interferiu, de nenhuma maneira, no acréscimo de mulheres eleitas.

Atualmente, duas vereadoras figuram na bancada da câmara municipal, fato que pode ser atribuído muito mais as bandeiras levantadas por ambas, que não possuem enfoque de forma primordial no gênero, do que ao sistema de representatividade eleitoral.

Tal discussão é deveras importante vez que um maior número de mulheres no poder indica novos itens na agenda política, com mais projetos relacionados com as questões dos direitos da mulher, da criança e da família. Ademais, como visto, eliminar as barreiras formais à inclusão não se mostram suficientes, sendo imperioso que incorporemos, ainda que de forma “forçosa” os grupos marginalizados no campo político, rompendo toda a inércia estrutural que os mantêm distantes.

REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. **Parlamentares**. Luzia Toledo. Disponível em: <<http://www3.al.es.gov.br/spl/parlamentar.aspx?id=27>>. Acesso em 20 de jul. 2021.

BIROLI, Flávia. **Gênero e Desigualdades: os limites da democracia no Brasil**. 1. Ed. São Paulo. Boitempo, 2018.

BOURGUIGNON, Natália. Vereadora tem roupa criticada em sessão da Câmara no Dia da Mulher. **A Gazeta**. Publicado em 08/03/2021. Disponível em: <<https://www.agazeta.com.br/es/politica/vereadora-tem-roupa-criticada-em-sessao-da-camara-no-dia-da-mulher-0321>>. Acesso em 20 de jul. de 2021.

CÂMARA MUNICIPAL DE VITÓRIA. **Todas as legislaturas**. Disponível em: <https://www.cmv.es.gov.br/uploads/filemanager/LEGISLATURA_2.pdf>. Acesso em 10 de jul. 2021.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICAS. População no último censo [2010]. **População estimada [2020]**. Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/es/vitoria/panorama>>. Acesso em 22 de jul. 2021.

INTER-PARLIAMENTARY UNION (UIP). **Mapa sobre Mulheres na Política**. Disponível em: <<https://www.ipu.org/news/women-in-politics-2021>>. Acesso em 22 de jul. 2021.

GOMES, Alessandra Soares Muniz Gones. Meios de comunicação e identidade feminina nos espaços da política eleitora. **Caderno Espaço Feminino**. v. 25, n. 1, Jan./Jun2012.

HTUN, MALAA. Política de cotas na América Latina. **Revista Estudos Feministas**[online]. 2001, v. 9, n. 1, pp. 225-230. 2001. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0104-026X2001000100013>>. Acesso em 14 de jul. 2021.

MIGUEL, Luis Felipe. **Feminismo e política: uma introdução**. 1. Ed. São Paulo:Boitempo, 2014.

MORAES, Thiago Pérez Bernardes de; *et. all.* Política e sub-representação: um estudo sobre a correlação entre qualidade da democracia, ideologia e mulheres nos parlamentos. **Derecho y Cambio Social**. Ano 11, n.º. 36, 2014. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/7202>>. Acesso em 20 de jul. 2021.

MOTA, Fernanda Ferreira; BIROLI, Flávia. O gênero na política: a construção do "feminino" nas eleições presidenciais de 2010. **Cadernos Pagu** [online]. 2014, n. 43, pp. 197-231. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0104-8333201400430197>>. Acesso em 20 de jul. 2021.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Sistema Eleitoral e democracia representativa. In: **Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio**. AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos. (coord.) Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PRÁ, Jussara Reis. Mulheres, direitos políticos, gênero e feminismo. **CadernosPagu** [online]. 2014, n. 43, pp. 169-196. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0104-8333201400430169>>. Acesso em 24 de jul. 2021.

RAMOS, Luciana de Oliveira. **Os tribunais eleitorais e as candidaturas femininas fictícias**. São Paulo: **Revista Eletrônica de Direito Eleitoral e Sistema Político** – REDESP, 2017. Disponível em: <[http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5347/2017_ramos_tribuna is_e l eitorais_candidaturas.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5347/2017_ramos_tribuna%20is_e%20itorais_candidaturas.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 22 de jul. 2021. SABINO, Maria Jordana Costa; LIMA, Patrícia Verônica Pinheiro Sales. Igualdade de gênero no exercício do poder. **Revista Estudos Feministas** [online]. 2015, v. 23, n. 03, pp.713-734. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0104-026X2015v23n3p713>>. Acesso em 15 de jul. 2021.

SANTOS, Estilague Ferreira dos. **História da Câmara Municipal de Vitória: os atos e as atas**. V. 2 - O discurso dos vereadores e a gestão da cidade. Vitória/ES: Câmara Municipal de Vitória, 2014.

STOCKER, Pâmela Caroline; DALMASO, Silvana Copetti. Uma questão de gênero: ofensas de leitores à Dilma Rousseff no Facebook da Folha. **Revista Estudos Feministas** [online]. 2016, v. 24, n. 3, pp. 679-690. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1806-9584-2016v24n3p679>>. Acesso em 26 de jul. 2021.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Resultado das eleições de 2020**. Disponível em: <<https://www.tre-es.jus.br/eleicoes/eleicoes-2020/resultados>>. Acesso em 18 de jul. 2021.

CAPÍTULO III

TRABALHADORES POR PLATAFORMAS DIGITAIS: NOVA FORMA DE ESCRAVIDÃO?

DOI: 10.51859/amplla.hdh052.1125-3

Fernanda Modolo Vieira Machado

1. INTRODUÇÃO

As tecnologias sempre estiveram envolvidas nos processos de trabalho e de produção, o que é caracterizado desde a Primeira Revolução Industrial com a introdução das máquinas a vapor para o aumento da produção, até chegarmos na conhecida Indústria 4.0 que é caracterizada pela profunda integração de tecnologias digitais nos processos de produção e negócios. “Dialeticamente, as tecnologias cumprem um papel, mas não são o vetor central ou único das mudanças no mundo do trabalho” (Miranda, Grohmann e Salvagnim, 2023, p.19).

A Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (Unctad) publicou um relatório em 2019 comparando as mudanças sofridas pelo mercado referente aos setores econômicos e de produção. Aponta o documento que enquanto em 2009 predominavam os setores de óleo e gás, no ano de 2018 o setor de tecnologia se expandiu de 16% para 56% (Unctad, “Digital Economy Report 2019”).

As empresas estão se transformando para agir com o uso de tecnologias digitais como parte de sua organização. Nesse sentido, o trabalho como meio de subsistência é alterado, substancialmente, com a intensificação do uso de tecnologias digitais. Quantos trabalhadores, você conhece, que se relacionam de uma maneira ou de outra, com contextos digitais ao longo do circuito do trabalho – atuando nas ruas ou da própria casa, remotamente?

Que tipos de trabalhadores são afetados pelas plataformas digitais? Aqueles que trabalham nas grandes empresas de tecnologia (como Microsoft, Dell), ou os que trabalham para as plataformas digitais (como Instagram, Meta), ou aqueles que trabalham em home office, ou aqueles que vendem bolo de pote via Instagram ou WhatsApp até o trabalho dos chamados criadores de conteúdo/influenciadores nas plataformas?

O que é o trabalho por plataformas digitais, suas implicações, intercorrências e possibilidades? Temas que iremos conversar a partir de agora.

2. TRABALHADORES POR PLATAFORMAS DIGITAIS

Segundo Van Dijck, Poell e De Waal (2018), plataformas digitais reconfiguram interações sociais, políticas e econômicas, destacando-se pela capacidade de transformar mercados e formas de organização social através de algoritmos, dados e interfaces que estruturam a interação entre os usuários.

“As plataformas são infraestruturas digitais alimentadas por dados, organizadas por algoritmos e governadas por relações de propriedade, com normas e valores inscritos em seus desenhos e interfaces” (Miranda, Grohmann e Salvagnim, 2023, p.31). Ou seja, as empresas e governos conectam-se com os usuários (como: consumidores ou trabalhadores) por meio destas infraestruturas tecnológicas que estão organizados basicamente em uma relação de estreita dependência com dados, algoritmos, gestão algorítmica e vigilância.

Mas o que são algoritmos? “Executados pelo computador a partir de uma sequência de instruções em linguagem de programação, como uma receita em etapas, os algoritmos visam alcançar um resultado [...]” (Maiello; Benedito; Beraldo, 2023).

A compreensão do trabalho por plataformas digitais pressupõe entender que o processo de produção capitalista, no qual estamos inseridos, é o digital, o que reflete diretamente na digitalização do mundo do trabalho. Qual é o significado de plataformas? As plataformas são, na definição de Thomas Poell, David Nieborg e José Van Dijck, “infraestruturas digitais (re)programáveis que facilitam e moldam interações personalizadas entre usuários finais e complementadores, organizadas por meio de coleta sistemática, processamento algorítmico, monetização e circulação de dados”. (citado por Maiello; Benedito; Beraldo, 2023)

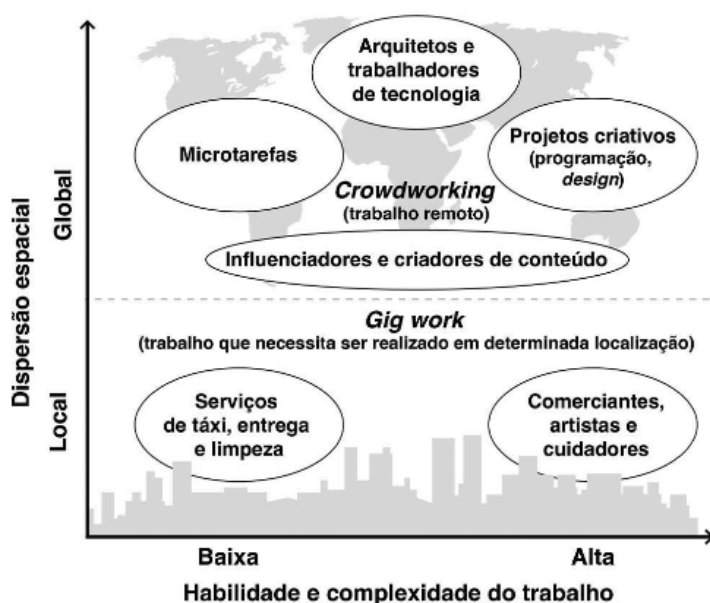
Desta forma, o trabalho por plataformas pode ser definido “como o trabalho que é mediado, organizado, controlado e governado por plataformas digitais.” (Miranda, Grohmann e Salvagnim, 2023, pp. 22-23). Segundo a literatura especializada, o trabalho por plataformas também configura um “trabalho vigiado” no qual a “chefia é o aplicativo/plataforma” e é difícil contestar decisões, já que as regras não são claras e não há gerência humana a quem se possa recorrer.

Outras dificuldades, segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT), são comprovar o tempo dedicado, a falta de confiança na estrutura, a obscuridade das regras ou o próprio medo de ser “cancelado”.

Ultrapassado a compreensão sobre a definição de plataformas digitais, questiona-se o que será do futuro do trabalho diante da multiplicidade de trabalhadores plataformizados? Para onde essa plataformização nos levará?

Benanav (2020) afirma que em vez de desemprego em massa, haverá uma crescente intensificação de subempregos. Isso porque a plataformização do trabalho já está acarretando a maior fragmentação, parcialização e desqualificação do trabalho, denominado de “taskificação” das atividades de trabalho. O que é reforçado pelo uso da inteligência artificial no processo do trabalho humano, o que é chamado de heteromação (Hamid e Bonnie, 2017).

Isso nos faz questionar: quem são os trabalhadores por plataformas digitais? O uso de plataformas digitais é generalizado em diversas cadeias produtivas, conseqüentemente, há uma multiplicidade de identidades, tipos de trabalho e formas de atuação que já estão sendo impactados por este modelo de trabalho. Não obstante existir na literatura ausência de concordância sobre como classificar quem são estes trabalhadores por plataformas digitais, este artigo apresenta algumas proposições referente aos tipos de trabalhadores:



81

Percebemos que todos os tipos de trabalho podem ser prestados por meio de uma plataforma digital, seja baseada em aplicativos – como serviços de entrega e limpezas – e outras na web, funcionando por meio de websites, como é o caso de plataformas de serviços jurídicos ou microtrabalho. O espaço geográfico não é mais um empecilho para a realização das atividades laborais, pois podem ser realizadas nas ruas/em locomoção ou se dentro de casa, em um trabalho remoto por plataformas.

⁸¹ Steven Vallas e Juliet B. Schor, “What Do Platforms Do? Understanding the Gig Economy”, op. cit., adaptado de Chris Forde et al., “The Social Protection of Workers in the Platform Economy”, European Parliament, 7 dez. 2017.

Alguns exemplos nos ajudarão a compreender o alcance do trabalho por plataformas digitais: entregadores (motoboys e bikeboys), professores, médicos e Papai Noel existem há muitos anos. Mas, como a plataformização digital, os serviços do motoboy/bikeboy são requisitados através de aplicativos, como Ifood. Os professores com a pulverização dos ensino à distância passam a ministrar aulas gravadas para milhares de alunos. Os médicos com o uso da telemedicina. E até a contratação de Papai Noel passa a ser feita por aplicativos especializados!

2.1. Trabalhadores de Microtarefas e Inteligência Artificial

A inteligência artificial é realmente tão inteligente ao ponto de não precisar de trabalhadores? Segundo Kate Crawford (apud Maiello; Benedito; Beraldo, 2023), “a IA não é nem inteligente nem artificial”. A heteromação é o “crescente papel do trabalho humano em processos de inteligência artificial, também chamado de fauxtomation (automação falsa” (Hamid e Bonnie, 2017). O trabalho humano é necessário para a mineração de dados para a economia de plataformas. São tarefas que “até poderiam ser realizadas por meio de IA, mas é mais fácil ou barato terceirizar para trabalhadores. Isso envolve uma crescente parcialização e fragmentação do trabalho” (Miranda, Grohmann e Salvagnim, 2023, p.51).

Sandro Mezzadra e Brett Neilson argumentam que para a IA existir é preciso literalmente cavar a Terra, monetizar práticas humanas e capturar dados em escala quase global, configurando um sistema predatório e extrativista. (Maiello; Benedito; Beraldo, 2023)

Se você curte as dancinhas do TikTok, fique atento! Brasileiros são contratados para transcrever vídeos para o TikTok e receber menos de um dólar (Ribeiro, 2021). No Brasil há pelo menos cinquenta plataformas de microtrabalho em atuação (Braz, 2021). Há cerca de 160 milhões de trabalhadores no mundo atuando com microtrabalho, a maioria do Sul Global, segundo Antonio Casilli.

A literatura acadêmica tem denominado esse tipo de atividade como “trabalho fantasma”, “trabalho do clique” e “microtrabalho”, são tarefas repetitivas realizadas pelos trabalhadores que produzem dados para IA (Miranda, Grohmann e Salvagnim, 2023, p.53).

Como categorizar os trabalhos de microtarefas? ⁸²

⁸² Fonte: (TUBARO; CASILLI; COVILLE, 2020)

CATEGORIAS	CARACTERÍSTICAS
Plataformas de microtrabalho para produção e treinamento de dados	Abarcam tarefas como classificação de expressões faciais, categorização de publicidades, moderação de conteúdo em redes sociais e campanhas publicitárias, categorização e reconhecimento de dados (como imagens, produtos, palavras-chave, tokens e URLs), rotulagens de pontos de interesse anatômicos (como olhos, bocas e rostos), transcrição de áudios e vídeos, tradução de textos, digitalização de documentos, resposta a enquetes, categorização de dados, segmentação de pixels ou detecção de objetos em imagens (como caixas delimitadoras) etc. O trabalhador faz seu cadastro no site ou aplicativo das plataformas, faz provas de certificação de idiomas, de boas práticas à execução das tarefas. As tarefas são pagas pelo requisitante somente após este aprová-las, caso contrário o trabalho não é pago.
Plataformas de microtrabalho para realização de pesquisas de mercado	As tarefas dos trabalhadores são responder questionários e pesquisas de mercado ou acadêmicas e após o trabalho será pago
Plataformas de microtrabalho para impulsionamento de redes sociais ou fazendas de cliques (click farms)	Os trabalhadores ficam o dia curtindo, comentando e seguindo perfis em plataformas de mídias sociais como atividade de trabalho a mando de outras plataformas. Os trabalhadores compram e vendem os seguidores de forma “automatizada”. A remuneração para o trabalhador é centavos.
Plataformas de microtrabalho para pequenos serviços de freelancing	Os trabalhadores executam tarefas de baixa complexidade, como por exemplo: divulgar textos e contas em redes sociais, realizar depoimentos e avaliações para empresas e produtos, transcrições e traduções breves, gravação de áudios personalizados para Whatsapp etc.
Plataformas de microtrabalho para testes de usabilidade remota	Os trabalhadores testam novos sites, versões de software, aplicativos, jogos etc, cujo objetivo é a empresa fazer levantamento de informações específicas ou identificação de falhas e erros antes de os produtos serem lançados no mercado.

Percebe-se que a Inteligência Artificial não é tão inteligente assim! Porque o trabalho humano é essencial para desenvolver e aprimorar essa tecnologia. Há lei regulamentando os trabalhos por plataformas digitais? Este será o tema abordado no próximo tópico

3. REGULAMENTAÇÃO DO TRABALHO POR PLATAFORMA DIGITAL

Dimensões do trabalho decente são: a) oportunidades de emprego; b) rendimentos adequados e trabalho produtivo; c) jornada de trabalho decente; d) combinação entre trabalho, vida pessoal e vida familiar; e) estabilidade e segurança no trabalho; e) igualdade de oportunidades e de tratamento no emprego; g) ambiente de trabalho seguro; h) seguridade social; 10) diálogo social e representação de trabalhadores e empregadores. Assuntos formalizados desde de 1999 pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) e que a partir de 2021 ganha novos contornos com a explosão dos trabalhadores de plataformas digitais (UNESCO, 2021).

Em 2021 no relatório *Emprego e Questões Sociais no Mundo*, a OIT apontou os desafios para os trabalhadores de plataformas digitais: as condições de jornada, renda e sobrecarga de trabalho e a falta de acesso à proteção social, liberdade de associação e direitos coletivos de negociação (UNESCO, 2021).

Apesar dos esforços da OIT, poucos avanços têm sido conquistados para os trabalhadores. Mas o que exatamente significaria regular o trabalho por plataformas? Diante da ausência de normas internacionais e nacionais na regulamentação para este tipo de trabalho, nos resta a compartilhar o projeto Fairwork, coordenado pela Universidade de Oxford e presente em diversos países – inclusive no Brasil –, construiu, em consonância com a OIT e outras instituições interessadas, cinco princípios de trabalho decente em plataformas digitais, seja nas ruas, seja em casa: 1) remuneração; 2) condições de trabalho; 3) contratos; 4) gestão; 5) representação. (Fairwork, 2023).

Alguns indicadores para um trabalho decente: uma renda conforme os custos do trabalho e todas as horas trabalhadas, as plataformas necessitam ter políticas para proteger os trabalhadores dos riscos de suas atividades, além de tomar medidas proativas para promover a saúde e a segurança no trabalho, adotar medidas responsáveis e éticas de proteção e gerenciamento de dados. (Fairwork, 2023).

Enquanto a regulamentação não chega, o que de fato pode ser apresentado para estes trabalhadores? Será que existem mecanismos jurídicos eficientes e capazes de colocar em prática os princípios sugeridos no Fairwork?

4. COOPERATIVISMO DE PLATAFORMA: UMA LUZ NO FIM DO TÚNEL?

Uma alternativa, para suprir a ausência de regulamentação estatal, é a utilização do cooperativismo de plataforma, expressão desenvolvida por Trebor Scholz, da New School, para designar uma tentativa de enfrentamento ao capitalismo de plataforma (Scholz, 2016).

Características do cooperativismo de plataforma: utilização por meio de tecnologias abertas, dados para o bem comum, governança democrática, justiça no design, trabalho decente, intercooperação – como forma de repensar a escala na economia de plataforma – e reinvenção de circuitos de produção e consumo locais (Miranda, Grohmann e Salvagnim, 2023, p.134).

No Brasil podemos citar alguns exemplos de cooperativismo de plataforma: Eita! – Cooperativa de Trabalho Educação, Informação e Tecnologia, Señoritas Courier, Pedal Express. Ao redor do mundo, há ainda outros exemplos de cooperativas de dados e tecnologia: Drivers' Seat, Collective Tools etc.

5. CONCLUSÃO

O que podemos esperar do trabalho por plataformas digitais? Pode ser que daqui alguns anos este tipo de trabalho nem exista mais, ou já tenha sido regulamentado ou estejamos em situação muito pior do que nos encontramos hoje pela precarização do trabalho. Fato é que o trabalho por plataformas digitais é uma realidade para todos os países, em especial para o Brasil pois são 7,5 milhões de desempregados ou desocupados no ano de 2024 (IBGE, 2024).

É um desafio global a sua regulamentação, principalmente no Brasil. Primeiro porque, 63º lugar no ranking mundial encontra-se o país de estágio de preparação para IA (OXFORD INSIGHTS, 2020). Segundo motivo, os trabalhadores brasileiros servem como mão de obra barata, invisível e temporária a *crowdworks* globais, que prescindem de qualquer responsabilização perante as regulações trabalhistas locais.

Os trabalhadores por plataformas digitais é uma forma nova de exploração da mão de obra, porque os trabalhadores estão imbricados em formas específicas de extração de valor da plataformização do trabalho e devem ser considerados como parte de cadeias de produção mais amplas e globais.

REFERÊNCIAS

- ANTIGLOSSÁRIO. Da Inteligência "Artificial" E Do Trabalho Por Plataformas. 2023
- BENANAV, Aaron. Automation and the Future of Work, Nova York: Verso, 2020.
- BRAZ, Matheus Viana. "Heteromação e microtrabalho no Brasil", Sociologias, v. 23, n. 57, 2021, pp. 134-72.
- CASILLI, Antonio. "À espera de robôs". Disponível: <https://orcid.org/0000-0003-2025-1627>, acesso em: setembro 2024.
- FAIRWORK Brasil 2021: por trabalho decente na economia de plataformas", disponível em: <<https://fair.work/brazil-report-2021-pt>>, acesso em: setembro 2024.
- HAMID R. Ekbia; BONNIE A. Nardi, Heteromation, and Other Stories of Computing and Capitalism, Cambridge, MA: MIT Press, 2017.
- IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, disponível em: [Desemprego | IBGE](#), acesso em setembro de 2024.
- MAIELLO, Cristina; BENEDITO, Fabiana De Oliveira; BERALDO, Paulo Eduardo Palma.
- MIRANDA, Danilo Santos de; GROHMANN, Rafael; SALVAGNI, Julice. Trabalho por plataformas digitais: Do aprofundamento da precarização à busca por alternativas democráticas (Portuguese Edition). Edições Sesc SP. Edição do Kindle.
- ONU. Nações Unidas do Brasil. OIT pede melhores políticas para proteger trabalhadores e empresas de plataformas digitais, disponível em <https://brasil.un.org/pt-br/113457-oit-pede-melhores-pol%C3%ADticas-para-protoger-trabalhadores-e-empresas-de-plataformas-digitais>, acesso em setembro 2024.
- OXFORD INSIGHTS. AI readiness index 2020. **Oxford Insights**, 2020. Disponível em: <https://www.oxfordinsights.com/government-ai-readiness-index-2020>. Acesso em: setembro 2024.
- RIBEIRO, Paulo Victor. "É chicote mesmo': TikTok pagou menos de um salário mínimo para funcionários sem registro trabalharem até 18 horas por dia", The Intercept Brasil, 2 out. 2021, disponível em: <<https://www.intercept.com.br/2021/10/02/tiktok-salario-minimo-funcionarios-sem-registro/>>, acesso em: maio 2024.
- SCHOLZ, Trebor. Cooperativismo de plataforma, São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; Elefante; Autonomia Literária, 2016.
- TUBARO, Paola; CASILLI, Antonio; COVILLE, Marion. The trainer, the verifier, the imitator: three ways in which human platform workers support artificial intelligence. **Big Data & Society** p. 1-

12, 24 de abril de 2020. disponível em: <https://doi.org/10.1177/2053951720919776> , acesso em: setembro 2024.

UNCTAD, “Digital Economy Report 2019”, disponível em: https://unctad.org/system/files/official-document/der2019_en.pdf, acesso em: setembro. 2024, p. 18.

VAN DIJCK, J., Poell, T. De Waal, M. The Platform Society: Public values in a connective world. Oxford University Press.2018.

CAPÍTULO IV

O PAPEL DA EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS PARA ERRADICAÇÃO DO TRABALHO ANÁLOGO À ESCRAVIDÃO

DOI: 10.51859/ampla.hdh052.1125-4

Viviane Dutra Gramigna

1. INTRODUÇÃO

A pesquisa acerca do trabalho análogo à escravidão conduziu-me, primeiramente, a breve história de um escravo alforriado na crônica de Machado de Assis denominada “Bons Dias”. A crônica parte da concessão da carta de alforria ocorrida uma semana antes de ser decretada a Abolição. O literário usa um tom irônico e realista e mostra o Brasil às vésperas do século XX, quando a monarquia e a escravidão chegavam ao seu fim, para dar lugar à República. Nesse contexto, Machado de Assis refletiu sobre o seu tempo, sem perder o olhar crítico acerca da sociedade brasileira em que o campo social, político e cultural carregaria, até os dias atuais, o imaginário eurocêntrico e de colonialidade, além da negação de autonomia e de liberdade, não só aos indivíduos, mas também aos grupos afrodescendentes. Com olhar no problema exposto a partir do realismo machadiano, perpasso por um breve contexto histórico sobre a abolição da escravatura no Brasil.

Embora a escravidão tenha sido abolida e institucionalizada, apresento no segundo momento desse artigo, as práticas atuais que submetem os trabalhadores a condições degradantes e exaustivas de trabalho, e conseqüentemente, a liberdade restringida, como uma nova forma de escravidão contemporânea marcada pela desigualdade endêmica de sua estrutura, isto é, a coisificação dos grupos vulneráveis como sendo o conjunto de pessoas, ligadas por ocorrências fáticas de caráter provisório a trabalho análogo à escravidão, dos quais não possuem, sequer um documento de identidade e obviamente, seus direitos feridos e invisíveis aos olhos da sociedade e do poder público.

Com base nesse cenário, contestei no item 3 desse artigo, a ideia de que a dignidade humana encontre seu fundamento na autonomia da vontade e racionalidade a respeito às máximas do imperativo categórico, segundo o pensador moderno Immanuel Kant. A universalidade pretendida pelo pensador e declarada na carta dos Direitos Humanos de 1948,

não se concretiza no mundo e no Brasil, visto o grande número de vulneráveis sociais que tem seus direitos ignorados cotidianamente ao serem usados como “preço”, tráfico, violência e discriminados perante uma sociedade que ignora a ideia de fraternidade proposta no art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

O individualismo e o egoísmo são marcas do mundo capitalista contemporâneo, que desapropria os afetos e empatia no coletivo. Traços da indiferença e invisibilidade do trabalho escravo doméstico, ainda marcante na sociedade atual como o caso da Jaqueline Vitorino, disponível no Podcast (Rádio Escafandro, 2023) e do qual propus relatar no item 4 desse artigo. Um sistema de tráfico, doações de meninas que são vítimas de abusos sexuais e violências de uma escravidão doméstica ainda negligenciada pela sociedade civil e poder público. Meninas e mulheres invisíveis à sociedade e em condições de exploração e perpétua posição de subalternidade que desempenham trabalho forçado em troca de alimento e um lugar para sobreviver.

A insegurança alimentar e a fome aparecem, neste contexto com a intervenção dos “gatos” ou em empreiteiros. A estes se incumbe à arregimentação de mão-de-obra em troca de falsas promessas de salário, alimento e moradia nas zonas rurais e em áreas urbanas. No caso das grandes cidades, fábricas clandestinas mantêm-se os funcionários em cárcere privado, em condições precárias de alojamento e alimentação. Considerando que muitos desses trabalhadores são estrangeiros, imigrantes e refugiados no Brasil.

Por fim, a igualdade precisaria superar a visão de um todo universal, percebida de modo abstrato e genérico, para a coexistência de uma pluralidade de identidades étnicas, culturais e linguísticas, dando lugar à diversidade. Por tudo isso e, principalmente, em razão do pluralismo existente no Brasil, utilizei-me do último item desse artigo para mostrar a fundamental importância da educação em direitos humanos por meio do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos e do Programa estadual de Direitos Humanos/ ES para promoção, proteção e reparação da dignidade humana, daqueles que sofrem maus tratos, tortura, ameaça, e condições degradantes de sobrevivência.

2. TU VALES MUITO MAIS QUE UMA GALINHA: BREVE HISTÓRIA DO ESCRAVO ALFORRIADO

É fundamental partir da reflexão de que há muito do passado em nosso presente. A história e a literatura são matrizes desse longo caminho entrelaçados na raça e cultura afrodescendentes. Tomo como partida uma crônica machadiana que nos mostra como ainda permanecemos numa atitude passiva acerca da escravidão no Brasil.

Afrodescendente em pleno período escravagista, Machado de Assis (1839-1908) é um dos maiores representantes da literatura brasileira e estiliza a força cega da ordem escravista ao agir na consciência e nas distorções da vida social. O estilo machadiano, conforme Cunha (2016) é em geral é marcado por uma ironia fina e galhofeira, conforme, nessas narrativas, um sarcasmo que acentua o tom trágico sobre o cômico. A crônica “Bons Dias” divulgada na Gazeta de Notícias em 19 de maio de 1888, retrata uma consciência escravocrata que se coloca como um abolicionista, elogiando a liberdade na prática da escravidão e envolve o evento com uma leitura sobre o tempo imediato da Abolição. Num dos episódios dessa crônica, a concessão da carta de alforria ocorre uma semana antes de ser decretada a Abolição. Vejamos:

(...) No golpe do meio (coup du milieu, mas eu prefiro falar a minha língua), levantei-me eu com a taça de champanha e declarei que, acompanhando as ideias pregadas por Cristo, há dezoito séculos, restituía a liberdade ao meu escravo Pancrácio; que entendia que a nação inteira devia acompanhar as mesmas ideias e imitar o meu exemplo; finalmente, que a liberdade era um dom de Deus, que os homens não podiam roubar sem pecado.

Pancrácio, que estava à espreita, entrou na sala, como um furacão, e veio abraçar-me os pés. Um dos meus amigos (creio que é ainda meu sobrinho) pegou de outra taça, e pediu à ilustre assembleia que correspondesse ao ato que acabava de publicar, brindando ao primeiro dos cariocas. Ouvi cabisbaixo; fiz outro discurso agradecendo, e entreguei a carta ao molecote. Todos os lenços comovidos apanharam as lágrimas de admiração. Caí na cadeira e não vi mais nada. De noite, recebi muitos cartões. Creio que estão pintando o meu retrato, e suponho que a óleo.

No dia seguinte, chamei o Pancrácio e disse-lhe com rara franqueza:

— Tu és livre, podes ir para onde quiseres. Aqui tens casa amiga, já conhecida e tens mais um ordenado, um ordenado que...

— Oh! meu senhô! fico.

— ... Um ordenado pequeno, mas que há de crescer. Tudo cresce neste mundo; tu crescestes imensamente. Quando nasceste, eras um pirralho deste tamanho; hoje estás mais alto que eu. Deixa ver; olha, és mais alto quatro dedos...

— Artura não qué dizê nada, não, senhô...

— Pequeno ordenado, repito, uns seis mil-réis; **mas é de grão em grão que a galinha enche o seu papo. Tu vales muito mais que uma galinha.**

— Justamente. Pois seis mil-réis. No fim de um ano, se andares bem, conta com oito. Oito ou sete.

Pancrácio aceitou tudo; aceitou até um peteleco que lhe dei no dia seguinte, por me não escovar bem as botas; efeitos da liberdade. Mas eu expliquei-lhe que o peteleco, sendo um impulso natural, não podia anular o direito civil adquirido por um título que lhe dei. Ele continuava livre, eu de mau humor; eram dois

estados naturais, quase divinos.

Tudo compreendeu o meu bom Pancrácio; daí para cá, tenho-lhe despedido alguns pontapés, um ou outro puxão de orelhas, e chamo-lhe besta quando lhe não chamo filho do diabo; coisas todas que ele recebe humildemente, e (Deus me perdoe!) creio que até alegre.

O meu plano está feito; quero ser deputado, e, na circular que mandarei aos meus eleitores, direi que, antes, muito antes de abolição legal, já eu, em casa, na modéstia da família, libertava um escravo, ato que comoveu a toda a gente que dele teve notícia; que esse escravo tendo aprendido a ler, escrever e contar (simples suposição) é então professor de filosofia no Rio das Cobras; que os homens puros, grandes e verdadeiramente políticos, não são os que obedecem à lei, mas os que se antecipam a ela, dizendo ao escravo: és livre, antes que o digam os poderes públicos, sempre retardatários, trôpegos e incapazes de restaurar a justiça na terra, para satisfação do céu.⁸³

O sistema alegórico da crônica machadiana, manifesta aos poucos o diagnóstico sobre a permanência da escravidão no regime de trabalho formal, da impossibilidade de emancipar o trabalhador num cenário social recorrente de desrespeito aos direitos essenciais, como às condições mínimas de sobrevivência, à segurança física e de acesso ao sistema educacional, figurada na crônica na linguagem coloquial do escravo Pancrácio.

Na figura de futuro deputado, o escravocrata naturaliza a miséria salarial, o arbítrio e a violência, aproximando o trabalhador do mundo animal, ao comparar o ritmo do aumento de seu salário à lenta deglutição de galinha. Naturalizando o agudo conflito social, o narrador patriarca repõe a ideologia da resignação, ao manifestar desprezo pela condição do trabalhador e ao se desobrigar de sua responsabilidade pela perpetuação da barbárie que se segue até os dias atuais com o trabalho análogo à escravidão.

A Lei nº 3.353, conhecida como Lei Áurea, referida na crônica de Machado de Assis foi promulgada em 1888, declarando extinta a escravidão no Brasil. A Lei é considerada um marco definitivo após anos de luta, em processo de abolição lento e gradual, que aprovou leis que mesmo no mundo pós-moderno, principalmente com liberalismo, as leis ficam longe de se efetivarem na prática. Voltemos a história, antes de adentrarmos no conceito de trabalho escravo contemporâneo.

A escravidão era, de fato, uma linguagem no país, que permeava dos locais mais amiúdo e privados até aqueles de maior evidência ou públicos. Nos termos, nos costumes, no cotidiano, na lista de castigos corporais, a escravidão se enraizava entre nós, de forma a parecer um dado natural (e com certeza não era). Talvez por isso, ainda em 1823, falharam iniciativas como do deputado José Bonifácio de Andrada (1763-1838) que defendeu, junto à Assembleia

⁸³ Crônica “19 de maio de 1888”, do livro *Bons Dias!*, de Machado de Assis (grifo nosso).

Constituinte brasileira, um projeto para a abolição do tráfico e extinção da escravidão a qual não chegou a ser apresentada por haver sido dissolvida nesse mesmo ano a Constituinte, porém a representação do documento foi impressa em Paris em 1825⁸⁴. O historiador José Murilo de Carvalho, no seu livro *Cidadania no Brasil: um longo caminho*, destaca este período da história brasileira como “câncer” que impede a construção da nação.

José Bonifácio afirmou, em representação enviada à Assembleia Constituinte de 1823, que a escravidão era um câncer que corroía nossa vida cívica e impedia a construção da nação. A desigualdade é a escravidão de hoje, o novo câncer que impede a constituição de uma sociedade democrática (CARVALHO, 2011, p. 229)

Nesse ínterim, vale lembrar historicamente que em 1830 a Inglaterra propôs um tratado com o intuito de extinguir a entrada de novos escravos no território brasileiro, declarando livres os escravos que entrassem no Brasil após 1831, e prevendo aplicações severas aos traficantes de escravos. Somente em 1850, inicia-se a abolição ao tráfico de escravos no Brasil (OLIVEIRA, 2017).

A Lei do Ventre Livre, promulgada em 28 de setembro de 1871, estabeleceu que a partir dessa data, os filhos de escravos nasceriam livres até completarem o oitavo aniversário, a criança ficaria sob a tutela da mãe ou do senhor, e este ainda teria como opção, receber uma indenização do governo ou fazer uso do trabalho do jovem até que ele atingisse a idade de 21 anos. Posteriormente, em 28 de setembro de 1885, aprovou-se a Lei Saraiva-Cotegipe, conhecida como Lei dos Sexagenários, que concedeu a liberdade aos escravos com mais de 60 anos (BRASIL, 2017). Mesmo após a libertação, o escravo alforriado era obrigado a prestar três anos adicionais de serviços sem remuneração ao seu antigo senhor o que contribuiu ainda mais para fugas de escravos que já existiam em todo país.

Essas fugas não eram apenas para escapar dos castigos, ou para gozar liberdade por um curto período, visto que a cor da pele o condenava, mas como forma de demonstrar que não aceitavam a escravidão. Outras formas de resistir eram assassinatos de senhores, feitores e administradores e/ou formando quilombos em várias regiões do Brasil, sendo o mais famoso deles o de Palmares “cantado em verso e em prosa como um momento heroico do negro brasileiro” (PINSKY, 1993, p.55).

Até que em 13 de maio de 1888, a Princesa Isabel assinou a Lei Áurea (Lei nº 3.353), decretou o fim da escravidão no Brasil, ou melhor, mostrou-se juridicamente que se encerrava mais capítulo sombrio de nossa história (MARTINS, 2023, p.94). A partir dessa lei passou ser

⁸⁴ Documento disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/518681>. Acesso em 18/nov/2023.

proibido o domínio de um homem sobre outro, ninguém mais tem o apoio da lei para forçar uma pessoa a trabalhar sem remuneração, ou ser forçado a exercer funções trabalhistas que não sejam de sua livre vontade.

Apesar de todo processo lento, sangrento e longo, a abolição não foi seguida de políticas eficazes de integração do ex-escravizados à sociedade, que resultaram em sérias desigualdades sociais e econômicas que persistem até hoje.

3. SERES INVISIBILIZADOS

Assim como vimos na crônica de Machado de Assis e a ironia por ele expressada ao “crescimento” do escravo alforriado, “as correntes” foram-lhe tiradas, apenas metaforicamente, já que no Brasil atual, a cultura afro-brasileira ainda é deslegitimada e a queda da desqualificação socialmente frente aos estudos e ao trabalho é sinônimo do número expressivo de negros que se submetem ao trabalho análogo à escravidão. Seres marginalizados da sociedade atual. Três em cada quatro trabalhadores libertados de condições semelhantes à de escravidão são negros ou pardos (OIT, 2020). O racismo ainda determina o tratamento dispensado para brancos e negros no Brasil. Como afirma a fundadora do Centro de Estudo das Relações de Trabalho e Desigualdades (CEERT), Maria Aparecida da Silva Bento.

É uma situação impensável. O Brasil é um país que não aprende com sua própria história, que não faz sua lição de casa para uma sociedade mais democrática. Tem um grupo que sustenta este país que são trabalhadores negros. Me assusta como a sociedade ainda finge que não percebe o racismo. (BENTO, 2010)

Todavia, a escravidão contemporânea não é caracterizada por trabalhadores negros, mas por todos que são oprimidos, vítimas de humilhações constantes, situação acentuada pelas desigualdades sociais, econômicas, raciais e culturais, que culminam no fenômeno da *coisificação* da pessoa humana.

O trabalho forçado afeta todos os grupos populacionais, crianças, jovens, idosos, imigrantes e refugiados e em sua maioria, configura na atualidade brasileira “uma realidade em que não se trata mais de cor de pele ou raça, mas incide no aproveitamento da miséria e desespero daqueles que não veem possibilidade de inserir-se no meio social” (TREVISA, 2015, p.20).

A exclusão e invisibilidade fere os direitos fundamentais do ser humano e o princípio da dignidade humana. Ressalto como princípio a terceira formulação ou máxima do imperativo categórico de um dos principais pensadores do iluminismo, Immanuel Kant (1724-1804). A máxima diz respeito à humanidade, ao modo correto de tratamento dos seres humanos serem

tratados enquanto fins em si mesmos, nunca enquanto simples meios para a obtenção de algo. A fórmula pode ser assim descrita: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio” (KANT, 1984). O que significa em teoria que todos deveriam ser tratados como seres dotados de capacidade racional, vontade livre e autonomia, ao contrário de ser um mero instrumento ou meio de covaia e exploração.

O pensamento kantiano justifica os direitos humanos, uma forma atual e adequada de fundamentação, pois nele os elementos que se destacam são a liberdade e a dignidade humana. Assim como vemos no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. (ONU, 2002).

A dignidade constitui, na moral kantiana, um valor incondicional e incomparável, em relação ao qual só a palavra respeito constitui a expressão conveniente da estima que um ser racional lhe deve prestar (KANT, 2003, p.66). Para ilustrar o caráter único e insubstituível da dignidade, Kant a contrapõe ao preço: “Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.” (*Ibid.*, p.65)

Ocorre que o modelo universal de ser humano oferecido por Kant e pela letra dos direitos humanos atual (ser jurídico), “é muito abstrato para ser real, ou muito concreto para ser universal”, como afirma Douzinas (2009, p.113). O sujeito universal, autônomo, racional e reflexivo no termo kantiano, não considera o indivíduo em suas práticas vivenciadas, “sem experiências inconscientes ou traumáticas e que se encontra no perfeito domínio de si mesmo, pronto para usar os direitos humanos para adequar o mundo aos seus fins” (DOUZINAS, 2009, p.15).

Assim como o autor mencionado, também questiono as contradições presentes no texto da Declaração. Primeiramente: “Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.” Essa garantia corresponde, de fato, ao cenário que presenciamos na realidade brasileira, à luz do artigo 5º da Declaração de 1945? Em segundo lugar: a condição dos indivíduos — especialmente os mais vulneráveis da sociedade — coincide com o princípio da dignidade humana assegurado ao ser humano?

Tanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos que já prevê no seu preâmbulo como “o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações” (ONU, 2002), e a Constituição Brasileira de 1988 mostram evidente contradição, pois no Brasil uma parcela da

população passa por situações desumanas, torturas, maus tratos, isso por conta da extrema pobreza existente no país, e do trabalho por exploração.

A vulnerabilidade socioeconômica brasileira não oferece escolhas dignas em prol da necessidade básica e instintiva: a sobrevivência. Mesmo não sendo mencionada explicitamente na Constituição Brasileira como direito fundamental, há vários dispositivos que tratam de aspectos relacionados às garantias fundamentais, nomeadas particularmente, de vida, dignidade e igualdade, e que juntos têm implicações diretas na “sobrevivência” do cidadão.

Contudo, a garantias são instrumentos de proteção, defesa dos direitos, e não direitos em si. Para existir a garantia deve-se existir o direito anterior. “Não se protege algo que não existe ou que não está reconhecido pelo Estado” (GOMES, 2019, p.205). Se partirmos da teoria que o direito protege algo, um bem tutelado pelo Estado, e há direitos civis, trabalhistas e penais contra o trabalho análogo à escravidão, pergunto: por que esse bem tutelado protegido conforme o ordenamento jurídico vigente não garante e assegura, efetivamente, como mencionado no art. 6º da Constituição Federal Brasileira?

Vejamos o artigo que estabelece os direitos sociais fundamentais para as análises que se seguem.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)
Parágrafo único. Todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social terá direito a uma renda básica familiar, garantida pelo poder público em programa permanente de transferência de renda, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em lei, observada a legislação fiscal e orçamentária (Incluído pela Emenda Constitucional nº 114, de 2021)

O Governo Federal vigente relançou o Programa Bolsa Família em março de 2023, a fim de garantir justiça social com especial atenção às gestantes, a primeira infância, crianças e adolescentes. O programa ainda tem como objetivo estímulo ao emprego e empreendedorismo (BRASIL, 2023)⁸⁵. Porém, as condicionalidades do programa são limitadas para ter acesso aos direitos sociais básicos⁸⁶, inclusive baixar aplicativo disponível ao programa.

⁸⁵ Segundo o Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate a Fome, “benefício médio de R\$ 677,88, e são mais 2,54 milhões de famílias aumentaram a renda e estão na Regra de Proteção” BRASIL. Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate a Fome. Disponível em: <https://www.gov.br/mds/pt-br> Acesso em 18/nov/23.

⁸⁶ As condicionalidades são: Realização do acompanhamento pré-natal; Acompanhamento do calendário nacional de vacinação; Realização do acompanhamento do estado nutricional das crianças menores de sete anos; para as crianças de quatro a cinco anos, frequência escolar mínima de 60% e 75% para os beneficiários de seis a 18 anos incompletos que não tenham concluído a educação básica. Ibidem.

Condicionalidades e restrições que não abarcam uma grande parcela de “seres invisíveis” em situação de insegurança alimentar grave como pessoas em situação de rua, que vivem em áreas precárias, muitas delas sem registro para se cadastrar, fazem com que a migração de um estado para outro, ou de grandes centros para áreas rurais e vice-versa condicionam, principalmente homens e mulheres em situação familiar em busca de sobrevivência, devido a fome, insegurança alimentar e falta de qualificação e oportunidade como fatores desses mesmos viverem como seres invisibilizados diante a sociedade.

4. O QUE DEFINE A ESCRAVIDÃO MODERNA?

Segundo o Observatório Digital do Trabalho Escravo no Brasil feito Ministério Público do Trabalho (MPT) e Organização Internacional do Trabalho (OIT), a baixa escolaridade dos trabalhadores se apresenta como uma barreira para o desempenho de funções mais qualificadas, restringindo significativamente suas oportunidades no mercado de trabalho, até mesmo nas áreas rurais. E a migração ainda é a expressão constitutiva da história de parte significativa dos trabalhadores em trabalho análogo à de escravo. Os dados da OIT (2020) mostram que a Região Nordeste tem 77.6% dos casos de pessoas resgatadas e está ancorada na concentração de maranhenses: 41,2% dos trabalhadores entrevistados na pesquisa de campo nasceram no estado do Maranhão. A falta de alternativas para um contingente que não possui qualquer qualificação, a não ser a própria força manual de trabalho e a ausência de empregos regulares, tanto no campo como na cidade, obrigam os trabalhadores a aceitarem condições precárias de trabalho.

São situações em que o trabalhador é suprimido do status *libertatis*. Situações em que, por meio de dívidas contraídas junto ao empregador ou seus prepostos, ou por meio de outras fraudes, inclusive a retenção de documentos contratuais ou pessoais, de salários, violência ou grave ameaça, o trabalhador permanece retido no local da prestação de serviços, para onde foi levado, não podendo de ele retirar-se com segurança. (PITALLUGA, 2023).

O conceito de trabalho escravo descrito pela OIT (2022) é: “Toda a forma de trabalho escravo é trabalho degradante, mas o recíproco nem sempre é verdadeiro. O que diferencia um conceito do outro é a liberdade.” Perder a garantia da liberdade é ser impedido de escolher entre alternativas possíveis, de tomar decisão. O cerceamento da liberdade dos trabalhadores se dá principalmente em fazendas:

(...) ficam presos a fazendas durante meses ou anos por três principais razões: acreditam que têm de pagar uma dívida ilegalmente atribuída a eles e por vezes

instrumentos de trabalho, alimentação, transporte estão distantes da via de acesso mais próxima, o que faz com que seja impossível qualquer fuga, ou são constantemente ameaçados por guardas que, no limite, lhes tiram a vida na tentativa de uma fuga. Comum é que sejam escravizados pela servidão por dívida, pelo isolamento geográfico e pela ameaça às suas vidas. Isso é trabalho escravo (SAKAMOTO, 2006, p.17).

Sem denúncias e cadastro previdenciário, os trabalhadores são encarcerados e contabilizam-se na lista de seres invisibilizados na sociedade enquanto se submetem a trabalhos análogo à escravidão. O mesmo vale a ocorrência de trabalho análogo à escravidão em zonas urbanas, inclusive de tráfico humano, segundo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)⁸⁷. Em grandes capitais como São Paulo, migrantes e refugiados, vítimas de tráfico de pessoas foram resgatados em oficinas de costura subcontratadas por grandes grupos empresariais, sendo alguns transnacionais. Conforme o Observatório Digital do Trabalho Escravo no Brasil (2020), parte desses migrantes eram oriundos de países da América do Sul, como Bolívia, Paraguai e Venezuela. Em São Paulo, 60% dos trabalhadores resgatados atuavam em confecções e mais de 30% eram mulheres.

O último relatório *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage* da OIT de 2022, define a escravidão moderna como a verdadeira antítese da justiça social e do desenvolvimento sustentável. Para a organização, a chamada “escravidão moderna” se estabelece a partir de dois principais componentes: o trabalho forçado e o casamento forçado. Ambos se referem a situações de exploração nas quais a pessoa é incapaz de recusar e incapaz de deixar a situação devido a ameaças, violências, fraude, abuso de poder e outras formas de coerção.

O trabalho forçado, para a Organização Internacional do Trabalho, é todo o trabalho ou serviço que é exigido de qualquer pessoa sob ameaça de qualquer pena e para o qual a pessoa não tenha se oferecido voluntariamente (OIT, 2022). Diante do objetivo global assumido pelos países integrantes das Nações Unidas de encerrar a escravidão moderna até 2030, o relatório propõe uma série de ações. Entre elas, garantir a aplicação adequada da lei, para que os agentes sejam levados à justiça e desestimular possíveis infratores da possibilidade de promover o trabalho forçado (*ibid.*, p.7). Contudo, o relatório aponta que, em escala global, o número de casos de trabalho forçado e tráfico humano, principalmente de crianças, que são reportados para

⁸⁷ A CIDH é um órgão principal e autônomo da Organização dos Estados Americanos (OEA) encarregado da promoção e proteção dos direitos humanos no continente americano. **OEA Mais direitos para mais pessoas.** Disponível em: < <https://www.oas.org/pt/cidh/jsForm/?File=/pt/cidh/prensa/notas/2022/008.asp> > Acesso em 18 nov 2023.

investigação são baixos, e que a capacidade limitada para investigação e acusação desses crimes contribui para uma taxa de condenação mínima.

Entretanto, como delimitamos anteriormente, a atual Constituição Federal Brasileira não tem garantido a igualdade social, principalmente no que se refere ao trabalho forçado. Se a escravidão acabou por lei, na prática persiste em quatro situações que, segundo o Código Penal, caracterizam, isoladamente ou em conjunto, o trabalho análogo à escravidão: jornada exaustiva, condições degradantes, servidão por dívida.

O art. 149 do Código Penal define redução a condição análogo à de escravo da seguinte da seguinte forma:

Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto (BRASIL, 1940).

Muitos desses trabalhos forçados e jornadas exaustivas vêm de trabalho doméstico, principalmente quando há vendas ou doações de crianças para famílias. O caso de Jaqueline Viturino, apresentado pelo podcast Rádio Escafandro (2023)⁸⁸, é mais uma vítima entre as mais de 19 mil resgatadas no Brasil entre 2010 e 2022, na condição análoga à de escravo. A história de Jaqueline começa quando, aos seis anos de idade, foi entregue por sua avó para uma adoção ilegal. É o primeiro de uma série de crimes dos quais é vítima ao longo da vida, entre os quais, destacam-se também os de tortura, estupro de vulnerável, tráfico de pessoas e redução a condição análoga à de escravo.

Jaqueline narra inúmeras violências sofridas como “agressões com borracha de pneus, cinto, confinamento num quarto da casa por três dias”. Além dos castigos frequentes, Jaqueline é abusada sexualmente aos doze anos de idade e expulsa da família adotiva. Ainda jovem, Jaqueline passou a ser oferecida “de casa em casa” como trabalho escravo moderno. Trabalhou sem salário como doméstica e babá para ter um lugar onde morar e se alimentar. Antes de ter uma família que lhe deu oportunidade de emprego, Jaqueline chegou a sofrer abuso sexual e violência por oito meses consecutivos.

Casos como de Jaqueline fazem parte da realidade brasileira atual, principalmente diante a situação de fome. Segundo Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Brasil, mais da metade (58,7%) da população brasileira convive com a insegurança alimentar em

⁸⁸ Episódio do Podcast "Rádio Escafandro" disponível em: <https://open.spotify.com/episode/4q7rmRKKSyw2BY5mHX7AuX?si=3gDgK7QsRCWyWfg2m3o11w>. Acesso 30/agosto/2023.

algum grau: leve, moderado ou grave. (AGÊNCIA SENADO, 2022). O que faz com que muitas famílias ofereçam seus filhos ao trabalho forçado ou trabalho escravo contemporâneo. A maior parte do trabalho infantil – tanto para meninos quanto para meninas – continua a ocorrer na agricultura, onde a fiscalização ainda é insuficiente.

No Espírito Santo, já foram mais de 900 resgates de trabalhadores em situação análoga a de escravo no estado. Além de Sooretama, fiscais resgataram trabalhadores em Jaguaré, São Mateus, Conceição da Barra e Pedro Canário. As cinco cidades juntas são responsáveis por 556 resgates em dez anos, ou seja, 61% do total das ações de fiscalização em todo o estado. O último dado apresentado em 24 de novembro de 2023⁸⁹, 7 trabalhadores foram resgatados em situação semelhante à escravidão em uma casa de um alojamento localizado em Nova Venécia, no noroeste do Espírito Santo. Mesmo local onde 12 pessoas já haviam sido resgatadas também em situação análoga em outubro de 2023.

Todos os casos verificam-se jornadas exaustivas de trabalho, sujeição a condições degradantes de trabalho e a restrição de locomoção do trabalhador. “O trabalho degradante é aquele exercido, geralmente, em locais insalubres e com jornadas excessivas, sem boa alimentação e ausência do fornecimento de equipamentos de proteção individual. São situações em que o empregador trate o trabalhador com descaso, de maneira vexatória e humilhante” explica Alcimar Candeias, auditor fiscal e superintendente regional do Ministério do Trabalho e Emprego no Espírito Santo (MTE-ES).

5. O PAPEL DA EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS PARA ERRADICAÇÃO DO TRABALHO ANÁLOGO A ESCRAVIDÃO

Não podemos banalizar as graves violações dos direitos humanos ocorridos em nosso país. Para combater essa situação a sociedade precisa se informar e expandir o conhecimento às salas de aula, à educação não-formal, como instituições e ONGs, para que todos, com base no desenvolvimento institucional e interinstitucional do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH), contribua de forma esclarecedora e transformadora em reinvidicação de políticas públicas e jurídicas à erradicação do trabalho em situação análoga à escravidão em nossa sociedade.

O pensamento crítico deve “provocar a autoconsciência dos sujeitos sociais oprimidos que sofrem por parte dos setores dominantes” (WOLKMER, apud SOARES, 2022, p.100), e,

⁸⁹ Dados apresentados pelo jornal @agazeta. noroeste em 25/nov/2023. E pelo ES360 disponível em: <https://es360.com.br/dia-a-dia/noticia/trabalho-escravo-30-resgates-ja-foram-feitos-no-espírito-santo-em-2023/>. Acesso em 24/nov/23.

portanto, a crítica e as ações programáticas do PNEDH têm, sobretudo, um papel pedagógico fundamental, na medida em que torna instrumento adequado ao esclarecimento e resistência dando voz a todos aqueles que sofrem qualquer forma de abuso, exploração e exclusão.

Dessa forma, para que os direitos humanos venham a integrar nas relações de trabalho, a fim de garantir a inexistência do trabalho análogo à de escravo, faz-se necessário por meio da educação em direitos humanos: 1. Adotar políticas públicas e de conscientização social voltadas para repressão do trabalho forçado; 2. Confeccionar cartilhas para demonstrar de forma mais didática possível a legislação nacional e internacional a respeito do trabalho contemporâneo; 3. Esclarecer sobre a importância das ações preventivas e inclusivas das vítimas e das pessoas em situação de vulnerabilidade; 3. Promover cursos de qualificação profissional a grupos vulneráveis; 4. Demonstrar o valor do trabalho e seu papel na sociedade para melhor qualidade de vida; 5. Informar a sociedade sobre os direitos trabalhistas; 6. Despertar na comunidade escolar os princípios de cidadania diante dos méritos trabalhistas e reforçar a importância de construir uma rede de informações e de proteção para enfrentar os problemas em relação à exploração do trabalho.

A erradicação do trabalho escravo parte da criação dessas políticas públicas articuladas com o Ministério Público do Trabalho que contemplem a assistência à vítima e a prevenção ao problema, de forma que os trabalhadores possam se desvincular da situação de exploração à qual estão ou possam estar submetidos. Dentre as políticas de prevenção, estão as ações afirmativas no âmbito do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos cuja educação tem mais importância “quando direcionada ao pleno desenvolvimento humano e às suas potencialidades, valorizando o respeito aos grupos socialmente excluídos” (PNEDH, 2007)

As diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos da resolução Conselho Nacional de Educação/CP 1/2012 publicada no DOU em 30/05/2012, estabelece principalmente, no que se refere aos Art. 11 e 12, essenciais para o segmento de uma educação tanto no ensino básico como superior para sanar as contradições da letra da Constituição da República Federativa do nosso país como da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Art. 11, os sistemas de ensino deverão criar políticas de produção de materiais didáticos e paradidáticos, tendo como princípios orientadores os Direitos Humanos e, por extensão, o Plano Nacional em Educação de Direitos Humanos; Art. 12, as Instituições de Educação Superior estimularão ações de extensão voltadas para a promoção de Direitos Humanos, em diálogo com os segmentos sociais em situação de exclusão social e violação de direitos, assim como com os movimentos sociais e a gestão pública. (CNE/CP, 2012)

Quaisquer que sejam os princípios com intuito de promover uma mudança e transformação social, cabe a Educação em Direitos Humanos – seja no ensino básico como superior – buscar, em primeira ação, o reconhecimento e valorização das diferenças e das diversidades culturais, para posteriormente, ressignificar o princípio da dignidade humana perdido no contexto abstrato dos direitos e da aparente democracia brasileira.

Se o ensino não se aliar à pluralidade e às necessidades sociais, não há como garantir o Estado democrático. Uma educação voltada para tecnificação e fundamentos teóricos não garante a formação de uma cidadania ativa e de sujeitos éticos.

5.1. Da educação superior em Direitos Humanos

É preciso práticas novas de ensino que se comprometa com desigualdade, exclusão social e agravamento da violência no Brasil. A concepção e princípios da Educação Superior do PNEHD reforça a urgência da “defesa e reparação dos direitos humanos, por meio de ações interdisciplinares, com formas diferentes de relacionar as múltiplas áreas do conhecimento com seus saberes e práticas”.

No ensino, a educação em direitos humanos pode ser incluída por meio de diferentes modalidades, tais como, disciplinas obrigatórias e optativas, nas linhas de pesquisa e áreas de concentração, transversalização no projeto político-pedagógico entre outros. (PNEHD, 2007)

A exemplo de um ensino voltado para ações programáticas do Plano, pode-se propor aos estudantes do curso de Direito um projeto integrador das disciplinas em curso, com análise multidisciplinar acerca do trabalho análogo à escravidão no Brasil, e atendimento jurídico supervisionado pelos discentes do curso. Independente do área de estudo (exatas, biomédicas e humanas), as ações direcionadas para a temática da reparação contra o trabalho escravo contemporâneo e promoção da dignidade da pessoa humana deve abarcar pesquisas de campo em comunidades urbanas e rurais e promover nas instituições de ensino um espaço de debate e acolhimento às vítimas que já vivenciaram situações abuso a trabalhos forçados, jornadas exaustivas, condições degradantes e liberdade restringida por terem contraído dívida junto a seus empregadores.

Toda experiência do docente com a realidade de grupos sociais vulneráveis ou excluídos, sensibiliza-o para ações transformadoras através de serviços sociais e culturais, e reciprocidade com a comunidade. Quanto mais próximo “do diferente” do que “não é igual” mais o estudante/pesquisador se aproxima do ideal de fraternidade e solidariedade descrito no art.1º como abertura da Declaração Universal dos Direitos Humanos e cuja ideia tem como base

primordial os direitos à dignidade da pessoa humana e a noção fundamental na interpretação da nossa Constituição Brasileira de 1988. “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. (ONU 1948)

O termo fraternidade ganha várias interpretações no Dicionário de Ética e Filosofia Moral, sobretudo na análise de Véronique Munoz-Dardé. A filósofa ressalta o pensamento de John Rawls em Teoria da Justiça, quando diz que a ideia de fraternidade recebeu menor atenção na teoria da democracia. “Segundo Rawls, muitos veem na fraternidade um conceito menos precisamente político, que não definiria nenhum dos direitos democráticos” (MUNOZ-DARDÉ, 2003, p.668). De fato, a filosofia política se ocupou dos termos liberdade e igualdade, ainda que esses conceitos não dialoguem efetivamente com a vida real e muito menos, com a virtude fraternidade. “Esta ficou à sombra de suas irmãs”, assinala a filósofa (Ibidem, 668). A metáfora fraternal foi legada pela linguagem religiosa na Idade Média e referenciada à Revolução Francesa de 1789, mas ganhou no preâmbulo da Declaração de 1948 como reconhecimento e respeito ao “diferente” em cor, sexo, religião e classe. O termo fraternal - “irmão” - é utilizado para que a humanidade seja reconhecida como membros de uma mesma família. “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”. (ONU, 1948)

A metáfora do sentimento mútuo afetivo entre irmãos é uma atitude de reciprocidade nas relações de cooperação entre as pessoas. O solidário é aquele que defende os interesses alheios porque, direta ou indiretamente, eles são interesses próprios. A solidariedade, como bem sintetizado por André Comte-Sponville, “é uma maneira de se defender coletivamente” (2002, p. 32).

Pelo visto, o termo fraternidade acrescentado ao termo solidariedade, ganha na Declaração uma identidade coletiva e visa resolver o problema de dissolução da sociedade por excesso de individualismo, de egoísmo de atomização ou de conflito, seja ele de etnia, raça, opinião e religião. Entretanto, não é o que se presencia na sociedade pós-moderna. O individualismo e egoísmo persistem como marcas de um mundo capitalista contemporâneo que (des)apropriam os afetos e emoções diante do outro, do coletivo.

Schopenhauer, pensador alemão do século XIX, já ressaltava que o egoísmo humano, é sem limites e comanda o mundo, pois o homem quer tudo dominar. O que há na própria

cordialidade entre os homens nada mais é do que mera hipocrisia reconhecida e convencional (2001, p. 120).

Na obra “Comunidade: a busca por segurança no mundo atual”, Zygmunt Bauman (2003) afirma que na sociedade contemporânea os indivíduos vivem em intensa competitividade uns com os outros. Desde a escola até ao mercado de trabalho, o individualismo marca a desconfiança, a insegurança diante do *status* e acentua uma disputa acirrada entre os indivíduos em busca de ascensão social. Neste sentido surge também a necessidade de se criar um ambiente “fictício” em que as pessoas possam desfrutar de uma forma social mais acalentadora de vida, uma forma idealizada negando a realidade das discrepâncias sociais.

Para romper com essa individualização desprovida de empatia e sentimentos de uma indiferença ética do mundo contemporâneo, é imprescindível a busca por uma identidade do “eu” que tenha origem na particularização e diversidades dos grupos sociais, sejam elas políticas, regionais, linguísticas, movimentos alternativos de desejo de expressão.

5.2. Da educação não-formal em Direitos Humanos

A educação não-formal em direitos humanos do PNEHD (2007) é um excelente estímulo para o reconhecimento da identidade do “eu” em grupos sociais e comunidades que enfatizam à reflexão sobre a cultura, raça, o processo histórico em que estão inseridos e inclusive às suas próprias condições de vida. Vale salientar que muitas das práticas educativas não-formais insere o indivíduo no grupo social do qual se reconhece em sua identidade e cultura e agente de autonomia participativa, como ator “político” e de reconhecimento dos seus direitos. A concepção e princípios da educação não-formal estabelece e ressalta a importância da sensibilização e conscientização e o empoderamento dos grupos em situação de risco e vulnerabilidade para que os conflitos interpessoais e cotidianos não se agravem. “Além disso, eleva-se a capacidade de as pessoas identificarem as violações e exigirem sua apuração e reparação” (PNEHD, 2007).

As ações programáticas da educação não-formal têm como objetivo investir em programas e iniciativas de formação e capacitação de grupos, gestores públicos entre outros setores jurídicos para compreensão dos direitos humanos. Uma vez capacitados os agentes e servidores contribuem ainda mais para a erradicação do trabalho análogo à escravidão, porque não visa apenas direitos dos trabalhadores e a punição criminal dos empregadores, mas a conscientização de que a educação em direitos humanos deva ser voltada não só as necessidades de comunidades urbanas, como também para áreas rurais, comunidades quilombolas, indígenas, ciganos e MST. O texto ressalta ainda ações de educação em direitos

humanos para acampados e assentados, migrantes, refugiados, estrangeiros em situação irregular, entre outros, tendo em vista que os citados sofrem de atos discriminatórios e xenofóbicos.

O eixo da educação não-formal deve considerar a baixa escolaridade e a insegurança alimentar como principais fatores que levam, principalmente, jovens e adultos para o trabalho forçado ou análogo à escravidão, como já descrevi anteriormente. Em Vitória e algumas grandes cidades do Espírito Santo, existem ONGs e projetos sociais das secretarias estadual e municipal, entidades religiosas e empresas cuja ação é incentivar a inclusão no mercado de trabalho com oficinas e cursos de qualificação profissionalizantes. No entanto, a organização e mobilização de processos participativos em defesa dos direitos humanos de grupos em situação de risco e vulnerabilidade em zonas rurais não existe ou é insuficiente. Muito se vê ações de entidades religiosas em distritos que colaboram para qualidade de vida e dignidade do trabalhador rural, mas pouco conhecem os recursos e direitos para o propósito principal do PNEDH, a saber, denúncia de violações, promoção, proteção e reparação dos direitos humanos.

Em se tratando de lugares afastados dos grandes centros e municípios, cabe ao poder público (Ministério do Trabalho e Emprego e Polícia Federal) não só fiscalização nas fazendas, mas atuação das Secretarias de Direito Humano e do Trabalho, à promoção de espaços em que a comunidade tenha orientação com um agente especializado em Educação em Direitos Humanos, de modo a fortalecer a participação ativa e consciente nas decisões sobre o uso de recursos comunitários.

Para tanto, todos Estados do Brasil devem cumprir o Programa estadual de Direitos Humanos (PeDH) para melhor efetivação das políticas públicas. O programa do estado do Espírito Santo incentiva movimentos sociais e organizações religiosas que realizam educação no sentido dos Direitos Humanos no Estado do Espírito Santo, e avalia suas iniciativas com vistas a promover sua divulgação (CEDH/ES, 2013).

Tanto o Programa Estadual de Direitos Humanos (PeDH) e o Programa Estadual de Educação em Direitos Humanos (PeEDH) devem ser entendidos como documentos complementares e ressaltam em suas Diretrizes a interação democrática entre Estado e Sociedade Civil como instrumento de diálogo plural e transversal, com principal intuito de criar fóruns intersetoriais para facilitar a inter-relação dos conselhos setoriais nas esferas municipal e estadual, visando a criação de agenda comum para a implementação de políticas públicas de Direitos Humanos (CEDH/ES, 2013)

É importante que a sociedade civil, juntamente com uma assessoria de um agente em Direitos Humanos, denuncie práticas abuso, maus tratos e irregularidades para a erradicação

do trabalho análogo ao de escravo. De acordo com o Comitê Nacional do Ministério Público de Combate ao Trabalho em Condições Análogas às de Escravo e ao Tráfico de Pessoas (Conatetrap), as denúncias podem ser feitas diretamente sem exigência da identificação do denunciante ao Ministério Público do Trabalho (MPT). A denúncia é feita de forma digital, por meio da internet em formulário disponível no portal oficial do órgão. Há, ainda, o Sistema Ipê, criado pela SIT em parceria com a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e um canal no portal Gov.br, disponibilizado pelo Ministério da Economia para o registro de denúncias trabalhistas. No caso de trabalho análogo ao de escravo.

A organização social unida e consciente de sua identidade cultural e seu papel como cidadão é uma forte aliada na luta pela erradicação da prática do trabalho análogo à de escravo para garantia dos direitos humanos, uma vez que, quanto mais toma consciência de seus direitos e deveres, mais cresce o poder de crítica e esclarecimento para reivindicar violações e exigir a efetivação dos direitos junto a seus representantes e órgãos responsáveis em geral.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discriminação e reprodução de uma desigualdade histórica, social e étnico-racial com consequente acirramento do racismo e escravocrata em relação aos grupos estigmatizados e mais vulneráveis na sociedade brasileira, perpassa pela ideia de pensar o *humano* conforme o ideal eurocêntrico e a colonialidade. Um ideal de humano pertencente à lei e regulada por regras jurídicas dominante na imagem do homem patriarcal, branco, heterossexual.

A universalidade pretendida dos direitos fundamentais da Constituição e o documento da Declaração com base em teoria da autonomia da vontade racionalista e da filosofia da moral kantiana sobre a noção dignidade humana, nega o tempo e a história dos processos de formação da cultura afrodescendente e da diversidade do povo brasileiro, inclusive das identidades dos povos indígenas. É claro que não podemos deixar de mencionar o preâmbulo da Declaração e Programa de Ação de Viena (1993). A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos daquele ano apontou para os direitos individuais, o respeito a grupos e minorias, além autodeterminação dos povos e pluralismo para preservação das diversidades para melhor condição de vida⁹⁰, porém não resolveu as tensões entre universalismo e, digamos relativismo

⁹⁰ A Declaração reconhece a universalidade dos direitos humanos, mas admite uma certa variabilidade na sua aplicação. Vejamos o art.5. Todos os Direitos Humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional deve considerar os Direitos Humanos, globalmente, de forma justa e equitativa, no mesmo pé e com igual ênfase. Embora se deva ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os diversos antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os Direitos Humanos e liberdades fundamentais. VIENA. DECLARAÇÃO E PROGRAMA DE AÇÃO DE VIENA

dos direitos humanos. A violência e a exploração do trabalho não foram eliminadas, pelo contrário, o cenário de uma sociedade solidária e fraterna para reconhecimento e valor da pessoa humana está cada vez mais negligenciada em nossa sociedade de consumo e descartabilidade.

“De grão em grão a galinha enche o papo”, expressão usada pelo escritor Machado de Assis em 1888, ainda define o valor de humano como animal, destituído de autonomia e de direito fundamentais. Os vulneráveis e invisíveis da sociedade brasileira não são reconhecidos na sociedade democrática de direito, como dotados de vontade livre e participação nos sistemas políticos, econômicos, sociais e culturais.

Mantenho aqui, uma posição cética frente a falta de efetivação de direitos constitucionais e dos direitos humanos. Não basta que a lei aparentemente universal reconheça direitos. O fundamental é como a lei é interpretada e como se fazem valer os direitos na prática. A solução mais plausível a meu ver não é teórica, mas depende da capacidade de mobilização de grupos, normalmente denominados como minorias, para reivindicar seu valor e sua dignidade na sociedade regida por preconceito, banalização e indiferença ética no comportamento egoísta e de exploração capitalista da contemporaneidade.

Considerando o tema tratado neste artigo para reparação e erradicação do trabalho análogo à escravo, ressalto a contribuição da educação em direitos humanos é o caminho, mais que essencial, para reconstrução de identidades culturais e fortalecimento das consciências sociais em prol de uma sociedade inclusiva.

Para que a dignidade humana seja real e reconhecida, ela precisa ser assumida como compromisso de grupos, entidades, comunidades e políticas públicas, ou seja, é preciso ser performada em práticas sociais a fim de que as diversidades e as pluralidades vigentes no Brasil ganhem seu espaço democrático. Entretanto, o problema de performar ações e práticas culturais não se sustenta sem a implantação do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos em âmbito nacional.

Entre os cinco eixos das ações programáticas do PNEDH que visam essencialmente promover, estimular, apoiar, investir em várias áreas do setor da educação formal e não-formal, incluindo a educação da mídia e dos profissionais dos sistema de justiça e segurança, sustento no artigo, a importância da educação superior com objetivo de participação efetiva e direta da instituição e do estudante no processo, não só de conhecimento e conscientização das violações sofridas pelos que submetem ao trabalho análogo à escravidão, como a contribuição em

Conferência Mundial sobre Direitos Humanos (1993). Disponível em: <https://www.cedin.com.br/> Acesso: 18/nov/2023.

atendimentos e apoio à denúncias, por meio de uma aproximação com as vítimas exploradas e ameaçadas pelos aliciadores.

Por fim, ressalto que a educação em direitos humanos no âmbito escolar pode e deve proporcionar uma mudança de consciência e construção cidadã em consideração ao número expressivo de vítimas resgatadas em situação de trabalho análogo à escravidão (mais de 2000 vítimas no 1º semestre de 2023), dentre esses números, os incontáveis da exploração na economia privada, na violência sexual, nos maus tratos, como o descrito sobre as barbáries vividas no caso de Jaqueline Viturino.

Sem ter qualquer pretensão de eliminar os outros eixos do PNEDH, para o problema do trabalho análogo à de escravo, tomo a educação não-formal em direitos humanos de caráter mais efetivo no diálogo com as entidades civis e culturais. Entendo que a organização civil, por meio de ONGs, Secretarias de Políticas Públicas, empresas entre outras, são as mais indicadas para qualificação no mercado de trabalho de pessoas vulneráveis e para contribuição através de campanhas sociais contra a insegurança alimentar e a fome no Brasil.

Em conclusão, reforço como essencial o compromisso de especializar agentes de diferentes áreas profissionais, com estudo abrangente do direito humano, das ações programáticas do PNEDH e do PeDH de cada estado, com intuito não só de atuarem em grandes centros, mas em comunidades e zonas rurais, acampamentos “sem-terra”, comunidades quilombolas e indígenas, para proteção, instrução e reparação das estruturas de dominação e opressão daqueles que usam “correntes” e tratam o humano como preço, objeto e seres não pensantes. Eis, pois, o país onde se declarou extinta a escravidão pela Lei Áurea há 136 anos.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Machado de. **Bons Dias**. Crônica de 19 de maio de 1888. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000167.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2023.

BENTO, Maria Aparecida da Silva. **Trabalho análogo ao escravo é maior entre negros**. *EcoDebate: Cidadania & Meio Ambiente*, 10 jun. 2010. Disponível em: <<https://www.ecodebate.com.br/2010/06/10/trabalho-analogo-ao-escravo-e-maior-entre-negros/>>. Acesso em: 15 set. 2024.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 9 set. 2023.

BRASIL. **Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome**. Disponível em: <<https://www.gov.br/mds/pt-br>>. Acesso em: 18 nov. 2023.

BRASIL. **Ministério Público Federal**. Escravidão contemporânea. 2. Câmara de Coordenação e Revisão Criminal. Brasília, DF: MPF, 2017.

BRASIL. **Ministério da Educação**. Conselho Nacional de Educação. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/rcp001_12.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2023.

BRASIL. **Organização Internacional do Trabalho**. Observatório Digital do Trabalho Escravo no Brasil, 10 jun. 2020. Disponível em: <<https://smartlabbr.org/trabalhoescravo>>. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASÍLIA (DF). **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos**. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. Brasília, DF: Secretaria Especial dos Direitos Humanos; Ministério da Educação; Ministério da Justiça; UNESCO, 2007.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

COMTE-SPONVILLE, André. **Apresentação da Filosofia**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

CUNHA, Cilaine Alves. **Apresentação: Crônica de Machado de Assis de 19 de maio de 1888**. *Revista Teresa*, São Paulo, USP. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/teresa/article/view/127374/124579>>. Acesso em: 1 nov. 2023.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Genebra: OMS, 2002. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/en/humanrights/universaldeclaration/translations/portuguese?LangID=por>>. Acesso em: 18 nov. 2023.

GOMES, Camilla de Magalhães. **Têmis Travesti: as relações de gênero, raça e direito para narrativa expansiva do “humano”**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2019.

GUEDES, Aline. **Retorno do Brasil ao mapa da fome da ONU preocupa senadores e estudiosos**. *Agência Senado*, 2022. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2022/10/retorno-do-brasil-ao-mapa-da-fome-da-onu-preocupa-senadores-e-estudiosos>>. Acesso em: 18 nov. 2023.

MUNOZ-DARDÉ, Véronique. **Dicionário de Ética e Filosofia Moral: v. I e II**. Organização de Monique Canto-Sperber. Tradução de Ana Maria Ribeiro-Althoff; Magda França Lopes; Maria Vitória Kessler de Sá Brito; Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

MARTINS, Sergio Pinto. **Curso de Direito do Trabalho**. 39. ed. São Paulo: Saraivajur, 2023.

MEDEIROS, Benizete Ramos. **Trabalho com dignidade: educação e qualificação é um caminho?** São Paulo: LTr, 2008.

MIRAGLIA, Lívia Mendes Moreira. **Trabalho escravo contemporâneo: conceituação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.** 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

PENHA, Daniela. **Negros são 82% dos resgatados do trabalho escravo no Brasil.** *Repórter Brasil*, 2019. Disponível em: <<https://reporterbrasil.org.br/2019/11/negros-sao-82-dos-resgatados-do-trabalho-escravo-no-brasil/>>. Acesso em: 11 nov. 2023.

PINSKY, Jaime. **A escravidão no Brasil.** 12. ed. São Paulo: Contexto, 1993.

PITALUGA, Esther Sanches. **Combate ao trabalho escravo.** Assembleia Legislativa de Goiás, 2023. Disponível em: <<https://portal.al.go.leg.br/noticias/129441/combate-ao-trabalho-escravo>>. Acesso em: 18 nov. 2023.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** Tradução de Almiro Pisetta; Lenita R. M. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SAKAMOTO, Leonardo. **Trabalho escravo no Brasil do século XXI.** *Organização Internacional do Trabalho*, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Sobre o fundamento da moral.** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

TREVISAM, Elisaide. **Trabalho escravo no Brasil contemporâneo.** Curitiba: Juruá, 2015.

SOARES, Paulo Vitor Lopes Saiter. **Direitos Humanos e a (ir)racionalidade moderna.** São Paulo: Dialética, 2022.

SUZUKI, Natália Sayuri. **Políticas públicas: a relação de representação entre o Estado e o trabalhador vítima de trabalho escravo.** In: BRASIL. Ministério Público Federal. *Escravidão contemporânea.* 2ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal. Brasília, DF: MPF, 2017.

VIENA. **Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, Viena, 1993.** Disponível em: <<https://www.ohchr.org/en/about-us/history/vienna-declaration>>. Acesso em: 18 nov. 2023.

CAPÍTULO V

A VIDA COMO ELA É PARA AS PESSOAS TRANS: A OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO E O PAPEL ESSENCIAL DO STF NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS TRANS

DOI: 10.51859/amplla.hdh052.1125-5

Dalton Santos Morais
Sayury Otoni

“(...) que todas as pessoas, independentemente da sua orientação sexual ou identidade de gênero, tenham o direito de buscar a própria felicidade e viver o seu ideal de vida boa.”

Luis Roberto Barroso

1. INTRODUÇÃO

Sou pai⁹¹. Um pai cisgênero⁹² de um filho trans não-binário⁹³, palavras que são recentes em meu vocabulário. Nossas identidades foram reconhecidas em momentos próximos, mas a partir de lugares distintos. Para compreendê-lo, precisei confrontar-me comigo mesmo para ser capaz de estranhar a minha própria experiência, que sempre foi marcada como normal, asséptica e neutra.

Isso desestabilizou o meu conforto ontológico de pertencer ao espaço da normalidade. Foi necessário reconhecer-me como norma para aprender a nomeá-la⁹⁴. Os valores e interesses

⁹¹ O principal autor deste artigo é pai de uma pessoa que se reconhece como transgênero não binária e passa pela difícil experiência de adotar publicamente a tarefa paternal de salvaguarda e respeito ao seu filho trans. Por isso, a argumentação em 1ª pessoa é sempre do primeiro autor. Saiba mais na reportagem de A Gazeta. Amor e aceitação: transexuais falam de apoio que encontraram em casa. Disponível em <<https://www.agazeta.com.br/es/cotidiano/amor-e-aceitacao-transexuais-falam-de-apoio-que-encontraram-em-casa-0122>> Acesso em 24/04/2023.

⁹² Cisgênero é o indivíduo que se identifica com o gênero que lhe foi atribuído no nascimento.

⁹³ Pessoas transgênero (trans) são aquelas que se identificam com um gênero diferente daquele que lhes foi atribuído ao nascimento. É um termo “guarda-chuva” que representa a diversidade trans, estando aí incluídos travestis, homens e mulheres trans, pessoas trans masculinas, não binárias e diversos outros. E as pessoas não binárias são aquelas que não se identificam exclusivamente com o gênero feminino ou masculino, indo além do binômio homem-mulher. Portanto, uma pessoa trans masculina não binária é aquela que não se identifica com o gênero feminino que lhe foi atribuído no nascimento e que não se identifica exclusivamente com o gênero feminino ou masculino.

⁹⁴ Nomear a norma é o primeiro passo rumo a uma redistribuição desobediente de gênero e anticolonial da violência, porque a norma é o que não se nomeia, e nisso consiste seu privilégio. A não-marcação é o que garante

associados à heteronormatividade⁹⁵ e à cisgeneridade são universais⁹⁶. As dissidências, por outro lado, são anômalas, pois não pertencem à matriz da hegemonia, como o meu filho, que não pode converter-se e equiparar-se a esse padrão universal.

Em nossa história, essas experiências se encontram na mesma família, como pai e filho. O meu testemunho, a partir do qual inicio este artigo, não é o de pertencimento. Como um homem cis e heterossexual, não pertencço ao mesmo lugar social e histórico das pessoas LGBTQIA+⁹⁷.

Como pai, testemunhei a dor, a violência e a crueldade vividas pelo meu filho, com o qual tenho vínculos afetivos. Acompanhei o seu processo de transição. Da decisão sobre o nome social⁹⁸ que iria adotar à cirurgia para a retirada das mamas⁹⁹. Financeiei os custos médicos e, solidariamente, os emocionais. O privilégio financeiro permitiu acessos fundamentais, como à escola, ao ensino superior, à hormonização com orientação técnica e ao suporte psicológico. Os recursos emocionais ainda nos desafiam.

Na adolescência, sua identidade estava definida a partir do corpo feminino. Ambos eram incompatíveis com sua autoidentificação, pois enxergava-se como um sujeito masculino, tal

às posições privilegiadas (normativas) seu princípio de não questionamento, isto é: seu conforto ontológico, sua habilidade de perceber a si como norma e ao mundo como espelho. Em oposição a isso, “o outro” – diagrama de imagens de alteridade que conformam as margens dos projetos identitários dos “sujeitos normais” – é hiper-marcado, incessantemente traduzido pelas analíticas do poder e da racialidade, simultaneamente invisível como sujeito é exposto enquanto objeto. Nomear a norma é devolver essa interpretação e obrigar o normal a confrontar-se consigo próprio, expor os regimes que os sustentam, bagunçar a lógica de seu privilégio, intensificar suas crises e desmontar sua ontologia dominante e controladora. MOMBANÇA, Jota. Rumo a uma distribuição desobediente de gênero e anticolonial da violência! Cadernos de Imaginação Política. 2016. p. 11. Disponível em: <https://issuu.com/amilcarpacker/docs/rumo_a_uma_redistribuicao_a_o_da_vi>. Acesso em 24/05/2023.

⁹⁵ “(...) pode-se compreender o termo *heteronormatividade* como aquilo que é tomado como parâmetro de normalidade em relação à sexualidade, para designar como norma e como normal a atração e/ou o comportamento sexual entre indivíduos de sexos diferentes.” (grifei) PETRY, Analídia Rodolpho; MEYER, Dagmar Elisabeth Estermann. Transexualidade e heteronormatividade: algumas questões para a pesquisa. Textos & Contextos (Porto Alegre), v. 10, n. 1, p. 193 - 198, jan./jul. 2011 p. 198.

⁹⁶ De acordo com o padrão colonial moderno e binário, qualquer elemento, para alcançar plenitude ontológica, plenitude de ser, deverá ser equalizado, ou seja, equiparado a partir de uma grade de referência comum ou equivalente universal. Isto produz o efeito de que qualquer manifestação da alteridade constituirá um problema, e só deixará de fazê-lo quando peneirado pela grade equalizadora, neutralizadora de particularidades, de idiosincrasias. O outro indígena, o outro “não branco”, a mulher, a menos que depurados de sua diferença ou exibindo uma diferença equiparada em termos de identidade que seja reconhecível dentro do padrão global, não se adaptam com precisão a este ambiente neutro, asséptico, do equivalente universal, ou seja, do que pode ser generalizado e a que se pode atribuir valor e interesse universal. Só adquirem politicidade e são dotados/as de capacidade política, no mundo da modernidade, os sujeitos – individuais e coletivos – e questões que possam, de alguma forma, processar-se, reconverter-se, transpor-se ou reformular-se de forma que possam se apresentar ou ser enunciados em termos universais, no espaço “neutro” do sujeito republicano, onde supostamente fala o sujeito cidadão universal. Tudo o que sobra nesse processo, o que não pode converter-se ou equiparar-se dentro dessa grade equalizadora, é resto. SEGATO, RITA. Gênero e colonialidade: em busca de chaves de leitura e de um vocabulário estratégico descolonial. e-cadernos ces, Coimbra, n. 18, 2012. p. 106- 131,

⁹⁷ A sigla “LGBTQIA+” faz referência a lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais, queers, intersexuais, assexuais e outras orientações sexuais, identidades e expressões de gênero.

⁹⁸ Nome social é o modo como a pessoa se identifica, uma vez que o nome civil não reflete sua identidade de gênero.

⁹⁹ Mastectomia é o termo técnico usado para essa cirurgia..

como já testemunhou um famoso trans masculino, João W. Nery, ao descrever a sua angústia de que “todos me viam como uma menina. Para mim, era um menino.”¹⁰⁰

Durante e após seu processo de transição, os sofrimentos físicos e psicológicos foram acompanhados de dor. Sentia-se exausto pela falta de ar e pelas feridas nos seios e no tronco causadas pelo uso de *binder*¹⁰¹, usado para ocultar as mamas.

Ao iniciar este trabalho com esse relato pessoal, parto da compreensão de que, embora haja individualidades, o sofrimento do meu filho também é coletivo. Comunica-se com outras experiências. É um problema da *pólis*, da esfera pública, pois conjuga-se com as quase três milhões de pessoas trans¹⁰² no Brasil, em que a estigmatização, a discriminação e violência são comunais¹⁰³.

É necessário evidenciar que, nesse contexto, há entroncamentos de violências que se apresentam como espiral de intersecções com capacidade para agudizar o sofrimento. Uma pessoa trans negra e pobre, por exemplo, sofre múltiplas discriminações.

As formas de discriminação são criativas e demandam elaborações cotidianas para superá-las. No trabalho, na família, na universidade e em outras instituições e relações, ele vivencia processos contínuos de “descobertas” de sua transgeneridade pelos outros.

E é por isso que Kimmel esclarece que “as instituições sociais de nosso mundo - local de trabalho, família, escola, política - também são instituições de gênero específicos, lugares onde definições dominantes são reforçadas e reproduzidas, e os “divergentes” disciplinados.”¹⁰⁴

Fui acompanhante de meu filho e financiador na realização do seu sonho de realizar a mastectomia e a troca definitiva do seu nome em cartório¹⁰⁵ e o acompanhamento até hoje no processo de hormonização, tentando fazendo parte, assim, do renascimento do meu filho como a pessoa trans que ele se reconhece¹⁰⁶.

¹⁰⁰ NERY, João W. *Viagem Solitária. Memórias de um Transexual trinta anos depois*. São Paulo: Leya, 2011. p. 34

¹⁰¹ Espécie de colete ou cinta elástica usada por homens trans para apertar as mamas, antes de submeterem-se à mastectomia.

¹⁰² SPIZZIRRI, Giancarlo *et al. Proportion of people identified as transgender and non-binary gender in Brazil*. Disponível em < <https://www.nature.com/articles/s41598-021-81411-4> > Acesso em 15/04/2023.

¹⁰³ Conforme esclarece Kimmel, há diferenças dramáticas entre as sociedades no que diz respeito ao tipo de diferenças de gênero, aos níveis de desigualdade de gênero e ao volume de violência (implícita ou real) que são necessários para manter tanto o sistema da diferença quanto da dominação. KIMMEL, Michael. *A Sociedade de Gênero*; Trad. Fábio Roberto Lucas. Petrópolis, RJ: Vozes, 2022. p. 12

¹⁰⁴ *Ibidem*. p. 25

¹⁰⁵ A segunda autora deste artigo também vivenciou a experiência da transição do filho trans do primeiro autor, tendo sido muito importante na troca do nome daquele em cartório e, portanto, no efetivo reconhecimento da identidade de gênero assumida pelo filho do primeiro autor.

¹⁰⁶ “O momento em que se reconhece como pessoa trans é maravilhoso. Quão difícil é explicar para as pessoas cis – que não são trans – o sentimento de plenitude que nos preenche. A transição entre como nosso corpo era, para a forma com a qual nos identificamos, é um nascimento, tornando-nos nós mesmos.” Nascimento em livros. Jaqueline Gomes de Jesus. *In Vidas trans*. Amara Moira et al. 2ª. ed. Bauru, SP: Astral, 2022.

O meu filho sofreu – e ainda sofre - por cada ato de estigmatização, discriminação e de violação do seu direito fundamental de liberdade de gênero, eis que, infelizmente, segundo seus próprios relatos, ainda é submetido a violência verbal, e até mesmo não verbal, quando algumas pessoas descobrem sua condição de pessoa trans.

A partir da experiência vivida com meu filho, pude perceber que a estigmatização, discriminação e violência sofrida por ele não é exclusiva de nossa família, mas é antes de tudo um problema social, político e jurídico, especialmente se considerarmos não ser nenhuma mentira reconhecer que, mesmo com tantas dores e sofrimentos, meu filho é um “privilegiado”, diante dos serviços de saúde e de educação que a condição econômica de nossa família permite-lhe acessar.

A realidade da enorme maioria das pessoas trans é de convivência com a violência extrema, com falta de formação educacional, com a prostituição como única fonte de renda e de quase absoluta falta de acesso à educação e a serviços de saúde na rede pública, conforme será demonstrado ao longo deste artigo. Mas, mesmo diante de tal quadro vivido por pessoas humanas, a enorme maioria da sociedade brasileira, inclusive seus representantes políticos, continua ignorando solenemente esta situação e, até mesmo, procura criminalizar tais pessoas.

Daí é possível perceber que o sofrimento de qualquer pessoa trans também é coletivo; isso permite que pessoas não trans também sejam ativistas para modificar a realidade social e adequar o ambiente regulatório sobre identidade de gênero de pessoas trans no Brasil: esse artigo, portanto, é parte de um ativismo desenvolvido em prol da visibilidade e do respeito social e normativo que deve ser devido a todas as pessoas trans.

A busca por respeito social, político e normativo à dignidade humana das pessoas trans não é – e não deve ser - uma luta empenhada apenas e exclusivamente por estas pessoas, mas também por todas as pessoas que reconhecem que qualquer discurso, ação ou omissão humana ou estatal que proponha, incentive ou produza ódio, discriminação, violência física ou verbal e estigmatização a outro ser humano é social e juridicamente reprovável,

Afinal, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) estipula, dentre outras obrigações, que a República brasileira tem como seu principal fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), como objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I) e a promoção do bem de *todos*, sem preconceitos de sexo ou de quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV) e que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, XLI). (grifei)

Infelizmente, a par de tais mandamentos constitucionais, da homoafetividade ser uma característica inerente ao ser humano e de haver um movimento de progressiva, mas lenta

aceitação social das pessoas LGBTQIA+ ¹⁰⁷, a CF/88 não vem sendo concretizada em relação às pessoas trans pelo Poder Legislativo, dentre outros motivos, devido à enorme pressão de grupos majoritários da sociedade brasileira que, de forma estrutural, estabelecem posturas de discriminação da pessoas trans – e LGBTQIA+ em geral – como uma forma estruturada de manutenção de poder social ¹⁰⁸.

Os grupos majoritários, nos últimos anos, foram incentivados pelos próprios governantes que traziam, em seus discursos, a promessa de “combater a ideologia de gênero, conservando nossos valores.” ¹⁰⁹

Essa pauta, desde 2010, vinha sendo gerada pela grande bancada conservadora de parlamentares, bancada essa que reunia os evangélicos e católicos representantes da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil.

Com ampliação da força política do grupo, nos deparamos com projetos de lei com propostas de restrições a direitos individuais, que chegaram a somar 368 projetos. É importante acrescentar que, desde 2015, o Congresso Nacional é seguramente o mais conservador após o período de 1964 ¹¹⁰.

Fato é, portanto, que o Poder Legislativo – por quaisquer que sejam os motivos ¹¹¹ - não chegou aos consensos necessários para a proteção legal destas pessoas e para o cumprimento da CF/88, não surpreendendo, assim, que a obtenção de diversas conquistas de direitos pelas pessoas LGBTQIA+, e consequentemente pelas pessoas trans, tenha se dado por via judicial,

¹⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. Direitos LGBTI+ e uniões homoafetivas: o que vale a vida são nossos afetos. p. 169. In. BARROSO, Luís Roberto. Sem data vênica: um olhar sobre o Brasil e o mundo. Rio de Janeiro: História real, 2020. p. 168/174.

¹⁰⁸ “[...] A criança cujo corpo foi assinalado, no nascimento, como sendo do sexo feminino deve se comportar socialmente como mulher e precisa desejar sexualmente um homem. Já a criança que foi designada como sendo do sexo masculino, deve se comportar como um homem e desejar as mulheres. Impõe-se, com isso, uma linearidade forçosa entre as diversas dimensões de nossas existências. Esta é a matriz de inteligibilidade que organiza a lógica e a coerência do sistema sexo-gênero-desejo, conferindo sentido aos corpos, identidades e práticas. *Qualquer desvio em relação a estes princípios elementares torna-se alvo de uma ação normalizadora do poder. Sob essa perspectiva, a violência não é exceção, mas a regra elementar da estruturação desse sistema, seu curso normal de funcionamento. Quando uma pessoa LGBTI+ é assassinada ou ultrajada, violentada física ou psicologicamente, isso não se deve a um sadismo, a um ato de preconceito individual, a uma fatalidade. Antes, trata-se de uma violência com pretensão normalizadora que busca reconduzir aquele corpo e aquela identidade ao lugar do qual não deveriam ter saído: o da normalidade.*” QUINALHA, Renan. Movimento LGBTI+: uma breve história do século XIX aos nossos dias. Belo Horizonte: Autêntica, 2022. p. 39/40.

¹⁰⁹ PACHÁ, apud CHAVES GOMES, Victor Leandro e BELINOT, Virginia. Neoliberalismo e pós-democracia: o percurso brasileiro rumo ao (neo)fascismo. Rio de Janeiro: Morula Editora, 2020. p.

¹¹⁰ COSTA, Reginaldo. O Manifesto à Nação: O projeto Neofascista da Frente Parlamentar Evangélica para o Brasil. Rio de Janeiro Morula Editora, 2020. p.304.

¹¹¹ Não é o objetivo do presente artigo adentrar sobre as diversas causas que levam o Poder Legislativo a deixar de cumprir a CF/88 a quem ele deve respeito, deferência e obediência normativa, nem os propósitos “políticos” que cada parlamentar transfóbico possui para deslegitimar a Constituição que, durante a sua diplomação, jurou proteger.

fruto da correta atuação do STF na concretização dos direitos fundamentais constitucionais, diante da evidente omissão inconstitucional do Poder Legislativo nesse campo.

Mas, a par das conquistas de direitos por via judicial por estas pessoas, fato é que as pessoas trans ¹¹² – identificadas pela letra T da sigla ¹¹³ - ainda são vítimas de uma discriminação brutal, cruel e constante por parte da sociedade e continuam fortemente desprotegidas pelo Estado brasileiro ¹¹⁴, o qual não só não editou as leis exigidas para estabelecer as necessárias e específicas políticas públicas que deveriam ser destinadas a estas pessoas, como também, sob uma atuação absolutamente discriminatória a elas, exerce contra as mesmas ações políticas que as pretende estigmatizar, discriminar e criminalizar e sequer cumpre a parte das políticas públicas que lhes deveriam ser destinadas por fazerem parte da sociedade brasileira.

O presente artigo expõe, portanto, a grave situação de desproteção jurídica das pessoas trans, por atos comissivos e omissivos do Poder Legislativo, bem como a necessária atuação do Poder Judiciário, especialmente do STF, na garantia e preservação de direitos fundamentais de tais pessoas.

¹¹² “Sexo é uma condição física, biológica, que distingue homem e mulher por características que incluem genitais e órgãos reprodutivos. *Gênero* diz respeito à autopercepção do indivíduo, ao sentimento de pertencimento ao universo masculino, feminino ou nenhuma dessas determinações tradicionais. A orientação sexual, por sua vez, está associada à atração física, ao desejo de cada um. É aqui que a pessoa pode ser heterossexual, homossexual ou bissexual. *Transgênero* ou *transexual* – não há consenso sobre a terminologia – é a pessoa que não se identifica plenamente com o gênero atribuído ao sexo biológico.” BARROSO, Luís Roberto. Direitos LGBTI+ e uniões homoafetivas: o que vale a vida são nossos afetos. *Op. Cit.* p. 173.

¹¹³ Antes de introduzir o leitor a questões pertinentes a pessoas trans, apresentamos um pequeno glossário que pode auxiliar na identificação e compreensão do universo LGTQIAP+:

LGBTQIAP+: a sigla refere-se a Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros, Queers, Assexuais, Pansexuais e Identidades Não Binárias;

Transgênero - pessoas que se identificam com um gênero diferente daquele que lhes foi atribuído ao nascimento. É um termo “guarda-chuva” que representa a diversidade trans, estando aí incluídos travestis, homens e mulheres trans, pessoas trans masculinas, não binárias e diversos outros.

Travesti e transexual: ambos os termos se referem às pessoas cujo gênero é o oposto do que lhe foi socialmente atribuído ao nascer. Contudo, havia diferenciação dos termos nos debates iniciais, considerando questões cirúrgicas. O pensamento é considerado ultrapassado pela comunidade, pois a identificação é individual, não havendo distinção;

Pessoas não binárias: não se identificam exclusivamente com o gênero feminino ou masculino, indo além do binômio homem-mulher;

Cisgênero: indivíduo que se identifica com o gênero que lhe foi atribuído no nascimento;

Transfobia: Aversão e preconceito contra indivíduos transgêneros. Atualmente, é considerado crime de racismo.

Queer: forma fluída de se representar em termos de gênero e sexualidade;

Assexuais: indivíduos que tem relações afetivas sem necessariamente ter relações sexuais;

Pansexuais: pessoas atraídas por diferentes gêneros.

Disforia - sintomas decorrente do desconforto constante com o próprio corpo.

Nome social - modo como a pessoa se identifica, uma vez que o nome civil não reflete sua identidade de gênero.

¹¹⁴ Suxberger fala da importância da atuação do Estado para garantia de direitos fundamentais assegurados pela Carta Política: “O Estado se faz parte instrumental para sustentar em nome próprio a realização desses direitos.” SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. O direito nas políticas públicas: o déficit de efetividade dos direitos é um problema normativo ou institucional? *In* Direitos Humanos Democracia: estudos em homenagem ao Professor Vital Moreira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p.123.

O objetivo do presente trabalho, portanto, é denunciar a realidade brutal, cruel e discriminatória que assola as pessoas trans no Brasil, bem como demonstrar não só a omissão do Poder Legislativo na fixação das políticas públicas específicas e necessárias a estas pessoas, mas também as ações políticas iniciadas em um movimento que pode ser considerado antitrans e o importante papel do Poder Judiciário, mais especificamente do STF, no estabelecimento de importantes direitos às pessoas trans, sejam os direitos já conquistados ou os direitos que ainda devem ser conquistados.

2. A VIDA COMO ELA É PARA AS PESSOAS TRANS

Fato é que, salvo raras exceções, quem não é ou não convive com uma pessoa trans não tem conhecimento do quanto essa população é vítima de estigmatização, preconceito, rejeição, discriminação e violência: para bem resumir, basta alertar o leitor que as pessoas trans até bem pouco tempo atrás eram, formalmente, consideradas pessoas com transtornos mentais, eis que foi apenas em 2019 que a Organização Mundial de Saúde (OMS) deixou oficialmente de considerar a transexualidade como uma doença mental.

Somente em 2022 a OMS retirou a transexualidade da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas de Saúde (CID) como transtorno mental, passando a considerá-la na “categoria de “condições relacionadas à saúde sexual”, sendo classificada como “incongruência de gênero”, ou seja, um sentimento de profunda angústia devido ao conflito entre a identidade da pessoa e o gênero a ela atribuído no nascimento”¹¹⁵. Portanto, ainda hoje, a transexualidade consta na CID e isso significa uma patologização de tal condição humana, havendo quem defenda a sua retirada da referida classificação como uma forma de emancipação e consideração humana plena das pessoas trans¹¹⁶.

Tal situação de patologização da transexualidade deixa patente que ser uma pessoa trans, em qualquer lugar do mundo, mas especialmente no Brasil, salvo raras exceções, é em todos os sentidos uma experiência cruel e desumana, eis que estas pessoas são vítimas de

¹¹⁵ Um (longo) caminho para a saúde universal. Disponível em <<https://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/reportagem/um-longo-caminho-para-a-saude-universal>> Acesso em 15/04/2023.

¹¹⁶ “Eu sou do grupo de pesquisadores que defende que a transexualidade fosse retirada do CID. Enquanto só for possível acesso de uma população à saúde pela patologização, essa população não será vista como plenamente humana. Ela é vista, no meu entendimento, como tutelada. A despatologização é necessária e vai ser a consequência, inclusive, de uma sociedade que não veja pessoas trans como aquelas sem consciência de si, ou que não tenham condições de pensar e cuidar do seu corpo”, ressalta a professora de Psicologia do Instituto Federal do Rio de Janeiro (IFRJ) e da Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca (Ensp/Fiocruz), Jaqueline Gomes de Jesus.” *Ibidem*.

estigmatização, preconceito, rejeição, discriminação e violência pela família, pelo Estado e pela sociedade em geral, conforme demonstraremos a seguir.

2.1. A morte prematura e brutal das pessoas trans

Segundo o “Dossiê: assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2022”, produzido pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA), o Brasil é o país com maior número de homicídios de pessoas trans no mundo pelo 14º ano consecutivo, tendo acumulado 37,5% de todas as mortes de pessoas trans do mundo ^{117 118 119}.

Conforme a referida pesquisa, no momento da consumação de crimes contra pessoas trans, a estética e aparência não-normativas das pessoas trans são fatores de alto risco para as vítimas, eis que “uma pessoa trans que não fez modificações corporais e não expressa sua inconformidade de gênero explicitamente não confronta a sociedade cis” e “não estará exposta as mesmas violências que as demais”.

A pesquisa também constatou que a maioria dos homicídios contra pessoas trans acontecem com uso excessivo de violência e crueldade, o que leva à conclusão de que os crimes contra pessoas trans sejam, em sua enorme maioria, crimes de ódio ^{120 121}.

De fato, basta uma simples pesquisa nos noticiários para se perceber que os dados constatados na pesquisa da ANTRA dão uma exata noção da violência e brutalidade a que estão submetidas as vidas das pessoas trans no Brasil.

Um exemplo disso é que, em 2021, Keron Ravach, de apenas 13 anos, em um homicídio com enorme brutalidade, foi assassinada a pauladas no Ceará, tornando-se a vítima mais jovem conhecida em 5 anos de pesquisas realizadas pela ANTRA, sendo também a vítima mais jovem

¹¹⁷ Dossiê: assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2022 / Bruna G. Benevides. ANTRA (Associação Nacional de Travestis e Transexuais) – Brasília, DF: ANTRA, 2023. p. 61.

¹¹⁸ Segundo a pesquisa, a média de homicídios de pessoas trans dos anos considerados na pesquisa (2008 a 2022), o ano de 2022 revelou um aumento de 126% em relação a 2008 e dentre as pessoas trans assassinadas em 2022, 89% delas tinham entre 15 e 39 anos; a idade média das vítimas foi de 29,2 anos. *Ibidem*. p. 33. (grifo nosso)

¹¹⁹ A pesquisa ainda revelou a falta de dados e/ou subnotificações governamentais a respeito do homicídio de pessoas trans e a ausência de ações de enfrentamento da violência contra pessoas LGBTQIA+. *Ibidem*. p. 28.

¹²⁰ Segundo a própria autora da pesquisa, Bruna G. Benevides, ‘Os crimes de ódio diferenciam-se dos crimes em geral em razão de sua motivação. Isso porque são praticados contra determinada pessoa em razão da intolerância do agente contra a vítima, em razão dela pertencer a determinado grupo social. Ou seja, são praticados contra determinada pessoa em razão do preconceito do agente contra a vítima, em razão desta pertencer a um grupo social que aquele acha intolerável.’ Dossiê: assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2022. *Op. Cit.* p. 37.

¹²¹ “[...] em 2022, pelo menos 65% dos casos os assassinatos foram apresentados com requintes de crueldade, como o uso excessivo de violência e a associação com mais de um método e outras formas brutais de violência. Isso denota um elemento facilmente identificado em crimes de ódio nos casos e denuncia a transfobia presente neste tipo de crime.” Dossiê: assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2022. *Op. Cit.* p. 53.

registrada em todo o mundo no mesmo ano pela Organização Não Governamental *Transgender Europe* (TGEU) ¹²².

Esse alto índice de homicídios, e outras causas associadas, como por exemplo o alto número de suicídios da população trans - “a estimativa é que a cada 36 horas um LGBTQIA+ brasileiro seja vítima de homicídio ou suicídio” ¹²³ -, fazem com que a estimativa média de vida de pessoas trans em 2022 tenha sido de apenas 29,5 anos ^{124 125}. (grifos nossos)

2.2. As violações de direitos humanos

Segundo a ANTRA, em 2022, foram registradas as mais diversas violações de direitos humanos contra pessoas trans no Brasil, sendo algumas das principais formas de violações registradas a deslegitimação/negativa intencional de reconhecimento da identidade de gênero, os ataques e comentários transfóbicos em redes sociais e na internet, a transfobia em atendimentos de saúde, a negativa de uso do nome social, o tratamento violento ou degradante em espaços públicos, inclusive mediante a criminalização e proibição do uso de banheiros diferente de seu sexo masculino ou feminino por pessoas trans, a negativa de emissão de identidade com nome social, a negligência médica ou omissão de socorro, as discriminações por agentes públicos e privados, a demissão motivada pela identidade de gênero e transfobia em processos seletivos de admissão ¹²⁶, o estupro ou violência sexual, os xingamentos depreciativos e transfóbicos e a violência psicológica ¹²⁷.

¹²² Pessoas trans vivem sob 'tolerância frágil', diz pesquisadora que contabilizou 140 mortes em 2021. Disponível em <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/01/28/pessoas-trans-vivem-sob-tolerancia-fragil-diz-pesquisadora-que-contabilizou-140-mortes-em-2021.ghtml>> Acesso em 15/04/2023.

¹²³ Relatório anual de 2021 produzido pela Comissão de Direitos Humanos, Minorias e Igualdade Racial da Câmara de Deputados. p. 62. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/relatorios-de-atividades/relatorios-anuais>> Acesso em 05/05/2023.

¹²⁴ 131 pessoas trans foram assassinadas em 2022 no Brasil, aponta dossiê. Disponível em <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2023/janeiro/131-pessoas-trans-perderam-a-vida-em-2022-no-brasil-aponta-dossie>> Acesso em 15/04/2023.

¹²⁵ Um exemplo de morte prematura deu-se em 2022, quando o ativista trans e policial civil Paulo Vaz, mais conhecido como Popó Vaz, morreu com apenas 36 anos de idade: um dos poucos homens transexuais que trabalhava na polícia, ele teve seu corpo encontrado no seu apartamento e a Polícia Civil de São Paulo investiga se mensagens de ódio podem ter influenciado e induzido o agente a cometer suicídio. Veja em Mensagens de ódio podem ter induzido Popó Vaz ao suicídio, investiga polícia. Disponível em <<https://www.itatiaia.com.br/noticia/policia-investiga-se-mensagens-de-odio-influenciaram-em-morte-de-popo-vaz>> Acesso em 20/04/2023.

¹²⁶ Aliás, não incomum – muito ao contrário disso –, é que as pessoas escondam seu gênero em ambientes de trabalho com medo de sofrer represálias como a demissão motivada pela identidade de gênero e a transfobia em processos seletivos de admissão relatadas. De fato, uma pesquisa do instituto *Center for Talent Innovation* estima que 61% dos LGBTQIA+s brasileiros ouvidos assim o façam. In “Número de profissionais trans cresceu quase 300% nos últimos anos”. Disponível em <<https://vocesa.abril.com.br/geral/os-transexuais-chegaram-no-mundo-corporativo/>> Acesso em 15/04/2023.

¹²⁷ Dossiê: assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2022. *Op. Cit.* p. 70.

Um exemplo do tipo de violência de direitos humanos sofrida por pessoas trans é certificada pelo fato de que, em 2022, a casa de um menino transgênero de 12 anos no município de Poções (BA) passou a ser apedrejada e ter a energia elétrica desligada, com o adolescente sendo chamado de “aberração”: a situação ocorreu após o incentivo à transfobia e ao ódio ao adolescente por um conhecido pastor na cidade, com o objetivo de opor-se a um projeto de lei da câmara de vereadores local que pretendia atender aos reclamos maternos de que o adolescente fosse identificado pelo nome e pronomes masculinos no seu ambiente escolar ¹²⁸ 129 130.

2.3. A rejeição e o abandono familiar precoce

A identidade de gênero de uma pessoa é uma experiência pessoal que se desenvolve ao longo de toda a vida, mas que, na enorme maioria das vezes, é vivenciada e percebida na infância e na adolescência das pessoas trans.

A par do art. 227 da CF/88 expressamente determinar ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à educação, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, dentre outros direitos, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, ser uma criança ou adolescente trans no Brasil é uma experiência cruel e desumana, eis que a rejeição e a discriminação, muitas vezes, dão-se inicialmente pelos pais e pela família que deveriam amar e protegê-los, sendo quase um destino inevitável que tais pessoas, salvo raras exceções, sejam expulsas de casa pelos próprios familiares.

¹²⁸ Menino trans tem casa apedrejada 4 vezes na Bahia: 'Chamam de aberração'. Disponível em <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2022/06/07/menino-trans-tem-casa-apedrejada-na-ba-chamam-ele-de-aberracao-diz-mae.htm>> Acesso em 15/04/2023.

¹²⁹ Um outro caso de violência de direitos humanos à população trans foi o caso do estudante de ensino superior André que contou que “não retirava livro na biblioteca porque não queria fazer o cartão da universidade com o meu nome errado”; ele também se sentia inseguro em interagir com os demais estudantes e conversar com outras pessoas no ambiente universitário, enquanto a instituição não reconhecesse o seu nome social, que já constava em sua carteira de identidade. Veja em O apagão de dados das pessoas trans no ensino superior. Disponível em <<https://www.extraclasse.org.br/geral/2022/04/o-apagao-de-dados-das-pessoas-trans-no-ensino-superior/>> Acesso em 15/04/2023.

¹³⁰ Outro caso mais recente ocorreu em Santa Catarina, onde foi instituído um procedimento administrativo punitivo contra a única major travesti da Polícia Militar local para “avaliar a sua capacidade moral e profissional” e a “conveniência de sua permanência nas fileiras” do quadro militar; eis que, segundo a própria major, tal procedimento foi instaurado devido a sua condição de pessoa trans. Veja em Governador de SC manda PM ‘avaliar capacidade moral’ de major travesti. Disponível em <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2023/04/28/governador-santa-catarina-major-travesti-policia-militar-conduta-moral.htm>> Acesso em 05/05/2023.

Os casos de violência física pela própria família contra pessoas LGBTQIA+ ¹³¹, e especialmente contra pessoas trans, é de pleno conhecimento do poder público, conforme se verifica pela seguinte transcrição de relatório produzido pela Câmara dos Deputados no âmbito do Observatório Legislativo da Intervenção Federal na Segurança Pública do Rio de Janeiro:

Violência contra travestis e transexuais

Em 2014, no Rio de Janeiro, um pai espancou até a morte o filho de oito anos para ensiná-lo “a ser homem”. O menino vestia roupas femininas e rebolava enquanto lavava a louça.

Para o pai, ele não podia nem sequer gostar de lavar louça, “coisa de mulher”. Então, vestir-se de mulher e rebolar foram a sentença de morte para o menino franzino, que chegou morto ao posto de saúde na Vila Kennedy, Zona Oeste da cidade, com marcas de espancamentos contínuos.

A história dessa criança repete a de muita gente. A violência esteve presente na vida de homossexuais por muito tempo e para os travestis, que ousaram reinventar os códigos do feminino/masculino, ela é companheira de todo dia. ¹³² (grifei)

E há ainda a violência que não alcança a expressão física mas dói na alma: a violência do não dito. A agressão cotidiana pela qual os pais teimam em não reconhecer os filhos como são e insistem em tratá-los dentro do pacote hétero normativo, de padrões conformes, socialmente aceitos. Como relata Nery, “não conseguia entender por que me tratavam como se fosse uma menina! Faziam questão de me ver como nunca fui. Sabiam que não gostava disso! Por que insistiam em me entristecer, em me ridicularizar?” ¹³³

O respeito familiar pode ser demonstrado a começar pelo passo mais simples, que é a identificação do indivíduo pelo nome com o qual se reconhece. O nome, como direito da personalidade, diz muito. Diz sobre a diferenciação do indivíduo no mundo.

Pesquisas comprovam que o respeito familiar à identificação dos nomes e pronomes de acordo com o gênero escolhido pela criança e pelo adolescente, bem como o respeito às suas individualidades específicas permite que as pessoas trans tenham uma qualidade de vida melhor, com impactos positivos no desenvolvimento educacional e na saúde mental ¹³⁴.

¹³¹ Um caso chocante foi o do adolescente Itaberli Lozano, de 17 anos, que, após afirmar ter disso agredido pela mãe no Facebook, foi assassinado e teve seu corpo encontrado carbonizado em um canal: a mãe que não aceitava a homossexualidade do filho confessou a participação no homicídio junto com o padrasto do adolescente. Ou seja, o adolescente teria sido morto pela própria mãe; motivo do crime, ser gay! Veja em Em post, jovem disse antes de morrer que foi agredido pela mãe por ser gay. Disponível em < <https://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2017/01/em-post-jovem-disse-antes-de-morrer-que-foi-agredido-pela-mae-por-ser-gay.html> > Acesso em 05/05/2023.

¹³² Violência contra travestis e transexuais. Disponível em < <http://olerj.camara.leg.br/retratos-da-intervencao/retratos-da-intervencao-federal> > Acesso em 05/05/2023.

¹³³ NERY, João W. *Op. Cit.* p. 34

¹³⁴ Respeitar nome social reduz riscos de suicídio e depressão, diz estudo. Disponível em < <https://www.metropoles.com/vida-e-estilo/comportamento/respeitar-nome-social-reduz-riscos-de-suicidio-e-depressao-diz-estudo> > Acesso em 15/04/2023.

Segundo tais pesquisas, “quem pode usar o nome escolhido em mais ambientes apresenta até 71% menos sintomas de depressão, pensa 34% menos em suicídio e tem o risco de tirar a própria vida reduzida em 65%, em comparação aos entrevistados que são constantemente chamados de outras formas” ¹³⁵.

Nada mais natural do que esses dados benéficos revelados pela pesquisa, eis que sabidamente “o dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo” ¹³⁶, pois “o afeto é a mola propulsora dos relacionamentos familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência” ¹³⁷.

2.4. A baixa formação educacional e a prostituição como ocupação principal

Apenas 0,3% da população universitária federal do país identifica-se como pessoa trans ¹³⁸ e informações do projeto “Além do Arco-Íris/Afroreggae” apontam que apenas 0,02% estão na universidade em geral, que 72% não possuem o ensino médio e que 56% não possuem o ensino fundamental.

Essa baixa formação educacional é decorrente, em grande medida, pela exclusão familiar, escolar e social ¹³⁹ a que são submetidas as pessoas trans, eis que pessoas desse grupo são expulsas de casa pelos pais, em média, aos 13 anos.

Outro fator de grande importância para a baixa formação de pessoas trans é a enorme evasão escolar que acomete essa população, havendo pesquisas que mostram que “82% dos transexuais abandonam o ensino médio entre os 14 e os 18 anos” e “entre as principais causas estão o preconceito e as agressões sofridas por esses estudantes” ¹⁴⁰ no ambiente escolar ¹⁴¹.

¹³⁵ *Ibidem*. A pesquisa completa pode ser encontrada na seguinte referência: RUSSEL, Stephen T. *et al.* *Chosen Name Use is Linked to Reduced Depressive Symptoms, Suicidal Ideation and Behavior among Transgender Youth*. Disponível em <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6165713/>> Acesso em 15/04/2023.

¹³⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. Disponível em <<https://ibdfam.org.br/artigos/288/Pressuposto,+elementos+e+limites+do+dever+de+indenizar+por+abandono+afetivo>> Acesso em 05/05/2023.

¹³⁷ MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2009. s/n.

¹³⁸ V Pesquisa Nacional de Perfil Socioeconômico e Cultural dos (as) Graduandos (as) das IFES – 2018. Disponível em <<https://www.andifes.org.br/wp-content/uploads/2019/05/V-Pesquisa-Nacional-de-Perfil-Socioeconomico-Cultural-dos-as-Graduandos-as-das-IFES-2018.pdf>> Acesso em 15/04/2023.

¹³⁹ É de conhecimento público e notório que “a ruptura familiar e a exclusão social fazem surgir a exclusão escolar, o que dificulta o processo educacional, de formação e qualificação técnica”. Disponível em <<https://edicaodobrasil.com.br/2021/05/28/90-da-populacao-trans-no-brasil-tem-prostituicao-como-fonte-de-renda/>> Acesso em 15/04/2023.

¹⁴⁰ *Op. Cit.* O apagão de dados das pessoas trans no ensino superior..

¹⁴¹ No mesmo sentido: “A cultura de violência e discriminação diárias também é responsável pela alta taxa de evasão escolar desse público. Segundo uma pesquisa da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), 82% dos

Um fator apontado – mas não o único e o mais importante - para essa alta taxa de evasão escolar é o *bullying* sofrido por estudantes LGBTQIA+, e especialmente por estudantes trans, eis que a Pesquisa Nacional sobre o Ambiente Escolar com Adolescentes e Jovens LGBT, apontada em audiência pública promovida pela Comissão de Direitos Humanos, Minorias e Igualdade Racial da Câmara dos Deputados, aponta que 73% dos adolescentes brasileiros, gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros sofrem *bullying* ou foram agredidos verbalmente, 35% foram agredidos fisicamente por sua condição de gênero no ambiente escolar e 60% se sentem inseguros na escola ^{142 143}.

Somado à baixa formação escolar a evasão do ambiente de trabalho formal por consequência da discriminação laboral transfóbica, os números mostram que, infelizmente, *90% da população trans no Brasil tenha a prostituição como fonte de renda e única possibilidade de subsistência* ¹⁴⁴. (grifei)

2.5. Dificuldade de acesso a serviços públicos de saúde

Apesar de o Ministério da Saúde ter criado - em 2008 - e redefinido e ampliado em 2013 a Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (LGBT) e, mais especificamente, o processo transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS), as pessoas trans continuam sendo apontadas como as que mais enfrentam “dificuldades para acessar os serviços de saúde, da atenção básica à alta complexidade, dentre toda a população LGBT” ¹⁴⁵.

São enormes os desafios da população trans para o acesso à saúde no Brasil, tais como a discriminação nos serviços e equipamentos de saúde para a transexualidade, a patologização da transexualidade, o acolhimento inadequado, a falta de qualificação dos profissionais de saúde, a ausência de reconhecimento identitário nas políticas públicas, a homogeneização discursiva nas esferas de governo responsáveis pela concretização das políticas públicas de saúde, a falta de acesso à hormonização terapêutica ¹⁴⁶ e a ausência de política de atenção básica

transexuais e travestis não concluem seus estudos.” In Número de profissionais trans cresceu quase 300% nos últimos anos. Disponível em <<https://vocea.abril.com.br/geral/os-transexuais-chegaram-no-mundo-corporativo/>> Acesso em 15/04/2023.

¹⁴² Relatório anual de 2017 produzido pela Comissão de Direitos Humanos, Minorias e Igualdade Racial da Câmara de Deputados. p. 58. Disponível em < <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/relatorios-de-atividades/relatorios-anuais>> Acesso em 05/05/2023.

¹⁴³ Relatório anual de 2021 produzido pela Comissão de Direitos Humanos, Minorias e Igualdade Racial da Câmara de Deputados. *Op. Cit.* p. 66.

¹⁴⁴ Disponível em <<https://edicaodobrasil.com.br/2021/05/28/90-da-populacao-trans-no-brasil-temprostituiacao-como-fonte-de-renda/>> Acesso em 15/04/2023.

¹⁴⁵ Acesso à saúde pela população trans no Brasil: nas entrelinhas da revisão integrativa. ROCON, Pablo Cardozo *et al.* Trab. Educ. Saúde, Rio de Janeiro, 2020. p. 2.

¹⁴⁶ *Ibidem.* p. 5.

e/ou rede de saúde específica inexistente ou a ausência de centros especializados em saúde trans ¹⁴⁷.

2.6. A falta de dados sobre a população trans

Uma das poucas pesquisas sob padrões científicos sobre o contingente populacional das pessoas trans no Brasil foi realizada pela Faculdade de Medicina de Botucatu da Universidade Estadual Paulista (UNESP) e publicado em 2021, nele constando a estimativa de que cerca de 2% da população adulta brasileira são pessoas transgênero e não binárias; ou seja, o conjunto de pessoas que se identificam com um gênero diferente daquele que lhes foi atribuído ao nascer ou não se percebem como pertencentes exclusivamente ao gênero feminino ou masculino se trata de grupo populacional que, no Brasil, chega a quase 3 (três) milhões de indivíduos em números absolutos ¹⁴⁸.

Um outro estudo científico importante, mas restrito à cidade de São Paulo, atesta que as informações sobre a população trans no Brasil são quase inexistentes, estando este grupo populacional excluído das pesquisas demográficas realizadas pelos órgãos oficiais, como a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) ^{149 150}.

Inclusive, para o Censo de 2022, o IBGE informou que perguntas sobre a identidade de gênero e a orientação sexual dos brasileiros são um tema sensível e que o questionário de pesquisa do Censo não trataria de tais questões e, especificamente sobre a pesquisa da população trans, a instituição alegou que, “por questões técnicas, não é possível coletar esse tipo de informação no Censo Demográfico” ¹⁵¹. Ou seja, o órgão estatal responsável pela

¹⁴⁷ “É de 2013 a portaria que regulamenta o cuidado à população trans pelo Sistema Único de Saúde (SUS). O documento previa cuidados em locais específicos, como hospitais-escola e outros centros elegíveis. Nós temos centros em São Paulo, em Recife e em Porto Alegre, por exemplo. Mas ainda são poucos espalhados pelo Brasil. Como uma pessoa trans do Acre vai receber esse tipo de cuidado?” *In* População trans enfrenta desafios ao procurar atendimento médico de qualidade e com acolhimento. Disponível em <<https://futurodasaude.com.br/populacao-trans/>>. Acesso em 15/04/2023.

¹⁴⁸ SPIZZIRRI, Giancarlo *et al.* *Proportion of people identified as transgender and non-binary gender in Brazil*. Disponível em <<https://www.nature.com/articles/s41598-021-81411-4>> Acesso em 15/04/2023.

¹⁴⁹ CEDEC - CENTRO DE ESTUDOS DE CULTURA CONTEMPORÂNEA. Mapeamento das Pessoas Trans na Cidade de São Paulo: relatório de pesquisa. São Paulo, 2021. p. 8.

¹⁵⁰ “Ana Lúcia Oliveira, Coordenadora do Grupo de Trabalho “Identidade de Gênero e Cidadania LGBTI”, da Defensoria Pública da União, destacou que a DPU expediu recomendação ao IBGE para inclusão nos questionários do Censo de 2020 de perguntas sobre identidade de gênero e orientação sexual, bem como a coleta de dados para melhor compreensão da população LGBTQIA+ que abordem quantitativo populacional, escolaridade média, faixa salarial, situação familiar e estimativa de vida. *Oliveira destacou a ausência de dados em diferentes esferas, como os relacionados à população carcerária LGBTQIA+; ao Cadastro Único para a seleção de beneficiários de programas sociais do Governo Federal; aos dados de segurança pública, que deveriam abranger também crimes relacionados à violência doméstica familiar, como a lesão corporal, feminicídio, bem como informações sobre estupro coletivo e corretivo, além da falta de informações sobre a violência política de gênero.*” (grifei) *In* Relatório anual de 2021 produzido pela Comissão de Direitos Humanos, Minorias e Igualdade Racial da Câmara de Deputados. *Op. Cit.* p. 65.

¹⁵¹ *Op. Cit.* O apagão de dados das pessoas trans no ensino superior.

pesquisa demográfica no Brasil, cuja maior especialidade e cuja finalidade pública é exatamente identificar as características da população brasileira, reconhece que não possui e nem possuirá dados decorrentes do último censo a respeito dessa parcela da população brasileira ¹⁵² ¹⁵³.

O impacto negativo de tal situação à população trans é evidente, eis que, se o Estado brasileiro não possui dados sobre a quantificação de tais pessoas, muito menos quanto às suas características, localização, condições de moradia, nível de escolaridade, situação de trabalho e renda, bem como sobre situações de violência e impedimento ao exercício da cidadania, como poderá o Poder Público estabelecer as necessárias políticas públicas em benefício destas pessoas?

Trata-se, portanto, de situação de evidente “inviabilização” das pessoas trans pelo Estado brasileiro que, conseqüentemente, leva à ausência de políticas públicas voltadas para a proteção específica dessa minoria vulnerável de nossa população.

3. AS AÇÕES POLÍTICAS CONTRA PESSOAS TRANS

Já havia um movimento de deslegitimação de cidadania de pessoas LGBTQIA+ no Congresso Nacional ¹⁵⁴, mas reconhecidamente houve um aumento de ações antitrans e propostas que visam a institucionalizar a transfobia em 2022 ¹⁵⁵, sendo que, em março de 2023, tramitavam no Congresso Nacional 53 projetos de lei com objetivo de limitação ou exclusão de direitos dessa população, como acesso à saúde e uso de linguagem neutra ¹⁵⁶.

¹⁵² No ensino superior, a situação é de total blecaute a respeito de dados públicos sobre pessoas trans, eis que “Dados do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP) e do Ministério da Educação (MEC), solicitados via Lei de Acesso à Informação (LAI) para a reportagem, mostram que o Governo Federal não possui informações acerca dessa população”. *Ibidem*.

¹⁵³ Quanto à ausência de informações e dados públicos oficiais sobre situações de violência física sofridas por pessoas trans, atesta Bruna G. Benevides que há uma “ausência extrema de dados governamentais (...) sobre a população LGBTQIA+”, “Sejam dados populacionais ou específicos sobre acesso à saúde e os impactos da violência, entre outros”. Dossiê: assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2022. *Op. Cit.* p. 12.

¹⁵⁴ “Os expositores denunciaram que segmentos do próprio Congresso Nacional tem atuado como potencializadores do ódio contra as pessoas LGBTI. “Enquanto a pesquisa realizada pelo Grupo Gay da Bahia revela que a cada 25 horas uma pessoa LGBT é assassinada no Brasil, projetos que fomentam o ódio a quem não é heterossexual são apresentados na casa, como o Estatuto da Família, que não reconhece uniões fora dos padrões heteronormativos, o PL 198/2015, que torna crime hediondo a transmissão de HIV para outra pessoa, o que criminaliza os LGBTs, a retirada do direito à hormonioterapia, o conceito de cura gay e a criação do Dia do Orgulho Hétero”. Esse foi o tom da fala de Rafaelly Wiest, da Aliança Nacional LGBTI, e de Carlos Magno, presidente da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transexuais (ABGLT).” (grifei) Relatório anual de 2017 produzido pela Comissão de Direitos Humanos, Minorias e Igualdade Racial da Câmara de Deputados. *Op. Cit.* p. 13.

¹⁵⁵ Dossiê: assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2022. *Op. Cit.* p. 28.

¹⁵⁶ Observatório dos Direitos Humanos: violência contra pessoas trans exige mobilização do poder público. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/observatorio-dos-direitos-humanos-violencia-contra-pessoas-trans-exige-mobilizacao-do-poder-publico/>> Acesso em 15/04/2023.

Há, inclusive, informações de que, apenas até março de 2023, foram apresentados 69 projetos de lei antitrans nas esferas federal, estadual ou municipal desde o início deste ano ¹⁵⁷.

Os projetos de lei apresentados têm diversas pretensões excludentes das pessoas trans, tais como impedir o acesso de crianças e adolescentes trans a procedimentos médicos como o uso de bloqueadores de puberdade e hormônios, impedir professores de abordar temáticas relacionadas à diversidade de gênero em sala de aula, impedir pessoas trans de participar de competições esportivas, proibir a instalação de banheiros unissex em estabelecimentos públicos e privados e criminalizar condutas de pessoas que instigam, incentivam, influenciam ou permitem criança ou adolescente a fazer transição de gênero ¹⁵⁸.

Esse movimento de disseminação de ódio contra pessoas trans por parlamentares vem ao encontro do que afirma Victor Madrigal-Borloz, especialista independente da ONU em orientação sexual e identidade de gênero, ao alertar à Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados que “Concepções errôneas e preconceituosas continuam a ser disseminadas em manifestações de autoridades públicas, alimentando um ciclo vicioso de ódio contra as pessoas LGBTQs, e isso afeta sua inclusão social e dificulta seu acesso à saúde, educação, moradia, emprego, participação política e segurança pessoal” ¹⁵⁹.

Como já mencionado no presente artigo, o Congresso Nacional conta com o grupo mais conservador dos últimos tempos, considerando-se sua formação após o golpe de 1964. Na ânsia pela conquista da parcela de eleitorado que projeta nas minorias todas as mazelas sociais, deputados e senadores não somente são omissos quanto aos avanços legislativos necessários para garantir a qualidade de vida de todos os brasileiros, quanto se debruçam em projetos legislativos de cunho eminentemente preconceituosos, despidos de qualquer fundamento técnico, e, principalmente, de respaldo nos princípios da Constituição da República. O discurso em prol de uma suposta “família brasileira”, provoca uma espécie de “pânico moral”, como citado por Bauman, disseminando a falsa crença de haver um mal ameaçando a sociedade cristã ^{160 161}.

¹⁵⁷ Brasil tem um Projeto de Lei antitrans por dia, e 'efeito Nikolas' preocupa. Disponível em <<https://www.em.com.br/app/noticia/diversidade/2023/03/21/noticia-diversidade,1471373/brasil-tem-um-projeto-de-lei-antitrans-por-dia-e-efeito-nikolas-preocupa.shtml>> Acesso em 15/04/2023.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ Relatório anual de 2021 produzido pela Comissão de Direitos Humanos, Minorias e Igualdade Racial da Câmara de Deputados. *Op. Cit.* p. 63.

¹⁶⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Estranhos à nossa porta*. Rio de Janeiro: Zahar, 2017, p. 7.

¹⁶¹ Aqui é importante mencionar, tal como já fez publicamente o senador Fabiano Contarato, que a família formada por pessoas LGBTQIA+, e claro por pessoas trans, não é pior ou melhor do que qualquer outra família. Ver "A sua família não é melhor que a minha", afirma o senador Fabiano Contarato após frase homofóbica de depoente da CPI da Covid. Disponível em: <<https://revistacrescer.globo.com/Educacao-Comportamento/noticia/2021/09/sua->

4. AS PESSOAS TRANS COMO MINORIA VULNERÁVEL E A SUA INSUFICIENTE REPRESENTATIVIDADE PARLAMENTAR

Diante do dado já exposto anteriormente de que as pessoas trans e não binárias representam apenas 2% da população brasileira, não há dúvidas de que tais pessoas são uma minoria populacional no Brasil.

Ocorre que as pessoas trans e não binárias, além de serem uma minoria sob o aspecto quantitativo, podem também ser consideradas minoria sob a perspectiva qualitativa¹⁶², eis que tais pessoas, conforme já plenamente demonstrado anteriormente, encontram-se em absoluta desvantagem social em relação às pessoas cisgênero e sofrem um profundo processo estigmatizante de exclusão social pelos padrões de gênero cissexista impostos pelos grupos dominantes da sociedade brasileira.

Além do processo violento, estigmatizante, discriminatório e preconceituoso de exclusão social imposto às pessoas trans e não binárias, faltam-lhes ainda políticas públicas de inclusão social, podendo-se, assim, afirmar que, segundo os critérios de pertencimento e não pertencimento defendidos por Enrique Del Percio¹⁶³, as pessoas trans estão à margem da sociedade¹⁶⁴.

Isso também é um fator de caracterização de tais pessoas como uma minoria qualitativa, eis que, conforme bem ensina Luís de Gonzaga Mendes Chaves, a designação “minoria” serve para representar “um grupo de pessoas que de algum modo e em algum setor das relações sociais se encontra numa situação de dependência ou desvantagem em relação a um outro grupo, majoritário” e que quase sempre recebem um “tratamento discriminatório por parte da maioria”¹⁶⁵.

Não é de surpreender, portanto, que falte a estas pessoas representantes parlamentares que possam tentar equilibrar a desigualdade social que as impacta por meio de mudanças legislativas, sendo um demonstrativo de tal problema o fato de que o Congresso Nacional tem,

[familia-nao-e-melhor-que-minha-afirma-o-senador-fabiano-contrato-apos-frase-homofobica-de-depoente-da-cpi-da-covid.html](#)> Acesso em 11/06/2023.

¹⁶² “[...] o conceito de minorias deve se caracterizar pela sua natureza eminentemente qualitativa, ou seja, levando em consideração o aspecto que coloca o grupo ou pessoa em situação de vulnerabilidade (cultura, etnia, língua, classe social etc.)”. RIOS JÚNIOR, Carlos Alberto. *Direitos das minorias e limites jurídicos ao poder constituinte originário*. São Paulo: Edipro, 2013.

¹⁶³ Para o autor, três fatores devem ser considerados para determinar pertencimento de uma pessoa a um grupo: se o indivíduo declara ser membro do grupo; se os demais integrantes do grupo o reconhecem como membro; se são cumpridos os requisitos formais de identidade e pertencimento, para os grupos formalmente estabelecidos.

¹⁶⁴ DEL PERCIO, Enrique. *La Condición social: consumo, poder y representación en el capitalismo tardío*. 2ª. Ed. Buenos Aires: Jorde Baudino Ediciones, 2010. P.61.

¹⁶⁵ CHAVES, Luís de Gonzaga Mendes. *Minorias e seu estudo no Brasil*. Revista de Ciências Sociais, Fortaleza, v. 1, n. 1, 1971. p. 149. Disponível em < <https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/4487>> Acesso em 05/05/2023.

pela primeira vez na sua história, a partir desta legislatura de 2023, pessoas trans em sua composição, quais sejam as deputadas federais Erika Hilton (PSOL-SP) e Duda Salabert (PDT-MG).

5. A AUSÊNCIA DE AVANÇOS LEGISLATIVOS NA PROTEÇÃO DAS PESSOAS TRANS

A situação posta no capítulo anterior perpetra um ciclo vicioso, eis que sem representatividade não é possível falar-se em inclusão social, por ausência dos que teriam o que chamamos de “lugar de fala” nas estruturas formais de poder institucional: as pessoas trans não possuem representatividade porque são minoria estigmatizada da sociedade e continuam nesta situação porque não possuem representatividade parlamentar suficiente para estabelecer, legalmente, as políticas públicas de que tanto necessitam.

Isso implica na impossibilidade de emancipação social desse grupo minoritário, conforme esclareceu Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira no parecer ministerial ofertado pela Procuradoria Geral da República no julgamento da ADI nº 4277/DF pelo STF, no qual ela expõe seu entendimento de que a proteção e a emancipação de grupos vítimas de preconceito não podem prescindir de dois embates: um, no campo da distribuição, outro, do campo do reconhecimento ¹⁶⁶.

A ausência de representatividade no Congresso permite que o manto da invisibilidade sobre os problemas enfrentados por essa população permaneça. A emancipação de grupos minoritários não pode prescindir da distribuição e do reconhecimento, como dito, e, nesse sentido, nenhum dos dois quesitos é preenchido quando se observa os quadros do Congresso Nacional.

Em decorrência da histórica ausência e hoje ínfima representatividade de pessoas trans no Poder Legislativo e do avanço do conservadorismo religioso ¹⁶⁷ no país, após a CF/88 não

¹⁶⁶ ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. J. 04/05/2011. Acórdão disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 05/05/2023.

¹⁶⁷ Ainda que relacionada especificamente sobre a reação do Poder Legislativo ao julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4.277/DF pelo STF, em que a Suprema Corte reconheceu a constitucionalidade da união estável homoafetiva, há uma ampla pesquisa sobre o *modus operandi* e as proposições legislativas então apresentadas, demonstrando que, até 2019, não havia ocorrido a aprovação de nenhum projeto de lei em ambas as casas do Congresso Nacional para regular o tema, sendo a existência de um impasse entre a representatividade de pessoas LBTQIAP+ e do movimento evangélico “dentro do Congresso Nacional tem gerado um movimento paralisante”, dando indícios da “impossibilidade de aprovação de lei contrários ou favoráveis à família homoafetiva”. BUZOLIN, Livia Gonçalves. Direito homoafetivo: criação e discussão nos Poderes Judiciário e Legislativo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 122.

houve a aprovação de nenhuma lei ¹⁶⁸ e poucos são os projetos de lei apresentados em benefício de pessoas trans.

Na Câmara dos Deputados, de 2017 até hoje, foram apresentados apenas 14 (quatorze) projetos de lei, os quais pretendem viabilizar desde o acesso de pessoas trans a políticas públicas tradicionais como educação, saúde, trabalho e renda até o reconhecimento legal do direito de ser uma pessoa trans e realizar a retificação e a averbação gratuitas do nome e gênero autopercebidos ¹⁶⁹.

Como destaque dos projetos de lei apresentados na Câmara dos Deputados na proteção de pessoas trans apontamos o PL nº 1.058/2023, que propõe a obrigatoriedade da Central de Atendimento à Mulher (Disque 180) para garantir atendimento e encaminhamento especializado às mulheres trans e travestis vítimas de violência e o PL nº 960/2023, que pretende alterar a Lei nº 13.667/2018 para dispor sobre reserva de vagas do Sistema Nacional de Empregos para pessoas em situação de rua, travestis e demais pessoas trans, ambos

¹⁶⁸ “Sergio Gardenghi Suiama, Coordenador do Grupo de Trabalho “LGBTI: Proteção de Direitos”, da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, afirmou que o Brasil enfrenta um momento de retrocesso no que se refere ao reconhecimento e à reafirmação de direitos da população LGBTQIA+. Suiama reforçou que *desde a Constituição de 1988 o Parlamento brasileiro não aprovou nenhuma lei que tenha como objetivo proteger essa população* e que o Executivo vem se omitindo na formulação de políticas públicas e retrocedendo em áreas como a da saúde. “Desde 1988, infelizmente o único braço do Estado brasileiro que atua, ainda que de forma tímida, em defesa da população LGBTQIA+ é o Judiciário”, citando o reconhecimento da união estável, do respeito à identidade de gênero e a criminalização da homotransfobia.” (grifei) *In Relatório anual de 2021 produzido pela Comissão de Direitos Humanos, Minorias e Igualdade Racial da Câmara de Deputados. Op. Cit. p. 64.*

¹⁶⁹ A pesquisa foi realizada no site da Câmara dos Deputados e nela foi possível detectar projetos de lei com os seguintes propostas: estabelecer atendimento de emergência a mulheres vítimas de violência a mulheres trans e travestis na mesma situação de violência; estipular reserva de vagas de emprego ou estágio para pessoas trans nas empresas privadas e no Sistema Nacional de Empregos; incluir na grade curricular escolar matéria relativa a gênero, focando na diversidade sexual, no respeito e na integração de pessoas trans e travestis ao ambiente escolar; criar de programa de apoio psicológico às mães e pais de pessoas trans e travestis no âmbito do SUS; estipular gratuidade de taxas para alteração administrativa de nome social em documentos, tais como passaporte, RG, CPF, dentre outros; alterar a Lei de Registros Públicos para garantir o direito à retificação e averbação gratuitas do nome civil e gênero autopercebido de pessoas travestis, transexuais, transgêneros e não-binárias; estabelecer o direito à autodeterminação da identidade de gênero e expressão de gênero e à proteção das características sexuais de cada pessoa, e dá outras providências; instituir Política Nacional de Emprego e Renda para a População Trans - TransCidadania, destinado à promoção da cidadania de travestis e transexuais em situação de vulnerabilidade social; alterar o Código Eleitoral para proibir a violência política eleitoral contra candidato pessoa trans; estabelecer regras e critérios para o registro de infrações penais para o registro de infrações penais e administrativas que possam ter sido motivadas por preconceito ou discriminação pelos órgãos de segurança pública e de saúde no território nacional; dispor sobre a proteção de pessoas em situação de violência baseada na orientação sexual, identidade de gênero, expressão de gênero ou características biológicas ou sexuais e alterar a Lei nº 7.716/89 (crimes de racismo) para incluir na referida legislação os crimes de discriminação ou preconceito de orientação sexual e/ou identidade de gênero. Os PL nº 1058/2023, PL nº 960/2023, PL nº 2415/2022, PL nº 2414/2022, PL nº 4281/2021, PL nº 3311/2021, PL nº 3213/2021, PL nº 2345/2021, PL nº 144/2021, PL nº 78/2021, PL nº 3667/2020, PL nº 3774/2019 e PL nº 7702/2017 tiveram como autores os deputados federais Erika Hilton (PSOL/SP), Duda Salabert (PDT/MG), Alexandre Frota (PSDB/SP), Vivi Reis (PSOL/PA), Natália Bonavides (PT/RN), David Miranda (PSOL/RJ), Natália Bonavides (PT/RN), Alexandre Padilha (PT/SP), Fernanda Melchionna (PSOL/RS), Sâmia Bomfim (PSOL/SP), Maria do Rosário (PT/RS) e Weverton Rocha (PDT/MA), podendo ser consultados no site da Câmara dos Deputados. Disponível em < <https://www.camara.leg.br/busca-portal/proposicoes/pesquisa-simplificada> > Acesso em 09/05/2023.

propostos, respectivamente, pelas primeiras e únicas – até o momento - deputadas federais trans Erika Hilton (PSOL-SP) e Duda Salabert (PDT-MG).

Já no Senado Federal, a situação é ainda mais grave, eis que, de 2019 a 2023, foram apresentados apenas 8 (oito) projetos de lei, cujos destaques encontram-se no PL nº 435/2022 do Senador Rogério Carvalho (PT/SE), que propõe estabelecer a obrigatoriedade do registro, na ocorrência policial, de que a infração penal tenha sido motivada por discriminação ou preconceito à identidade, expressão de gênero ou orientação sexual da vítima, e no PL nº 3394/2021 do Senador Fabiano Contarato (PT/ES), o qual pretende alterar a Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) para garantir, de forma gratuita, a pessoas transgêneros o direito à retificação de seu prenome e sexo ¹⁷⁰.

Em ambas as pesquisas ¹⁷¹ constatamos uma situação marcante: a omissão do Poder Legislativo em regular 2 (dois) temas que, de tão vital a sua importância para as pessoas trans, quais sejam (i) a autorização para pessoas trans alterarem o prenome e o gênero constante no registro civil e (ii) a criminalização da homofobia e, conseqüentemente, da transfobia.

No âmbito do primeiro tema, veja-se que tanto na Câmara dos Deputados, como no Senado Federal há projetos de lei pretendendo alterar a Lei de Registros Públicos para garantir o direito à retificação e averbação gratuitas do nome civil e gênero autopercebido de pessoas travestis, transexuais, transgêneros e não-binárias; no entanto, as referidas proposições legislativas encontram-se paralisadas há bastante tempo, sem qualquer perspectiva de

¹⁷⁰ No Senado Federal foi possível detectar projetos de lei com os seguintes propostas: dispor sobre as Casas de Acolhimento das Vítimas de Violência LGBTQIA+, institui política de reserva de cargos, em sociedades empresárias, para jovens acolhidos pelas Casas de Acolhimento das Vítimas de Violência LGBTQIA+, e altera a Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, para garantir aos jovens atendidos pelas Casas de Acolhimento das Vítimas de Violência LGBTQIA+ vagas nas instituições federais de ensino superior; estabelecer a obrigatoriedade do registro, na ocorrência policial, de que a infração penal tenha sido motivada por discriminação ou preconceito à identidade, expressão de gênero ou orientação sexual da vítima; alterar a Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, para instituir mecanismos de proteção à população LGBT+ encarcerada; alterar a Lei de Execução Penal para garantir direitos a pessoas transexuais e travestis no cumprimento de pena em estabelecimentos prisionais; alterar a Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) para garantir, de forma gratuita, a pessoas transgêneros o direito à retificação de seu prenome e sexo, e dá outras providências; tornar obrigatória política de inclusão mediante o estabelecimento de vagas suplementares para pessoas trans em programas de pós-graduação das Instituições Federais de Ensino Superior e alterar a Lei nº 7.716/89 (crimes de racismo) para incluir na referida legislação os crimes de discriminação ou preconceito de orientação sexual e/ou identidade de gênero. Os PL nº 1540/2022, PL nº 435/2022, PLC nº 150/2021, PL nº 3395/2021, PL nº 3394/2021, PL nº 5589/2020, PL nº 3434/2020 e PL 860/2019 de autoria dos Senadores Rogério Carvalho (PT/SE), Fabiano Contarato (PT/ES), Paulo Paim (PT/RS), Paulo Rocha (PT/PA), Humberto Costa (PT/PE), Zenaide Maia (PROS/RN) e Alessandro Vieira (Cidadania/SE) podem ser consultados no site do Senado Federal. Disponível em < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias> > Acesso em 09/05/2023.

¹⁷¹ Registramos os agradecimentos dos autores ao estudante de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, Rene Francisco Ferreira Santos, pela colaboração na realização da pesquisa sobre as proposições legislativas existentes sobre pessoas trans.

movimentação ¹⁷², eis que ainda não contam com benefícios que possam levar à sua aprovação, quais sejam “incentivos de autoria, incentivos regimentais e o apoio de uma Frente Parlamentar para impulsionar sua tramitação” ¹⁷³.

Quanto à criminalização da homofobia e, conseqüentemente, da transfobia, na Câmara dos Deputados há o PL nº 7702/2017 proposto pelo Deputado Federal Weverton Rocha (PDT/MA) para alterar a Lei 7.716/89 (crimes de racismo) e incluir na referida legislação os crimes de discriminação ou preconceito de orientação sexual e/ou identidade de gênero ¹⁷⁴, estando ainda a referida proposição legislativa longe de ser submetida a votação no Plenário da Casa.

Sobre o mesmo tema, no Senado Federal, há o PL nº 860/2019 proposto pelo Senador Alessandro Vieira (Cidadania/SE) ¹⁷⁵, com o mesmo objetivo de para alterar a Lei nº 7.716/89 (crimes de racismo), sendo o mesmo, entretanto, uma proposição legislativa de deferência ao resultado do julgamento do STF sobre o mesmo tema ¹⁷⁶, eis que ambos, tanto a proposição legislativa quanto o julgamento da Corte, são contemporâneos (2019).

6. UMA BOA NOTÍCIA: O STF GARANTIU DIREITOS FUNDAMENTAIS A PESSOAS (TRANS) IGNORADAS PELO PODER LEGISLATIVO

Engana-se quem acredita que, atualmente, a CF/88 seja a mesma Carta de 1988, pois “tal como os seres vivos, uma Constituição se transforma sensivelmente com a passagem do tempo” ¹⁷⁷.

Não nos surpreende - pelo menos, não a nós juristas - que o texto literal da nossa Constituição, estabelecido em uma época em que a sociedade não permitia que pessoas LGBTQIA+ revelassem o gênero pelo qual se identificavam, atualmente, deva ser reinterpretado

¹⁷² Na Câmara dos Deputados, o PL nº 3667/2020, de autoria dos Deputados Federais David Miranda (PSOL/RJ), Fernanda Melchionna (PSOL/RS) e Sâmia Bomfim (PSOL/SP), anteriormente apensado ao PL nº 1578/2003, foi novamente apensado a outro PL (nº 3311/2021) pela Mesa Diretora da Casa e não teve nenhuma outra movimentação; já no Senado Federal, o PL nº 3394/2021, de autoria do Senador Fabiano Contarato (PT/ES), apesar dos esforços do parlamentar capixaba para sua aprovação, ainda aguarda despacho desde 22/12/2021.

¹⁷³ BUZOLIN, Livia Gonçalves. *Op. Cit.* p. 129.

¹⁷⁴ O último movimento sofrido pela referido PL deu-se em 30/03/2023 e foi a apresentação de requerimento de desapensação de certos PLs e a apensação de outros por tratar de matéria idêntica em Plenário pela Deputada Laura Carneiro (PSD/RJ).

¹⁷⁵ O referido PL está aguardando manifestação da Relatora (Senadora Professora Dorinha Seabra) na Secretaria de Apoio à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa.

¹⁷⁶ “(...) quando a competência legislativa é exercida em resposta a uma movimentação do Poder Judiciário, a lei ordinária ou emenda constitucional terá o propósito ou de ser conforme a essa movimentação judicial (deferência) ou de não concordar com tal entendimento (reforma).” (grifei) BUZOLIN, Livia Gonçalves. *Op. Cit.* p. 129.

¹⁷⁷ ARANTES, Rogério B.; COUTO, Cláudio G. 1988-2018: trinta anos de constitucionalização permanente. In A Carta: para entender a Constituição brasileira. MENEZES FILHO, Naercio; SOUZA, André Portela. ORG. São Paulo: Todavia, 2019. P. 13.

para garantir a liberdade de gênero das pessoas que não se identificam com o sexo com o qual tenham nascido.

Isso porque as nossas cláusulas constitucionais de liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana podem ser consideradas como *el derecho dúctil*, o qual permite a resolução de problemas complexos à medida que as sociedades pluralistas evoluem e reconhecem cada vez mais a impossibilidade de que existam direitos fundamentais absolutos em Estados democráticos constitucionais de direito ¹⁷⁸.

Constitucionalmente falando, toda pessoa trans, assim como qualquer outra pessoa ¹⁷⁹, deve ser tratada de forma digna pela sociedade, pelos demais cidadãos e pelo Estado; afinal, se determinada como um princípio da República no art. 1º, III da CF/88, a dignidade da pessoa humana encerra um conteúdo normativo oponível ao Estado e à sociedade, não se tratando de um mero princípio ético, pois a Constituição não configura “apenas uma expressão de ser, mas sim um dever ser; ela significa muito mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas” ¹⁸⁰.

Assim, sendo a dignidade da pessoa humana um direito fundamental das pessoas trans e sendo este direito fundamental dotado de carga normativa constitucional, está o Estado obrigado a adotar providências para concretizar direitos que se traduzam em uma dignidade mínima às pessoas trans, senão pelo legislador que resta apático, pelo Poder Judiciário que tem a função de concretizar a CF/88, mesmo nas hipóteses em que o Poder Legislativo reste inconstitucionalmente omissos de seus deveres.

E é importante que se diga, que assim o deva ser, não porque o Poder Judiciário esteja sendo ativista ¹⁸¹, mas porque a concretização contemporânea de direitos fundamentais pelo

¹⁷⁸ Como disse Zagrebelsk, traduzido para o espanhol que nos é compreensível: “*Si mediante una palabra lo más aproximada posible, quisiéramos indicar el sentido de este carácter esencial del derecho de los Estados constitucionales actuales, quizás podríamos usar la imagen de la ductibilidad. La coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir.*” ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 10ª ed. Madri: Editorial Trotta, 2011.

¹⁷⁹ “Todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão de radical igualdade, ninguém – *nenhum* indivíduo, *gênero*, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – *pode afirmar-se superior aos demais.*” (grifei) COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 537.

¹⁸⁰ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 15.

¹⁸¹ Ainda que concordemos com o Daniel Sarmiento quando este considera “a atuação proativa de tribunais constitucionais muito importante para a preservação de direitos de grupos vulneráveis, especialmente em contextos em que a cultura política não os leva tão a sério”, não é o objetivo do presente artigo debater a existência ou a legitimidade de uma suposta atitude ativista do Poder Judiciário, especialmente do STF, na realidade contemporânea, mas sim demonstrar que, estando o legislador omissos a quase 35 anos quanto ao reconhecimento de direitos às pessoas trans, foram decisões da Suprema Corte – e não leis produzidas pelo legislador – que

Poder Judiciário, quando esteja o Legislativo inerte de modo inconstitucional, não decorre de uma postura mais ou menos protagonista do Judiciário e sim de um arranjo normativo que nós aceitamos e adotamos como o sendo mais adequado; afinal, como já se disse “o país decide reconhecer status constitucional a determinados direitos”, “a constituição é a lei maior do país” e como “o papel dos juízes é aplicar o direito”, “os juízes atuarão na promoção dos direitos constitucionalmente estabelecidos quando os poderes políticos não o fizerem”¹⁸².

Tanto assim o é, que a própria CF/88 estipula instrumentos processuais aptos a permitir que o STF declare a inconstitucionalidade da omissão do legislador em editar norma para a concretização da Constituição, bem como para garantir, de forma concreta, os direitos fundamentais obstaculizados por conta da postura omissa do legislador, conforme se verifica pela prescrição da ação direta de inconstitucionalidade por omissão no art. 103, § 2º e pelo mandado de injunção no art. 5º, LXXI e no art. 102, I, q), todos da CF/88.

De fato, diante da inércia do Poder Legislativo em produzir leis que estipulem as políticas públicas básicas necessárias às pessoas trans, o STF proferiu decisões muito importantes nesse campo, garantindo direitos fundamentais a pessoas trans e concretizando a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III CF/88) e o objetivo republicano de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I CF/88), eis que qualquer sociedade que assim se pretenda – republicana - deve almejar que *todos* os seus cidadãos sejam instruídos, não ignorantes; sejam ocupados, não desempregados; sejam sãos, não enfermos¹⁸³. (grifei)

Não há dúvidas de que, considerando-se a ausência de proteção às pessoas trans por parte do Legislativo, restou ao Poder Judiciário, especialmente à mais alta Corte do país, garantir a eficácia dos direitos fundamentais a essa minoria vulnerável de nossa população, por meio do exercício das suas funções contramajoritária, representativa e iluminista^{184 185},

reconheceram direitos fundamentais essenciais a estas pessoas. SARMENTO, Daniel. A jurisdição constitucional e o empoderamento dos excluídos: a mudança jurisprudencial na ADPF nº 709 e os novos desafios. In “Crise democrática e a luta pela Constituição”. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 115.

¹⁸² BERMAN, J.G. Ativismo judicial, judicialização da política e democracia. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais nº 10. Curitiba, 2009. p. 137/156.

¹⁸³ ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A dignidade humana como fundamento do Estado brasileiro. In Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides. Org. Emanuel Andrade Linhares, Hugo de Brito Machado Segundo, Alcimor Rocha Neto *et al.* São Paulo: Atlas, 2016. p. 305.

¹⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. Revista Direito & Práxis. Rio de Janeiro, vol. 9., N. 4, 2018, p. 2207. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752>>. Acesso em: 27 mai. 2023.

¹⁸⁵ O autor explica que “No Brasil, o Supremo Tribunal Federal proferiu diversas decisões que podem ser consideradas iluministas no sentido exposto acima. A Corte, por exemplo, reconheceu as uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e estendeu-lhes o regime jurídico aplicável às uniões estáveis heteroafetivas, com base no direito à não discriminação em razão do sexo e na proteção constitucional conferida à família. Em 2016, julgou inconstitucional norma que regulava a vaquejada, antiga manifestação cultural do nordeste do país em que uma dupla de vaqueiros, montada a cavalos, busca derrubar o touro em uma área demarcada. Apesar da

segundo as quais, respectivamente, cabe ao STF proteger os direitos fundamentais e regras do jogo democrático, ainda que contrariando as maiorias; suprir a ausência de atuação do Legislativo para atender demandas sociais e promover avanços civilizatórios ¹⁸⁶.

Atento ao sofrimento imposto às pessoas trans pela omissão do Poder Legislativo e pela realidade político-social que vivem, ao reconhecer os direitos fundamentais das pessoas trans previstos na CF/88, não está a Suprema Corte substituindo-se ao papel que caberia ao legislador, mas tão somente cumprindo sua função de declarar de forma cogente e pública as regras jurídico-constitucionais que reconhecem os próprios direitos humanos de tais pessoas e, assim, por analogia ao pensamento de Rita Laura Segato, seria “capaz de inaugurar novos estilos de moralidade e desenvolver sensibilidades éticas desconhecidas” ¹⁸⁷ da sociedade brasileira.

Parece-nos, portanto, que, para além da importância jurídica e judicial, os referidos julgamentos possuem importância político-social também, eis que as manifestações da Suprema Corte representam, em essência, obstáculos de natureza contramajoritária ao avanço das concepções reacionárias que marcam nossa atual realidade brasileira, onde assistimos aos clamores por um desumano retrocesso de exclusão social de pessoas LGBTQIA+ em geral, e especialmente de pessoas trans, estando toda essa ignorância baseada em jargões fascistas criados por Benito Mussolini e empregados no extermínio de milhões de pessoas durante a 2ª Guerra Mundial ¹⁸⁸.

Tem agido, portanto, o STF como uma espécie de antídoto ao veneno político-social expelido de forma comum contra as pessoas trans – a mais invisível e sofrida das minorias -, já que a um só tempo determina juridicamente a proteção de direitos fundamentais de pessoas trans e, na linha do que é proposto pelo ex-Ministro do STF Carlos Ayres Britto, incentiva a uma mudança radical de mentalidade na noção de humanismo propugnados pelos excludentes, pois

popularidade da prática, o Tribunal entendeu que ela ensejava tratamento cruel de animais vedado pela Constituição Federal. Mais recentemente, a Corte declarou a inconstitucionalidade do crime de aborto até o terceiro mês de gestação, com base nos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, em seu direito à autonomia, à integridade física e psíquica e à igualdade. No que tange a tais casos, evidências indicam que o Tribunal decidiu em desacordo com a visão dominante na população e no Legislativo, marcadamente conservador.” *Ibidem*.

¹⁸⁶ GLESER, Rubens, VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Razão e o Voto.: Diálogos Constitucionais com Luís Roberto Barroso*. FGV Editora, Rio de Janeiro/RJ, 2017. p 570

¹⁸⁷ SEGATO, Rita Laura. *Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos fundamentais*. Disponível em: < <https://www.scielo.br/j/mana/a/tRYDbBv8ZQf9SjmpvSywtjb/?lang=pt> > Acesso em 18/05/2023.

¹⁸⁸ “Deus, pátria, família”: os sentidos do fascismo brasileiro. Disponível em: <https://www.labeurb.unicamp.br/rua/artigo/ler_artigo/235-1-deus-patria-familia-os-sentidos-do-fascismo-brasileiro> Acesso em 16/05/2023.

é muito fácil amar a humanidade; difícil, ou melhor desafiador, é amar o “ser humano em concreto, visível a olho nu, ao alcance de nossa mão estendida ou do nosso ombro solidário”¹⁸⁹.

Passemos, então, a abordar os dois principais direitos conquistados pelas pessoas trans¹⁹⁰, por determinação judicial do STF, quais sejam a autorização para pessoas trans alterarem o prenome e o gênero constante no registro civil e a criminalização da homofobia e, conseqüentemente, da transfobia.

6.1. A possibilidade de pessoas trans alterarem o prenome e o gênero constante no registro civil reconhecida na ADI nº 4275 e do RE nº 670.422 (Tema 671)

Impedir que uma pessoa adote um nome e um gênero que ela mesma escolheu para identificar como ela mesma se reconhece é submeter um ser humano a uma insuportável negação de si mesmo, eis que a divisão binária dos papéis sociais do homem e da mulher, a partir de um dado biologicista, segundo o qual se determinaria o gênero de uma pessoa a partir da sua genitália de nascimento e de uma heterossexualidade compulsória, é um equívoco, pois, como apregoa Judith Butler, o gênero é uma performance realizada pela própria pessoa que o constrói, no âmbito de “um conjunto de normas sociais que interpelam e as sujeitam causando a promoção de determinadas práticas de gênero, que seria a forma como funcionamos no mundo”¹⁹¹.

As pessoas trans possuem direito de alterar seu nome e gênero no registro civil, porque o contrário as priva da sua liberdade essencial de identificar-se a si próprias, segundo os projetos de vida determinados para si por seus próprios afetos e sentimentos e porque os projetos de vida das pessoas “não devem ser impostos por ninguém, nem pela ciência, nem pela família, nem pelo Estado”¹⁹².

¹⁸⁹ BRITTO, Carlos Ayres. O humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 53.

¹⁹⁰ O STF também analisou outra questão absolutamente importante para as pessoas trans, mas que não é objeto específico deste estudo, qual seja o reconhecimento do direito das transexuais femininas e travestis ao cumprimento de pena em condições compatíveis com a sua identidade de gênero, permitindo-se a transferência, mediante consulta individual da pessoa trans ou da travesti, para estabelecimento prisional feminino ou masculino, no último caso, para ala separada, que lhes garanta a segurança. ADPF/MC nº 527/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. J. 18/03/2021. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em 17/05/2023.

¹⁹¹ “Cada ato estilizado de gênero, cria a realidade subjetiva e objetiva do gênero porque afeta/produz efeito sobre os outros. Então, o gênero seria uma construção social e sua realidade seria dada nas práticas diárias de gênero, nos atos de muitas ordens que o constituem e estabelecem, segundo uma episteme heterossexual, a naturalidade e complementariedade de dadas ações, como se antecessessem a capacidade de enunciação, essa natureza que, afinal de contas, seria na verdade uma ficção criada por uma invocação topológica do discurso científico.” AMARAL, Rosana Carvalho Bastos; LIMA, Deyvison Rodrigues. Judith Butler sobre o gênero: as performances e os corpos estranhos. Revista de Estudos dos pós-graduandos em filosofia. V. 14. Nº 36. 2022. p. 459. Disponível em: <<https://revistas.marilia.unesp.br/index.php/kinesis/article/view/13600>> Acesso em 18/05/2023.

¹⁹² BINENBOJM, Gustavo. Liberdade igual: o que é e porque importa. Rio de Janeiro: História Real, 2020. p. 92/93.

Qualquer que seja o contexto coletivizante sob o qual se pretenda impedir uma pessoa trans de alterar seu prenome e gênero no registro civil – seja ele social, religioso ou supostamente científico – viola a liberdade individual determinada pela CF/88 através da cláusula de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros a inviolabilidade do direito à liberdade” (art. 5º, *caput*).

Foi assim que, baseado nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da personalidade, da intimidade, da isonomia, da saúde e da felicidade, no âmbito da Ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 4275/DF¹⁹³ e do recurso extraordinário (RE) nº 670.422¹⁹⁴

¹⁹³ “DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RE CONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIIS OU PATOLOGIZANTES.

1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero.
2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la.
3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.
4. Ação direta julgada procedente.”

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 4275/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Rel para acórdão Min. Edson Fachin. Plenário. J. 01/03/2018.

¹⁹⁴ “Direito Constitucional e Civil. Transexual. Identidade de gênero. Direito subjetivo à alteração do nome e da classificação de gênero no assento de nascimento. Possibilidade independentemente de cirurgia de procedimento cirúrgico de redesignação. Princípios da dignidade da pessoa humana, da personalidade, da intimidade, da isonomia, da saúde e da felicidade. Convivência com os princípios da publicidade, da informação pública, da segurança jurídica, da veracidade dos registros públicos e da confiança. Recurso extraordinário provido.

1. A ordem constitucional vigente guia-se pelo propósito de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, voltada para a promoção do bem de todos e sem preconceitos de qualquer ordem, de modo a assegurar o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos e a resguardar os princípios da igualdade e da privacidade. Dado que a tutela do ser humano e a afirmação da plenitude de seus direitos se apresentam como elementos centrais para o desenvolvimento da sociedade, é imperativo o reconhecimento do direito do indivíduo ao desenvolvimento pleno de sua personalidade, tutelando-se os conteúdos mínimos que compõem a dignidade do ser humano, a saber, a autonomia e a liberdade do indivíduo, sua conformação interior e sua capacidade de interação social e comunitária.
2. É mister que se afaste qualquer óbice jurídico que represente restrição ou limitação ilegítima, ainda que meramente potencial, à liberdade do ser humano para exercer sua identidade de gênero e se orientar sexualmente, pois essas faculdades constituem inarredáveis pressupostos para o desenvolvimento da personalidade humana.
3. O sistema há de avançar para além da tradicional identificação de sexos para abarcar também o registro daqueles cuja autopercepção difere do que se registrou no momento de seu nascimento. Nessa seara, ao Estado incumbe apenas o reconhecimento da identidade de gênero; a alteração dos assentos no registro público, por sua vez, pauta-se unicamente pela livre manifestação de vontade da pessoa que visa expressar sua identidade de gênero.
4. Saliente-se que a alteração do prenome e da classificação de sexo do indivíduo, independente de dar-se pela via judicial ou administrativa, deverá ser coberta pelo sigilo durante todo o trâmite, procedendo-se a sua anotação à margem da averbação, ficando vedada a inclusão, mesmo que sigilosa, do termo “transexual” ou da classificação de sexo biológico no respectivo assento ou em certidão pública. Dessa forma, atende-se o desejo do transgênero de ter reconhecida sua identidade de gênero e, simultaneamente, asseguram-se os princípios da segurança jurídica e da confiança, que regem o sistema registral.
5. Assentadas as seguintes teses de repercussão geral: i) O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação da vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa. ii) Essa alteração deve ser averbada à margem no assento de nascimento,

(Tema 671), o STF decidiu que pessoas trans possuem o direito de alterarem seu prenome e a classificação de gênero perante o registro civil, independentemente de submissão a cirurgia de redesignação de sexo, tratamento hormonal, laudos de terceiros e tempo mínimo na expressão do gênero em que se reconhece.

Na ADI nº 4275/DF, o STF deu interpretação conforme ao art. 58 da Lei nº 6.015/73, a Lei de Registros Públicos (LRP), entendendo que a identidade de gênero seria um direito inato de personalidade da pessoa humana, cabendo ao Estado apenas anotá-la em seus registros, “por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade”¹⁹⁵.

Logo depois, no julgamento do RE nº 670.422/RS, por estar submetido a julgamento mediante repercussão geral no âmbito do Tema 671, cuja controvérsia era sobre a possibilidade de alteração de gênero no assento de registro civil de transexual, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo, fixou o STF teses jurídicas que devem ser obrigatoriamente¹⁹⁶ aplicadas por todos os juízes e Tribunais brasileiros em processos individuais ou coletivos com questão constitucional idêntica.

As teses jurídicas obrigatórias fixadas pela Corte foram que (i) o transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa; (ii) essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo ‘transgênero’; (iii) nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial; (iv) efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar de ofício ou a requerimento do interessado a expedição de

sendo vedada a inclusão do termo ‘transexual’. iii) Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, sendo vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial. iv) Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar, de ofício ou a requerimento do interessado, a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos.

6. Recurso extraordinário provido.”

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE nº 670422/RS. Rel. Min. Dias Toffoli. Plenário. J. 15/08/2018.

¹⁹⁵ Posteriormente, em postura de deferência à decisão da Suprema Corte, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou o Provimento nº 73/2018, segundo o qual regulou os atos cartoriais para a averbação de alteração do prenome e da classificação de gênero perante o Registro Civil das Pessoas Naturais, de forma a concretizar o que restou fixado pela decisão do STF na ADI nº 4275/DF.

¹⁹⁶ Código de Processo Civil – CPC/2015

“Art. . 927. *Os juízes e os tribunais observarão: (...) III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;*” (grifei)

mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos.

6.2. A criminalização da homofobia e, conseqüentemente, da transfobia ¹⁹⁷ na ADO nº 26 e no MI nº 4733/DF

Já expusemos alguns casos de pessoas trans que sofreram violência verbal e física apenas por sua condição de gênero, tendo sido as mesmas submetidas aos mais diversos sofrimentos psicológicos e físicos, inclusive em alguns casos à morte, seja por homicídio ou por suicídio; mas um testemunho esclarecedor do quanto a transfobia pode arranhar a alma da pessoa trans é dado por João W. Nery, quando ele relata que, quando tinha 16 anos, sentia que “a maldade do bullying ou da transfobia, que ainda não tinham esses nomes, expressava na verdade, um discurso de ódio pela ambigüidade da minha figura, que não atendia às normas binárias de gênero” ¹⁹⁸.

Considerando esse quadro de violência constante contra pessoas LGBTQIA+, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) ajuizou o Mandado de Injunção (MI) nº 4733/DF perante o STF, sustentando ser necessária a criminalização específica da violência de gênero contra as pessoas LGBTQIA+, eis que “o atual quadro de violência e discriminação contra a população LGBT tem tornado faticamente inviável o exercício dos direitos fundamentais à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero das pessoas LGBT em razão do alto grau de violência e discriminação contra elas perpetradas na atualidade”.

Sustentou a ABGLT a obrigação constitucional de legislar para criminalizar a homofobia e transfobia, porquanto, em seu entender, “a homofobia e a transfobia constituem espécies do gênero racismo” e elas se enquadrariam, ainda, no conceito de “discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais”, consoante o disposto no art. 5º, XLI da CF/88.

Restando caracterizada a mora do Legislador em dispor sobre atos criminosos contra pessoas LGBTQIA+ em virtude do seu gênero, adotando a chamada teoria concretista do

¹⁹⁷ Segundo Bruna G. Benevides, na especificação das ações homofóbicas para pessoas trans, seriam ações transfóbicas, “quaisquer atitudes inferiorizantes, degradantes ou humilhantes que pode ou não incluir agressões físicas, verbais, simbólicas, materiais, patrimoniais e/ou psicológicas manifestadas com o intuito de violar direitos, negar acesso ou dificultar a cidadania, coibir a livre expressão de gênero, assim como a de negar o reconhecimento da autodeclaração de gênero de travestis, transexuais e demais pessoas trans, quando sua identidade de gênero for um fator determinante para essas violências ou violações, seja por ação direta ou por omissão”. *In* Dossiê: assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2022. *Op. Cit.* p. 18.

¹⁹⁸ Vidas trans. Amara Moira et al. 2ª. ed. Bauru, SP: Astral, 2022. p. 65.

mandado de injunção ¹⁹⁹, decidiu o STF por reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e determinar que, até que o parlamento venha a legislar a respeito, seja aplicada a Lei 7.716/89 para estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero ²⁰⁰.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) nº 26 foi julgada em conjunto com o MI nº 4733/DF, tendo o STF, em ambas as ações, reconhecido a omissão inconstitucional do Congresso Nacional em legislar sobre a criminalização das ações de discriminação motivada pela identidade de gênero de um indivíduo e fixado que, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, condutas homofóbicas contra pessoas LGBTQIA+ sejam consideradas crimes de racismo, determinando-se pena de reclusão a quem cometa atos de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e/ou religião motivados pela orientação sexual e/ou identidade de gênero da vítima ²⁰¹.

¹⁹⁹ Para uma análise da adoção da teoria concretista do mandado de injunção, que é aquela em que, além de reconhecer a mora do parlamento em produzir a lei reguladora, a Corte Constitucional garante, efetivamente, a prática de direitos fundamentais obstaculizados pela mora parlamentar, veja-se MORAIS, Dalton Santos. A modificação da jurisprudência do STF sobre os efeitos do mandado de injunção no direito de greve dos servidores públicos. *In* Informativo de Direito Administrativo e LRF. Curitiba : Zênite. IDAF nº 82 maio/2008.

²⁰⁰ "DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. DEVER DO ESTADO DE CRIMINALIZAR AS CONDUTAS ATENTATÓRIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. HOMOTRANSFOBIA. DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL. OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO JULGADO PROCEDENTE.

1. É atentatório ao Estado Democrático de Direito qualquer tipo de discriminação, inclusive a que se fundamenta na orientação sexual das pessoas ou em sua identidade de gênero.

2. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero e a orientação sexual.

3. À luz dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte, dessume-se da leitura do texto da Carta de 1988 um mandado constitucional de criminalização no que pertine a toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

4. A omissão legislativa em tipificar a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero ofende um sentido mínimo de justiça ao sinalizar que o sofrimento e a violência dirigida a pessoa gay, lésbica, bissexual, transgênera ou intersex é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade. A Constituição não autoriza tolerar o sofrimento que a discriminação impõe.

5. A discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, tal como qualquer forma de discriminação, é nefasta, porque retira das pessoas a justa expectativa de que tenham igual valor.

6. Mandado de injunção julgado procedente, para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero."

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI nº 473322/DF. Rel. Min. Edson Fachin. Plenário. J. 13/06/2019. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 15/05/2023.

²⁰¹ "A homofobia e a transfobia significam violência física ou psicológica contra uma pessoa, respectivamente em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero. (...) A Constituição, por sua vez, determina a edição, pelo Congresso nacional, de lei destinada a punir qualquer discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais. Como a lei criminalizando a homofobia jamais veio a ser editada pelo Poder Legislativo, o STF reconheceu a omissão existente e determinou que se aplicasse aos atos de homofobia e transfobia a lei que pune o racismo." BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* Direitos LGBTI+ e uniões homoafetivas: o que vale a vida são nossos afetos. p. 174.

A par dos belíssimos votos proferidos pelos Ministros Relatores da ADO nº 26 e do MI nº 4733/DF, respectivamente, Ministros Celso de Mello e Edson Fachin, merece menção o singelo, porém eloquente registro do Ministro Dias Toffoli a respeito do tamanho do atraso do Brasil no campo do respeito à diversidade de gênero e aos direitos fundamentais da pessoas LGBTQIA+, especialmente das pessoas trans; disse o Ministro durante o julgamento da ADO nº 26: “O Supremo Tribunal Federal, em seis sessões, enfrentou este tema de tamanha importância com tristeza. Bom seria que não houvesse a necessidade de enfrentá-lo em pleno século XXI, no ano de 2019”. (grifei)

7. E O STF AINDA PRECISARÁ GARANTIR DIREITOS FUNDAMENTAIS A PESSOAS (TRANS) IGNORADAS OU CRIMINALIZADAS PELO PODER LEGISLATIVO

Mesmo com o reconhecimento da mais alta Corte de Justiça do país quanto à inércia do Poder Legislativo em regular temas de vital importância para pessoas LGBTQIA+, especialmente para pessoas trans, o processo estrutural de estigmatização, violência, preconceito e discriminação a que são submetidas as pessoas trans continua sendo reforçado por propostas de lei antitrans no âmbito no próprio Poder Legislativo. Ou seja, o Poder Legislativo não só se encontra omissa em produzir leis que efetivamente resguardem as pessoas trans, como também recebe, analisa e delibera propostas de lei flagrantemente contrárias à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais destas pessoas.

Para citar exemplos importantes desse tipo de ação política contra pessoas trans, veja-se a existência de projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional e na Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo (ALES) que pretendem proibir o uso de banheiros por pessoas trans, segundo a identificação do gênero em que se reconhecem: na Câmara dos Deputados está em trâmite o PL nº 5774/2016 ²⁰² e na ALES está o PL nº 347/2023 ²⁰³, cujas propostas são, respectivamente, alterar o art. 42 do Decreto-Lei nº 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais), para constituir contravenção penal, a pessoa usar o banheiro público diferente de seu sexo masculino ou feminino e proibir a entrada em banheiros de uso exclusivo para o sexo masculino e feminino por transgêneros, em estabelecimentos públicos e privados no âmbito do Estado do Espírito Santo.

²⁰² Disponível em < <https://www.camara.leg.br/busca-portal/proposicoes/pesquisa-simplificada> > Acesso em 15/05/2023.

²⁰³ Disponível em < https://www3.al.es.gov.br/consulta-producao.aspx?tipo=5&ano_proposicao=2023&proposicao=347 > Acesso em 15/05/2023.

Não por outro motivo, importantes vozes da república reconhecem que “a sociedade ainda precisa avançar muito no reconhecimento dos direitos e da identidade de travestis, transexuais e transgêneros”^{204 205}, sendo necessária, uma vez mais, a intervenção do Poder Judiciário, especialmente do STF, para garantir direitos fundamentais a pessoas trans, mesmo que nós estejamos em pleno século XXI.

8. CONCLUSÃO

A par de haver um movimento de progressiva aceitação social das pessoas LGBTQIA+, por aqui, no Brasil, as pessoas trans são ainda o mais estigmatizado grupo social brasileiro, sendo vítimas constantes de discriminação, preconceito e violência.

A vida como ela é para as pessoas trans no Brasil não é fácil, já se tendo dito que se reconhecer uma pessoa trans por aqui é como assinar uma “certidão de óbito social”: também pudera, aqui é onde de forma brutal e prematura mais se mata pessoas trans em todo o mundo; é por aqui que pessoas trans, em pleno século XXI, ainda sofrem violações de direitos humanos de toda sorte, tais como estupros corretivos, tratamento violento ou degradante em espaços públicos, xingamentos depreciativos e transfóbicos e violência psicológica.

Chega-se ao ponto de ser comum, no Brasil, que pessoas trans sejam vítimas de uma espécie de transfobia recreativa, na qual os agressores se acham autorizados, por um costume social absolutamente retrógrado e antijurídico, a colocar pessoas trans em situação de ridicularização por sua identidade de gênero, em evidente prejuízo de sua inserção social, de suas profissões, de suas famílias e, obviamente, da sua saúde, tamanhos são prejuízos psicológicos às vítimas desse “costume” abusivo²⁰⁶.

No âmbito deste processo social estruturado de violência, estigmatização, discriminação e preconceito imposto às pessoas trans e não binárias, não surpreende que falte às mesmas

²⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto; OSÓRIO, Aline. “Sabe com quem está falando?": notas sobre o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo. In BARROSO, Luís Roberto. Um outro país: transformações no direito, na ética e na agenda do Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 167.

²⁰⁵ E prosseguem os autores: “Para que se tenha uma ideia da gravidade do problema, o Brasil lidera o *ranking* de violência transfóbica, registrando o maior número de mortes no cenário mundial, e a expectativa de vida desse grupo é de cerca de 30 anos, muito abaixo daquela apontada para o IBGE para o brasileiro médio, de quase 75 anos. Além disso, estima-se que 90% dos travestis e transexuais no país estejam se prostituindo, já que não há outras oportunidades de trabalho. Não por outro motivo, a agenda política desses grupos tem sido ocupada cada vez mais por demandas relacionadas ao combate à violência, à garantia do acesso à permanência nas escolas, e à criação de políticas de inserção no mercado de trabalho que promovam alternativas à prostituição.” *Ibidem*. p. 167/168.

²⁰⁶ O caso mais recente foi o de um cantor sertanejo que, em pleno programa de TV, fez a uma repórter pessoa trans a seguinte pergunta: “Você tem pau?”. Veja em 'Me sentindo um lixo', diz repórter após sofrer transfobia de sertanejo. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/splash/colunas/lucas-pasin/2023/05/15/bruno-dupla-de-marrone-reporter-da-redetv-lisa-gomes.htm>> Acesso em 16/05/2023.

políticas públicas de inclusão social e que elas sejam consideradas uma minoria vulnerável da sociedade brasileira. Também não surpreende que falte a estas pessoas representantes parlamentares que possam tentar equilibrar a desigualdade social que as impacta por meio de mudanças legislativas e que tal situação mantenha um ciclo perverso contra as pessoas trans: as pessoas trans não possuem representatividade, porque são uma minoria estigmatizada da sociedade e continuam nesta situação, porque não possuem representatividade parlamentar suficiente para estabelecer, legalmente, as políticas públicas de que tanto necessitam.

Nessa situação é evidente que poucos são os projetos de lei apresentados em benefício de pessoas trans e que não haja nenhum projeto de lei aprovado em benefício destas pessoas, apesar de toda a necessidade delas por políticas públicas específicas que lhes concretizem os seus direitos fundamentais determinados pela CF/88.

Mas se não há lei aprovada pelo legislador ordinário em benefício das pessoas trans, existe uma lei em seu benefício, a maior de todas as leis brasileiras, a CF/88, a qual lhes assegura a dignidade da pessoa humana, o direito de liberdade quanto a sua identidade de gênero e o direito de não sofrer preconceito ou discriminação de qualquer espécie.

Desse modo, se a CF/88 assegura direitos fundamentais a tais pessoas, isso impõe a obrigação jurídica de que o Estado adote providências para concretizar tais direitos, senão pelo legislador que resta omissos, que seja pelo Poder Judiciário, especialmente pelo STF, o qual tem a função de concretizar a CF/88, mesmo nas hipóteses em que o Poder Legislativo reste inconstitucionalmente omissos de seus deveres.

Foi assim que nesta ainda curta história da CF/88, restou ao Poder Judiciário, especialmente à mais alta Corte do país, garantir direitos a essa minoria vulnerável de nossa população, mostrando-se, assim, o STF como um Poder de Estado que promove os avanços civilizatórios que não conseguimos obter por meio da política. Foi isso que fez a Suprema Corte, quando no berço esplêndido em que os projetos de lei sobre tais temas dormem no Congresso Nacional, garantiu muito recentemente dois direitos fundamentais muito importantes às pessoas trans: a possibilidade de pessoas trans alterarem o prenome e o gênero constante no registro civil na ADI nº 4275 e no RE nº 670.422 (Tema 671) e a criminalização da homofobia e, consequentemente, da transfobia na ADO nº 26 e no MI nº 4733/DF.

Infelizmente, mesmo com o reconhecimento da mais alta Corte de Justiça do país quanto à inércia do Poder Legislativo em regular temas de vital importância para pessoas LBTQIA+, especialmente para pessoas trans, o processo estrutural de estigmatização, violência, preconceito e discriminação a que são submetidas as pessoas trans continua sendo reforçado por propostas de lei contra pessoas trans no âmbito no próprio Poder Legislativo.

Isso significa que, mesmo em pleno século XXI, pessoas ainda estão sendo vítimas de ações políticas que as criminalizam por sua identidade de gênero e que a CF/88 somente será observada, caso o STF exerça suas funções contramajoritária, representativa e iluminista para impedir mais estes retrocessos civilizatórios contra a liberdade de gênero das pessoas trans.

REFERÊNCIAS

131 pessoas trans foram assassinadas em 2022 no Brasil, aponta dossiê. Disponível em <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2023/janeiro/131-pessoas-trans-perderam-a-vida-em-2022-no-brasil-aponta-dossie>> Acesso em 15/04/2023.

90% da população trans no Brasil tem prostituição como fonte de renda. Disponível em <<https://edicaodobrasil.com.br/2021/05/28/90-da-populacao-trans-no-brasil-tem-prostituicao-como-fonte-de-renda/>> Acesso em 15/04/2023.

AMARAL, Rosana Carvalho Bastos; LIMA, Deyvison Rodrigues. Judith Butler sobre o gênero: as performances e os corpos estranhos. Revista de Estudos dos pós-graduandos em filosofia. p. 459. V. 14. Nº 36. 2022. Disponível em: <<https://revistas.marilia.unesp.br/index.php/kinesis/article/view/13600>> Acesso em 18/05/2023.

ANDIFES. V Pesquisa Nacional de Perfil Socioeconômico e Cultural dos (as) Graduandos (as) das IFES – 2018. Disponível em <<https://www.andifes.org.br/wp-content/uploads/2019/05/V-Pesquisa-Nacional-de-Perfil-Socioeconomico-e-Cultural-dos-as-Graduandos-as-das-IFES-2018.pdf>> Acesso em 15/04/2023.

ARANTES, Rogério B.; COUTO, Cláudio G. 1988-2018: trinta anos de constitucionalização permanente. In A Carta: para entender a Constituição brasileira. MENEZES FILHO, Naercio; SOUZA, André Portela. ORG. São Paulo: Todavia, 2019.

Associação lança campanha sobre uso de banheiros por pessoas trans. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/renan-quinalha-associacao-lanca-campanha-sobre-uso-de-banheiros-por-pessoas-trans/>> Acesso em 15/05/2023.

AVELAR, Dani. Brasil tem um Projeto de Lei antitrans por dia, e 'efeito Nikolas' preocupa. Disponível em <<https://www.em.com.br/app/noticia/diversidade/2023/03/21/noticia-diversidade,1471373/brasil-tem-um-projeto-de-lei-antitrans-por-dia-e-efeito-nikolas-preocupa.shtml>> Acesso em 15/04/2023.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. Revista Direito & Práxis. Rio de Janeiro, vol. 9., N. 4, 2018, p. 2207. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752>>. Acesso em: 27 mai. 2023.

_____. Direitos LGBTI+ e uniões homoafetivas: o que vale a vida são nossos afetos. In. BARROSO, Luís Roberto. Sem data vênica: um olhar sobre o Brasil e o mundo. Rio de Janeiro: História real, 2020.

BARROSO, Luís Roberto; OSÓRIO, Aline. "Sabe com quem está falando?": notas sobre o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo. In BARROSO, Luís Roberto. Um outro país: transformações no direito, na ética e na agenda do Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BAUMAN, Zygmunt. Estranhos à nossa porta. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BENEVIDES, Bruna G.. Dossiê: assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2022. ANTRA (Associação Nacional de Travestis e Transexuais) – Brasília - DF: ANTRA, 2023.

BERMAN, J.G. Ativismo judicial, judicialização da política e democracia. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais nº 10. Curitiba, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. Liberdade igual: o que é e porque importa. Rio de Janeiro: História Real, 2020.

BRASIL. ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. PL nº 347/2023. Disponível em < https://www3.al.es.gov.br/consulta-producao.aspx?tipo=5&ano_proposicao=2023&proposicao=347> Acesso em 15/05/2023.

_____. CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL nº 1058/2023, PL nº 960/2023, PL nº 2415/2022, PL nº 2414/2022, PL nº 4281/2021, PL nº 3311/2021, PL nº 3213/2021, PL nº 2345/2021, PL nº 144/2021, PL nº 78/2021, PL nº 3667/2020, PL nº 3774/2019 e PL nº 7702/2017. Disponível em < <https://www.camara.leg.br/busca-portal/proposicoes/pesquisa-simplificada>> Acesso em 09/05/2023.

_____. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Relatório anual de 2021 produzido pela Comissão de Direitos Humanos, Minorias e Igualdade Racial da Câmara de Deputados. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/relatorios-de-atividades/relatorios-anuais>> Acesso em 05/05/2023.

_____. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Relatório anual de 2017 produzido pela Comissão de Direitos Humanos, Minorias e Igualdade Racial da Câmara de Deputados. Disponível em < <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/relatorios-de-atividades/relatorios-anuais>> Acesso em 05/05/2023.

_____. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Relatório Violência contra travestis e transexuais. Disponível em < <http://olerj.camara.leg.br/retratos-da-intervencao/retratos-da-intervencao-federal>> Acesso em 05/05/2023.

_____. Código de Processo Civil de 2015.

_____. SENADO FEDERAL. PL nº 1540/2022, PL nº 435/2022, PLC nº 150/2021, PL nº 3395/2021, PL nº 3394/2021, PL nº 5589/2020, PL nº 3434/2020 e PL nº 860/2019. Disponível em < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias>> Acesso em 09/05/2023.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF/MC nº 527/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. J. 18/03/2021. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em 17/05/2023.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 4275/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Rel para acórdão Min. Edson Fachin. Plenário. J. 01/03/2018.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 4277/DF e ADPF nº 132/RJ. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. J. 04/05/2011. Acórdão disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 05/05/2023.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI nº 473322/DF. Rel. Min. Edson Fachin. Plenário. J. 13/06/2019. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 15/05/2023.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE nº 670422/RS. Rel. Min. Dias Toffoli. Plenário. J. 15/08/2018.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto do relator no RE nº 845.779/SC. Rel. Min. Roberto Barroso. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em 15/05/2023.

BRITTO, Carlos Ayres. O humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BUSINARI, Maurício. Menino trans tem casa apedrejada 4 vezes na Bahia: 'Chamam de aberração'. Disponível em <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2022/06/07/menino-trans-tem-casa-apedrejada-na-ba-chamam-ele-de-aberracao-diz-mae.htm>> Acesso em 15/04/2023.

BUZOLIN, Lívia Gonçalves. Direito homoafetivo: criação e discussão nos Poderes Judiciário e Legislativo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

Carta da ANTRA ao Presidente Lula e a equipe de transição. Disponível em: <<https://antrabrasil.org/2022/11/11/carta-da-antra-ao-presidente-lula-e-a-equipe-de-transicao-de-governo/>> Acesso em 15/05/2023.

CEDEC - CENTRO DE ESTUDOS DE CULTURA CONTEMPORÂNEA. Mapeamento das Pessoas Trans na Cidade de São Paulo: relatório de pesquisa. São Paulo, 2021.

CHAVES, Luís de Gonzaga Mendes. Minorias e seu estudo no Brasil. Revista de Ciências Sociais, Fortaleza, v. 1, n. 1, 1971. p. 149. Disponível em <<https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/4487>> Acesso em 05/05/2023.

COMPARATO, Fábio Konder. Ética: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COSTA, Reginaldo. o Manifesto à Nação: O projeto Neofascista da Frente Parlamentar Evangélica para o Brasil. Morula, Editora; Rio de Janeiro, 2020.

DEL PERCIO, Enrique. *La Condición social: consumo, poder y representación en el capitalismo tardío*. 2ª. Ed. Buenos Aires: Jorde Baudino Ediciones, 2010.

DINIZ, Iara. Amor e aceitação: transexuais falam de apoio que encontraram em casa. Disponível em <<https://www.agazeta.com.br/es/cotidiano/amor-e-aceitacao-transexuais-falam-de-apoio-que-encontraram-em-casa-0122>> Acesso em 24/04/2023.

Em post, jovem disse antes de morrer que foi agredido pela mãe por ser gay. Disponível em <<https://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2017/01/em-post-jovem-disse-antes-de-morrer-que-foi-agredido-pela-mae-por-ser-gay.html>> Acesso em 05/05/2023.

Estudante trans diz ter sido orientada a não usar banheiro feminino de escola em Niterói: 'Por conta desse tipo de atitude muitas deixam de estudar'. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/estudante-trans-diz-ter-sido-orientada-nao-usar-banheiro-feminino-de-escola-em-niteroi-por-conta-desse-tipo-de-atitude-muitas-deixam-de-estudar-1-25388292>> Acesso em 15/05/2023.

FARIAS, Erika. Um (longo) caminho para a saúde universal. Disponível em <<https://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/reportagem/um-longo-caminho-para-a-saude-universal>> Acesso em 15/04/2023.

GARCIA, Gabryella. Vereadora é impedida de usar banheiro feminino e acusa shopping de transfobia. Disponível em: <<https://revistamarieclaire.globo.com/Feminismo/noticia/2022/09/vereadora-e-impedida-de-usar-banheiro-feminino-e-acusa-shopping-de-transfobia.html>> Acesso em 15/05/2023.

GLESER, Rubens, VIEIRA, Oscar Vilhena. A Razão e o Voto.: Diálogos Constitucionais com Luís Roberto Barroso. FGV Editora, Rio de Janeiro/RJ, 2017.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. Disponível em <<https://ibdfam.org.br/artigos/288/Pressuposto,+elementos+e+limites+do+dever+de+indenizar+por+abandono+afetivo>> Acesso em 05/05/2023

KIMMEL, Michael. A Sociedade de Gênero. Rio de Janeiro: Vozes, 2022.

LIMA, Luciana. Número de profissionais trans cresceu quase 300% nos últimos anos. Disponível em <<https://vocesa.abril.com.br/geral/os-transexuais-chegaram-no-mundo-corporativo/>> Acesso em 15/04/2023.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

'Me sentindo um lixo', diz repórter após sofrer transfobia de sertanejo. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/splash/colunas/lucas-pasin/2023/05/15/bruno-dupla-de-marrone-reporter-da-redetv-lisa-gomes.htm>> Acesso em 16/05/2023.

MARTINS DE ALMEIDA, João Paulo. "Deus, pátria, família": os sentidos do fascismo brasileiro. Disponível em: <https://www.labeurb.unicamp.br/rua/artigo/ler_artigo/235-1-deus-patria-familia-os-sentidos-do-fascismo-brasileiro> Acesso em 16/05/2023.

Mensagens de ódio podem ter induzido Popó Vaz ao suicídio, investiga polícia. Disponível em <<https://www.itatiaia.com.br/noticia/policia-investiga-se-mensagens-de-odio-influenciaram-em-morte-de-popo-vaz>> Acesso em 20/04/2023.

MOIRA, Amara *et al.* Vidas trans. 2^a. ed. Bauru, SP: Astral, 2022.

MOMBAÇA, Jota. Rumo a uma distribuição desobediente de gênero e anticolonial da violência! Cadernos de Imaginação Política. 2016. p. 11. Disponível em: <https://issuu.com/amilcarpacker/docs/rumo_a_uma_redistribuic_a_o_da_vi>. Acesso em 24/05/2023.

MORAIS, Dalton Santos. A modificação da jurisprudência do STF sobre os efeitos do mandado de injunção no direito de greve dos servidores públicos. *In* Informativo de Direito Administrativo e LRF. Curitiba : Zênite. IDAF nº 82 maio/2008.

Mulher trans sofre agressões físicas em mercado público no Recife. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2022/10/19/mulher-trans-sofre-agressoes-fisicas-em-mercado-publico-norecife-uso-de-banheiro-feminino-teria-motivado-crime.ghtml>> Acesso em 15/05/2023.

NERY, João W. Viagem Solitária Memórias de um Transexual trinta anos depois. São Paulo: Leya, 2011.

Observatório dos Direitos Humanos: violência contra pessoas trans exige mobilização do poder público. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/observatorio-dos-direitos-humanos-violencia-contra-pessoas-trans-exige-mobilizacao-do-poder-publico/>> Acesso em 15/04/2023.

Ódio puro: vereador de BH expõe nas redes aluna trans menor de idade em banheiro de escola. Disponível em: < <https://revistaforum.com.br/politica/2022/7/1/vereador-de-bh-expe-nas-redes-aluna-trans-menor-de-idade-em-banheiro-de-escola-119571.html>> Acesso em 15/05/2023.

OLIVEIRA, Luciana. Pessoas trans vivem sob 'tolerância frágil', diz pesquisadora que contabilizou 140 mortes em 2021. Disponível em <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/01/28/pessoas-trans-vivem-sob-tolerancia-fragil-diz-pesquisadora-que-contabilizou-140-mortes-em-2021.ghtml>> Acesso em 15/04/2023.

ORTIZ, Vanessa. Jovem transexual é constrangida ao perguntar por banheiro feminino em restaurante: 'você não pode, é homem'. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2022/01/20/jovem-transexual-e-constrangida-ao-perguntar-por-banheiro-feminino-em-restaurant-voce-nao-pode-e-homem.ghtml>> Acesso em 15/05/2023.

PACHÁ, apud CHAVES GOMES, Victor Leandro e BELINOT, Virginia. Neoliberalismo e pós-democracia: o percurso brasileiro rumo ao (neo) fascismo. Rio de Janeiro: Morula Editora, 2020.

PEREIRA, Ana Carolina. População trans enfrenta desafios ao procurar atendimento médico de qualidade e com acolhimento. Disponível em <<https://futurodasauade.com.br/populacao-trans/>> . Acesso em 15/04/2023.

PETRY, Analídia Rodolpho; MEYER, Dagmar Elisabeth Estermann. Transexualidade e heteronormatividade: algumas questões para a pesquisa. Textos & Contextos (Porto Alegre), v. 10, n. 1, p. 193 - 198, jan./jul. 2011.

PIMENTEL, Vitória *et al.* O apagão de dados das pessoas trans no ensino superior. Disponível em <<https://www.extraclasse.org.br/geral/2022/04/o-apagao-de-dados-das-pessoas-trans-no-ensino-superior/>> Acesso em 15/04/2023.

QUINALHA, Renan. Movimento LGBTI+: uma breve história do século XIX aos nossos dias. Belo Horizonte: Autêntica, 2022.

RIOS JÚNIOR, Carlos Alberto. Direitos das minorias e limites jurídicos ao poder constituinte originário. São Paulo: Edipro, 2013.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A dignidade humana como fundamento do Estado brasileiro. *In Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides*. Org. Emanuel Andrade Linhares, Hugo de Brito Machado Segundo, Alcimor Rocha Neto *et al.* São Paulo: Atlas, 2016.

ROCON, Pablo Cardozo *et al.* Acesso à saúde pela população trans no Brasil: nas entrelinhas da revisão integrativa. *Trab. Educ. Saúde*, Rio de Janeiro, 2020.

RODRIGUES, Ana Karoline. Alunos farão ato na UnB após trans ser expulsa de banheiro feminino. Disponível em: < <https://www.metropoles.com/distrito-federal/alunos-farao-ato-na-unb-apos-trans-ser-expulsa-de-banheiro-feminino>> Acesso em 15/05/2023.

RUSSEL, Stephen T. *et al.* *Chosen Name Use is Linked to Reduced Depressive Symptoms, Suicidal Ideation and Behavior among Transgender Youth*. Disponível em <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6165713/>> Acesso em 15/04/2023.

SANTIAGO, Abinoan. Governador de SC manda PM ‘avaliar capacidade moral’ de major travesti. Disponível em <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2023/04/28/governador-santa-catarina-major-travesti-policia-militar-conduta-moral.htm>> Acesso em 05/05/2023.

SARMENTO, Daniel. A jurisdição constitucional e o empoderamento dos excluídos: a mudança jurisprudencial na ADPF nº 709 e os novos desafios. *In Crise democrática e a luta pela Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SEGATO, Rita Laura. Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos fundamentais. Disponível em: < <https://www.scielo.br/j/mana/a/tRYDbBv8ZQf9SJmpvSywtjb/?lang=pt>> Acesso em 18/05/2023.

_____. Gênero e colonialidade: em busca de chaves de leitura e de um vocabulário estratégico descolonial. *e-cadernos ces*, Coimbra, n. 18, 2012.

SPIZZIRRI, Giancarlo *et al.* *Proportion of people identified as transgender and non-binary gender in Brazil*. Disponível em <<https://www.nature.com/articles/s41598-021-81411-4>> Acesso em 15/04/2023.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. O direito nas políticas públicas: o déficit de efetividade dos direitos é um problema normativo ou institucional? *In “Direto Humanos Democracia: estudos em homenagem ao Professor Vital Moreira”*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

Transfobia no aeroporto de Guarulhos. Disponível em: <<https://revistamarieclaire.globo.com/Feminismo/noticia/2022/03/ativista-trans-denuncia-transfobia-no-aeroporto-de-guarulhos-inadmissivel.html>> Acesso em 15/05/2023.

Travestis impedidas de usar o banheiro e sofrem agressões da polícia. Disponível em: <<https://aratuon.com.br/policia/noticia/cidade/cantora-denuncia-agressao-da-pm-apos->

restaurante-impedir-amigatravesti-de-usar-o-banheiro-deu-uma-botada-no-meu-rosto>
Acesso em 15/05/2023.

VASCONCELOS, Caê. 'É crime de ódio': acusados de matar jovem trans em 2015 vão a júri popular. Disponível em < <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2023/04/16/caso-laura-vermont-julgamento.htm>> Acesso em 20/04/2023.

_____. Pelo 14º ano, Brasil é o país que mais mata pessoas trans; foram 131 em 2022. Disponível em < <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2023/01/26/mortes-pessoas-trans-brasil-2022.htm>> Acesso em 15/04/2023.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 10ª ed. Madri: Editorial Trotta, 2011.

CAPÍTULO VI

OS NOVOS TEMPOS NO SANEAMENTO DAS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O CASO DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NA ADO Nº 26

DOI: 10.51859/amplla.hdh052.1125-6

Dalton Santos Morais
Paulo Vitor Lopes Saiter Soares

1. INTRODUÇÃO

Premissa essencial para o decorrer das reflexões que se seguirão é evidenciar que práticas de homofobia e transfobia são repugnantes, antiéticas, colonizadoras e inferiorizam os seres humanos a partir daquilo que deveria ser básico de qualquer pessoa, a liberdade.

Por conta de determinada orientação sexual ou identidade de gênero, pessoas são discriminadas, violentadas, configurando-se grupo vulnerável em face do *status quo*. Neste contexto, o enfrentamento do tema mostra-se essencial para que se possa levar adiante o propósito constitucional de se constituir uma sociedade livre justa e solidária: desconsiderar a realidade que se apresenta é concordar com a barbárie!

Além disso, o desenvolvimento das liberdades e escolhas individuais das pessoas LGBTQIAP+ tem guarida na Constituição Federal de 1988 (CF/88), como pode se observar pelo estabelecimento da dignidade da pessoa humana como princípio básico da república (art. 1º, III da CF/88), da promoção do bem de *todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação* como um objetivo da República (art. 3º, IV da CF/88) e dos mandamentos constitucionais de criminalização de condutas preconceituosas e discriminatórias de direitos e liberdade individuais e de racismo (art. 5º, XLI e XLII da CF/88). Ademais, para além de uma perspectiva meramente jurídica, constitui pressuposto ético pensar na emancipação social de grupos minoritários vulneráveis, como são as pessoas LGBTQIAP+ atualmente.

Dito isso, a questão que se coloca neste ensaio, além de analisar o fato em si do preconceito generalizado cometido em face da comunidade LGBTQIAP+ e da omissão do Poder

Legislativo em estabelecer uma política pública penal de proteção à vida e à integridade física e psicológica destas pessoas, é investigar se a criminalização da homofobia e da transfobia como racismo poderia ter sido estabelecida pela via judicial, especialmente analisando o cabimento das ações constitucionais da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção para sanear efetivamente a omissão do Poder Legislativo no caso, compreender as possibilidades de sentenças interpretativas e aditivas na jurisdição constitucional e, por fim, questionar a lógica de prevenção geral pretendida pela criminalização da conduta de homofobia e transfobia como forma de salvaguarda dos direitos e liberdades individuais, hipótese que serviu de base para o conhecimento e provimento das ações, especialmente, sob as lentes do Direito Constitucional e não apenas da visão estrita do Direito Penal.

2. MANDADO DE INJUNÇÃO (MI) Nº 4733 E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ADO) Nº 26

2.1. Síntese das ações

A Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) ajuizou o Mandado de Injunção (MI) nº 4733/DF perante o Supremo Tribunal Federal (STF), sustentando ser necessária a criminalização específica da violência de gênero contra as pessoas LGBTQIAP+, eis que “o atual quadro de violência e discriminação contra a população LGBT tem tornado faticamente inviável o exercício dos direitos fundamentais à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero das pessoas LGBT em razão do alto grau de violência e discriminação contra elas perpetradas na atualidade”²⁰⁷.

Ajuizado contra o Congresso Nacional, no MI nº 4733/DF buscou-se “obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, por ser um pressuposto inerente à cidadania da população LGBTQIA+ na atualidade.

Os pedidos requeridos foram (i) o reconhecimento de que “a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito ontológico-constitucional de racismo” ou, subsidiariamente, que sejam entendidas como “discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais”; (ii) a declaração, com fundamento nos incisos XLI e XLII do artigo 5º da CF/88, de mora

²⁰⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI nº 4733/DF. Voto do Ministro Relator Edson Fachin. Plenário. J. 13/06/2019. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 15/05/2023.

inconstitucional do Congresso Nacional no alegado dever de editar legislação criminal que puna, de forma específica, a homofobia e a transfobia, “especialmente (mas não exclusivamente) a violência física, os discursos de ódio, os homicídios, a conduta de 'praticar, induzir e/ou incitar o preconceito e/ou a discriminação' por conta da orientação sexual ou da identidade de gênero, real ou suposta, da pessoa”. (iii) a fixação de prazo para que o Congresso venha a sanar a referida mora legislativa e (iv) que aplicasse de imediato a Lei nº 7716/89 (lei de crimes de racismo) enquanto lei específica não venha a ser editada pelo Congresso Nacional²⁰⁸.

Restando caracterizada a mora do Legislador em dispor sobre atos criminosos contra pessoas LGBTQIAP+ em virtude do seu gênero, adotando a chamada teoria concretista do mandado de injunção²⁰⁹, decidiu o STF por reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e determinar que, até que o parlamento venha a legislar a respeito, seja aplicada a Lei nº 7.716/89 para estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero²¹⁰.

Por outro lado, o Partido Popular Socialista (PPS) ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 entendendo que há mandamento de criminalização contra a homofobia e a transfobia tipificado no art. 5º, XLI e XLII da CF/88,

²⁰⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI nº 4733/DF. Rel. Min. Edson Fachin. Plenário. J. 13/06/2019. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 15/05/2023.

²⁰⁹ Para uma análise da adoção da teoria concretista do mandado de injunção, que é aquela em que, além de reconhecer a mora do parlamento em produzir a lei reguladora, a Corte Constitucional garante, efetivamente, a prática de direitos fundamentais obstaculizados pela mora parlamentar, veja-se MORAIS, Dalton Santos. A modificação da jurisprudência do STF sobre os efeitos do mandado de injunção no direito de greve dos servidores públicos. *In* Informativo de Direito Administrativo e LRF. Curitiba : Zênite. IDAF nº 82 maio/2008.

²¹⁰ “DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. DEVER DO ESTADO DE CRIMINALIZAR AS CONDUTAS ATENTATÓRIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. HOMOTRANSFOBIA. DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL. OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO JULGADO PROCEDENTE.

1. É atentatório ao Estado Democrático de Direito qualquer tipo de discriminação, inclusive a que se fundamenta na orientação sexual das pessoas ou em sua identidade de gênero.

2. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero e a orientação sexual.

3. À luz dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte, dessume-se da leitura do texto da Carta de 1988 um mandado constitucional de criminalização no que pertine a toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

4. A omissão legislativa em tipificar a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero ofende um sentido mínimo de justiça ao sinalizar que o sofrimento e a violência dirigida a pessoa gay, lésbica, bissexual, transgênera ou intersex é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade. A Constituição não autoriza tolerar o sofrimento que a discriminação impõe.

5. A discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, tal como qualquer forma de discriminação, é nefasta, porque retira das pessoas a justa expectativa de que tenham igual valor.

6. Mandado de injunção julgado procedente, para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.”

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI nº 4733/DF. *Op. Cit.*

questionando o partido autor que o Congresso Nacional, em sua inércia, tem exposto homossexuais, transgêneros e demais integrantes desse grupo a graves ofensas a seus direitos fundamentais ²¹¹.

Assim, a pretensão residia na interpretação conforme a CF/88 do art. 20 da Lei nº 7.716/89 para casos envolvendo homofobia e transfobia, por se tratar de conduta racista, abarcando conceito amplo definido pelo STF quando do julgamento do HC nº 82.424/RS ²¹², entendendo que o legislador teria realizado de maneira incompleta o que impõe o art. 5º, XLI e XLII da CF/88 ²¹³.

Requeru-se, subsidiariamente, que o STF tipificasse as condutas discriminatórias contra a comunidade LGBTQIAP+ caso não fosse aplicada a técnica da interpretação conforme a Constituição, tendo sido também realizado pedido de responsabilidade civil objetiva do Poder Público em face da mora legislativa. Quanto a estes últimos pedidos destacados, o STF foi unânime em rechaçar a possibilidade da Corte atribuir cominação legal por violação ao princípio da reserva legal, bem como de que cabe analisar, em ação direta, responsabilidade do Estado, por seu caráter objetivo.

O ministro relator Celso de Mello apresentou ampla argumentação do ponto de vista, histórico, filosófico e jurídico. Iniciou com questões terminológicas sobre sexualidade, gênero, orientação sexual, entre outros. Passou por uma análise histórica da colonização portuguesa, pelo quadro generalizado de violência contra gays, lésbicas e trans, pela análise da ADO como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, bem como apresentou possível solução para colmatação da lacuna legislativa por meio do reconhecimento da mora e da interpretação da Lei nº 7.716/89 conforme a CF/88 ²¹⁴.

Vale acrescentarmos que a liberdade religiosa foi analisada pela Corte, sendo o voto do relator seguido pela maioria para excluir qualquer interpretação que limite ou impeça que as

²¹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADO nº 26. Rel. Min. Celso Antônio Bandeira de Mello. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em 24/05/2023.

²¹² O julgado ficou conhecido como caso “Ellwanger” por ter como réu o editor Siegfried Ellwanger Castan. Sua editora publicou livros que contestavam o holocausto, bem como de conteúdo antisemitas. Fora denunciado por crime de racismo previsto no art. 20 da Lei 7.716/89. Foi absolvido na primeira instância, entretanto o Tribunal do Rio Grande do Sul reformou a sentença. Assim, o réu impetrou habeas corpus no STF. A tese central girava em torno da extinção da punibilidade por prescrição, vez que não poderia se falar em racismo, pois judeu não é raça, logo não teria cometido crime de racismo. O STF denegou a ordem, por oito votos a três, restando vencidos, ministros Moreira Alves (reitor), Marco Aurélio e Carlos Britto. Não se verificou uma uniformidade nas razões expostas pelos ministros, nem os que deferiram a medida nem os que indeferiram. Assim, como bem observa João Trindade “[...] não há necessariamente uma decisão da Corte, como órgão colegiado, mas sim a junção de várias vontades individuais dos Ministros”. CAVALCANTE FILHO, João Trindade. O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraiva. 2018. (Série IDP: Linha Pesquisa Acadêmica). p. 154.

²¹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADO nº 26. *Op. Cit.*

²¹⁴ *Ibidem.*

peças possam professar a sua fé, eis que, nas palavras do relator: “temas de caráter teológico ou concepções de índole filosófica – que busquem atribuir densidade teórica a ideias propagadas pelos seguidores de qualquer fé religiosa – estão, necessariamente, fora do alcance do poder censório do Estado”²¹⁵.

Em resumo, a ADO nº 26/DF foi julgada em conjunto com o MI nº 4733/DF, tendo o STF, em ambas as ações, reconhecido a omissão inconstitucional do Congresso Nacional em legislar sobre a criminalização das ações de discriminação motivada pela identidade de gênero de um indivíduo e fixado que, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, condutas homofóbicas contra pessoas LGBTQIAP+ sejam consideradas crimes de racismo, nos termos da Lei nº 7716/89, determinando-se pena de reclusão a quem cometa atos de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e/ou religião motivados pela orientação sexual e/ou identidade de gênero da vítima²¹⁶.

No intuito de desenvolver uma perspectiva crítica acerca dos julgados, importante repisarmos alguns conceitos básicos que rodeiam os institutos, essencialmente porque serão abordados ao longo deste artigo.

2.2. Semelhanças e diferenças entre a ADO e o MI: conceitos básicos

Os conceitos básicos são sempre indispensáveis para qualquer debate, de modo que vale iniciarmos por aquilo que é essencial em cada uma das ações julgadas pelo STF para criminalizar a homofobia e a transfobia.

O MI é uma garantia fundamental prevista no art. 5º, LXXI da CF/88 e será concedida, judicialmente, de forma individual ou coletiva, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Portanto, serve o mandado de injunção

²¹⁵ *Ibidem*.

²¹⁶ “A homofobia e a transfobia significam violência física ou psicológica contra uma pessoa, respectivamente em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero. (...) A Constituição, por sua vez, determina a edição, pelo Congresso nacional, de lei destinada a punir qualquer discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais. Como a lei criminalizando a homofobia jamais veio a ser editada pelo Poder Legislativo, o STF reconheceu a omissão existente e determinou que se aplicasse aos atos de homofobia e transfobia a lei que pune o racismo. BARROSO, Luís Roberto. Direitos LGBTI+ e uniões homoafetivas: o que vale a vida são nossos afetos. *In*. BARROSO, Luís Roberto. Sem data vênica: um olhar sobre o Brasil e o mundo. Rio de Janeiro: História real, 2020. p. 174.

para denunciar a inércia legislativa que venha a impedir o exercício de direitos e liberdade individuais ou prerrogativas ali enunciadas, bem como para assegurar o seu exercício ²¹⁷.

No tocante ao seu papel garantidor de direitos fundamentais dentro da jurisdição constitucional, o instrumento passou por algumas mudanças no que diz respeito à possibilidade de sua utilização para a efetivação de direitos. Inicialmente, ao MI se prestou apenas a declaração de inconstitucionalidade da mora legislativa, não cabendo ao Judiciário colmatar tal lacuna, sob o argumento de afronta ao princípio da separação dos poderes ²¹⁸, adotando-se assim uma posição não concretista ao instituto ²¹⁹.

Entretanto, tal posicionamento foi modificado em 2007, a partir do julgamento conjunto dos MI's 670, 708 e 712 ²²⁰, nos quais o STF tanto declarou a omissão inconstitucional quanto à edição da lei específica relativa ao direito de greve dos servidores públicos, como também decidiu sobre a tutela efetiva do direito de greve dos servidores públicos, determinando a aplicação por analogia da lei de greve sobre serviços essenciais da iniciativa privada (Lei nº 7.783/89) até que o Congresso editasse a lei específica reclamada pelo art. 37, VII da CF/88.

No referido julgamento, a Suprema Corte tornou efetivo o referido o art. 37, VII da CF/88, bem como o art. 5º, §1º CF/88, ao considerar os direitos fundamentais (princípios constitucionais) como normas imediatamente aplicáveis e determinar a observância do direito de greve dos servidores públicos, mesmo diante da ausência da lei necessária à sua regulação.

Desde então, o mandado de injunção tem sido utilizado na perspectiva concretista, inclusive com fundamento na própria Lei nº 13.300/16 ²²¹, eis que, atualmente, há previsão legal expressa na referida lei - art. 8º, II c/c art. 9º §1º - para permitir a concretização do direito

²¹⁷ Além da previsão constitucional, o instituto foi regulamentado pela Lei nº 13.300/16, sendo marcante e irônico o fato de que o Congresso Nacional demorou 28 (vinte e oito) anos para editar a lei que, teoricamente, tutelaria os direitos que fossem violados pela ausência normativa específica.

²¹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI nº 107. Rel. Min. Moreira Alves. J. 31/10/1990. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 15/05/2023.

²¹⁹ Marcelo Cattoni destaca que “[...] o Supremo Tribunal Federal, de início, praticamente esvaziou o instituto, ao reduzi-lo a sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, inviabilizando-o como garantia constitucional processual especial dos direitos e liberdades constitucionais [...]”. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Processo Constitucional. 3ª edição revista, e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 339.

²²⁰ A questão envolvia o direito de greve do servidor público previsto no art. 37, VII CF/88 que exige lei específica para tutelar o tema. O STF declarou a mora legislativa como inconstitucional e avançou na sua jurisprudência para conceder efeitos concretos para todos os servidores públicos. Restaram vencidos os ministros Marco Aurélio, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski que restringiam os efeitos à categoria representada por seu sindicato na ação. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI nº 670. Rel. Min. Maurício Côrrea. J. 25/07/2007. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 15/05/2023.

²²¹ Atualmente, há previsão legal expressa permitindo a concretização do direito inviabilizado por ausência normativa, podendo alcançar efeitos *ultra partes* ou *erga omnes* quando inerente ao exercício do direito. Nestes termos, o art. 8º, II c/c art. 9º §1º da Lei 13.300/16. Tal prescrição promove uma “objetivação” do controle difuso na via injuncional.

inviabilizado por ausência normativa, podendo, inclusive, a decisão judicial que garante o direito fundamental alcançar efeitos *ultra partes* ou *erga omnes* ²²².

Por sua vez, a ADO, conquanto representar instituto responsável para se denunciar a falta de efetividade das normas constitucionais, opera por lógica diferente do mandado de injunção. Prevista no art. 103, §2º ²²³ da CF/88 e nos artigos 12-A a 12-H da Lei nº 9.868/99, a ação está inserida no rol das ações diretas de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, com a ideia central de fiscalizar as omissões normativas imputáveis ao Poder Legislativo, na sua função típica de produzir atos primários, e ao Poder Executivo, na sua função de regulamentar a legislação primária.

Na sistemática das ações de controle concentrado e abstrato, como o caso da ADO, existem várias diferenças referentes às ações constitucionais de interesse subjetivo, tais como a legitimidade restritiva para o ajuizamento de ações diretas de controle, conforme fixado no art. 103 da CF/88; o objeto das ações não recaem sobre direitos subjetivos, mas sim sobre a constitucionalidade ou não da lei em tese – ou de sua ausência -, objetivando-se a proteção objetiva da Constituição contra os atos produzidos – ou não - pelo legislador; o processo e procedimento próprios, tal como previstos nas Leis nº 9.868/99 e 9.882/99 e os efeitos da decisão das decisões judiciais, os quais seriam declaratórios e, necessariamente, vinculantes aos demais órgãos do Poder Judiciário.

Aqui nesse último ponto reside diferença crucial entre o MI e a ADO: esta, em tese, tem apenas função declaratória, enquanto aquela permite solução jurídica concreta para o caso, sobretudo porque o mandado de injunção está no âmbito do controle concreto e difuso de

²²² Lei nº 13.300/2016:

“Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:

(...) II - *estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados* ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Art. 9º A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.

§ 1º *Poderá ser conferida eficácia ultra partes ou erga omnes à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.*” (grifei)

²²³ “Art. 103. (...) § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

constitucionalidade, enquanto a ação direta por omissão encontra-se no controle concentrado e abstrato ^{224 225}.

Veja-se, portanto, que os institutos estão inseridos dentro da perspectiva constitucional, guardando semelhanças e diferenças relevantes. São instrumentos importantes dentro da democracia brasileira, vez que buscam promover a efetividade da Constituição. Entretanto, por seu objeto envolver a conformação legislativa obrigatória, percebemos uma tensão entre Direito e Política, por consequência entre os limites e as possibilidades de atuação de cada instituição, Poder Judiciário e Poder Legislativo.

Neste contexto, o STF, por ser o órgão de cúpula do Poder Judiciário, bem como ser o “guardião” da Constituição, acaba por ser “locus” privilegiado para o debate dos temas mais complexos sobre a omissão da regulação necessária ao exercício dos direitos e liberdades fundamentais determinados pela CF/88.

3. HERMÊNUTICA CONSTITUCIONAL E A TENSÃO ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA

Constitucionalismo, democracia e controle de constitucionalidade têm sido temas cada vez mais atraentes para debates acadêmicos, bem como para os juristas de maneira em geral; e, por que não dizer, para a própria sociedade, sobretudo na concepção pluralista defendida por Peter Haberle ²²⁶.

Afirmamos isso na perspectiva de que o STF tem decidido questões não só meramente “técnicas” e estruturais do Estado, ou referentes à proteção do pacto federativo por meio da interpretação referente ao regime de competências, mas, principalmente, tem se debruçado sobre os temas mais sensíveis e relevantes para a vida cotidiana das pessoas ²²⁷.

²²⁴ “À vista da clara distinção entre os dois remédios, afigura-se fora de dúvida que a melhor inteligência do dispositivo constitucional (art. 5º, LXXI) e de seu real alcance está em ver no mandado de injunção um instrumento de tutela efetiva de direitos que, por não terem sido suficiente ou adequadamente regulamentados, careçam de um tratamento excepcional, qual seja: que o Judiciário supra a falta de regulamentação, criando a norma para o caso concreto, com efeitos limitados às partes do processo”. BARROSO, Luís Roberto. Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2016.

²²⁵ Vale destacarmos a reflexão de Marcelo Cattoni quando expõe que “a falta de norma regulamentadora, no mandado de injunção, é apenas uma preliminar de mérito e não objeto principal do processo, a regulamentação para o caso concreto do exercício do direito constitucional, como veremos. Desconsiderar essa diferença entre um e outro instituto leva, em última análise, à violação do princípio do contraditório, posto que uma decisão somente pode atingir alguém se esse tiver a garantia de participação em simétrica paridade no procedimento que prepara o provimento jurisdicional. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni *Op. Cit.* p. 342.

²²⁶ HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1997. Reimpressão 2002.

²²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum. 2018. p. 21/25.

Neste contexto, a CF/88 teve um papel fundamental no fortalecimento dos direitos fundamentais, eis que, antes da convocação da Constituinte de 1988, observávamos por aqui o fracasso na realização do Estado de Direito, ora justificado pela falta de seriedade em relação à Lei Fundamental, ora pela indiferença e distância entre o texto constitucional e a realidade presente na sociedade ²²⁸.

Afinal, a Carta agora vigente deixou de ser um mero ideário político e incorporou a si direitos fundamentais enquanto pressupostos básicos para a realização da liberdade e dignidade da pessoa humana; qualquer direito fundamental inscrito na CF/88, por mais principiológico que seu enunciado o seja, encerra um conteúdo normativo oponível ao Estado e à sociedade, não se tratando de um mero princípio ético, pois a Constituição não configura “apenas uma expressão de ser, mas sim um dever ser; ela significa muito mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas” ²²⁹.

Dentro desse novo cenário, iniciamos uma busca para efetivar as normais constitucionais que asseguram direitos fundamentais: o termo Estado de Direito foi perdendo força e sendo reinterpretado, diante dos princípios, regras e direitos inscritos na CF/88, passando-se então à figura do Estado Democrático Constitucional de Direito ^{230 231} que representa uma conquista jurídica civilizatória, “um paradigma, a partir do qual compreendemos o Direito” ²³².

Neste sentido, conforme já tivemos oportunidade de destacar, a Carta Magna passa a ser estruturada e composta não com meros valores abstratos, mas sim com normas jurídicas

²²⁸ *Ibidem*. p. 90.

²²⁹ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 15.

²³⁰ “Nota-se que a atribuição dessa função a órgãos contramajoritários é proposital, pois as garantias de independência política dos seus membros lhes assegurariam a imparcialidade necessária para zelar pela observância desses pressupostos materiais às democracias contemporâneas. Substituir-se-ia, assim, um conceito de democracia como regra da maioria – institucionalizado através da supremacia do Parlamento – pelo de uma ‘democracia constitucional’, na qual direitos das minorias são entrincheirados em uma lei superior, e zelados por tribunais insulados da política através da jurisdição constitucional.” BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2018, p.7.

²³¹ Questões relacionadas aos paradigmas filosóficos do positivismo jurídico, pós-positivismo ou neoconstitucionalismo não são objetivo deste artigo. Para tanto ver: TORRANO, Bruno. Democracia e respeito à Lei: entre positivismo jurídico e pós-positivismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. SARMENTO, Daniel; PEREIRA NETTO, Cláudio de Souza. Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2014; CARBONEL, Miguel (organizador). Neoconstitucionalismo(s). 1ª edição. Madrid: Trotta. 2003; BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015; STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 5ª edição, revista, modificada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014.

²³² STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11ª edição revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2014, p. 398.

dotadas de superioridade e ascendência não só formal, mas também material sobre todo o ordenamento jurídico ²³³.

E, a fim de proteger e concretizar as normas constitucionais de eventuais descumprimentos, seja por ação ou omissão dos poderes constituídos, diversas formas de controle foram desenvolvidas, com destaque para o protagonismo judicial assumido neste contexto.

São vários os fatores para tal expansão do Judiciário, mas que não tem como ser aqui desenvolvido, mas é importante que se diga, que assim o deva ser, não necessariamente porque o Poder Judiciário esteja sendo ativista, mas porque a concretização contemporânea de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, quando esteja o Legislativo inerte de modo inconstitucional, não decorre de uma postura mais ou menos protagonista do Judiciário e sim de um arranjo normativo que nós aceitamos e adotamos como o sendo mais adequado; afinal, como já se disse, se “o país decide reconhecer status constitucional a determinados direitos”, “a constituição é a lei maior do país” e “o papel dos juízes é aplicar o direito”, “os juízes atuarão na promoção dos direitos constitucionalmente estabelecidos quando os poderes políticos não o fizerem” ²³⁴.

Tanto assim o é, que a própria CF/88 estipulou os instrumentos processuais aptos a permitir que o STF declare a inconstitucionalidade da omissão do legislador em editar norma para a concretização da Constituição, bem como para garantir, de forma concreta, os direitos fundamentais obstaculizados por conta da postura omissa do legislador, conforme se verifica pela prescrição da ação direta de inconstitucionalidade por omissão no art. 103, § 2º e pelo mandado de injunção no art. 5º, LXXI e no art. 102, I, q), todos da CF/88, tal como já vimos anteriormente.

Mas, a partir dessa “nova” realidade, questões podem ser levantadas, tais como quais são os limites entre Direito e Política na contemporaneidade e quais parâmetros/padrões interpretativos devem ser impostos aos juízes constitucionais. Nestas questões, a hermenêutica ganha destaque, vez que condiciona o horizonte interpretativo do jurista que tem como objetivo concretizar o direito vigente, pois, como destaca Hesse, “a concretização pressupõe

²³³ MORAIS, Dalton Santos. Controle de constitucionalidade - exposições críticas à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, 2010, p. 32-33.

²³⁴ BERMAN, J.G. Ativismo judicial, judicialização da política e democracia. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais nº 10. Curitiba, 2009. p. 137/156.

compreensão do conteúdo da norma a concretizar, não podendo desvincular-se nem da “pré-compreensão” do intérprete nem do problema concreto a se resolver”²³⁵.

Neste sentido, não se pode desconsiderar a contribuição de Friedrich Muller a partir da sua Teoria Estruturante do Direito²³⁶: o autor alemão evidencia que o texto legal compreende apenas um programa normativo, abstrato e geral, mas a norma só surgiria depois de um processo de concretização que tenha por base as peculiaridades do caso, o que o autor define como âmbito normativo. Nessa seara, George Abboud sintetiza as ideias do autor dizendo que “o texto normativo é o *programa da norma*, representa o enunciado legal (...). A norma, por sua vez, é produto de um complexo processo concretizador em que são envolvidos o programa normativo e o âmbito normativo”²³⁷.

Tal base teórica se faz imprescindível para o presente trabalho, pois a técnica da interpretação conforme a Constituição, empregada pelo STF no julgamento das ações em destaque, aplica-se, justamente, na lógica de que o programa normativo pode apresentar múltiplos sentidos, cabendo ao julgador identificar o que se vislumbra mais compatível com os princípios da Carta Magna.

Nessa perspectiva, Hesse, a partir da metódica estruturante de Friedrich Muller, propõe que o intérprete esteja obrigado a incluir no seu “programa normativo”, e no seu âmbito normativo”, os elementos de concretização que lhe ministra a própria norma constitucional, vez que a interpretação constitucional tem caráter criativo²³⁸.

Ocorre que a dificuldade que se vislumbra é saber quais as barreiras que tais elementos de concretização impõem à decisão judicial. Trata-se de um paradoxo aparente para a hermenêutica constitucional que examinamos neste artigo, pois com a interpretação conforme na omissão inconstitucional busca-se “corrigir” o legislador se aproximando dos seus limites jurídico-funcionais, não havendo óbice hoje, segundo a jurisprudência do STF e o direito comparado de países como Alemanha e Itália, que possa uma Suprema Corte se utilizar das chamadas decisões manipulativas (aditivas e substitutivas) para tanto, conforme será demonstrado mais a frente neste artigo.

²³⁵ HESSE, Konrad. Temas fundamentais do Direito Constitucional. Textos selecionados e traduzidos por Carlos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 108.

²³⁶ MULLER, Friedrich. Teoria estruturante do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. MULLER, Friedrich. Métodos de trabalho de direito constitucional. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

²³⁷ ABOUD, Georges. Processo Constitucional Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 75/76.

²³⁸ HESSE, Konrad. Temas fundamentais do Direito Constitucional. *Op. Cit.* p. 108/111.

Nesse contexto, é importante abordarmos alguns pontos relevantes sobre as sentenças interpretativas e manipulativas, inclusive porque as mesmas têm sido muito necessárias à jurisdição constitucional atualmente realizada por Cortes Supremas.

3.1. Sentenças interpretativas: interpretação conforme a Constituição e declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto

Sobre o tema, não se pode desconsiderar a discussão doutrinária já enfrentada na doutrina estrangeira. Hesse ²³⁹, Canotilho ²⁴⁰, Rui Medeiros ²⁴¹ e Ricardo Guastini ²⁴² apresentam suas teses sobre o assunto, diferenciando-se em alguns detalhes, quanto à abrangência e limites da intervenção judicial no momento interpretativo. Quer dizer, as divergências operam-se no âmbito hermenêutico, nada que seja relevante para nossa exposição. Na doutrina pátria, destacamos a doutrina de Lenio Streck ²⁴³ e George Abboud ²⁴⁴, que, junto da doutrina de Hesse, serão referências para as abordagens aqui delineadas.

No âmbito das sentenças interpretativas ²⁴⁵ ²⁴⁶, temos a interpretação conforme a Constituição ²⁴⁷ e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto como as mais relevantes, caracterizando-se por serem decisões que emergem do processo hermenêutico do programa normativo, agregando-se acepções múltiplas de sentido.

A institucionalização da interpretação conforme a Constituição e da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto deu-se no Brasil por meio da Lei nº

²³⁹ *Ibidem*.

²⁴⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2001.

²⁴¹ MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade. Lisboa: Universidade Católica, 2000.

²⁴² GUASTINI, Ricardo. *La "constitucionalización" del ordenamento jurídico: el caso italiano*. In: CARBONELL, Miguel. Neconstitucionalismo(s). Madrid. Trotta. 2003. p, 45-79.

²⁴³ STRECK, Lenio Luiz. *Op. Cit.* p. 743-802.

²⁴⁴ ABOUD, Georges. *Op. Cit.* p. 285-300.

²⁴⁵ ABOUD, Georges. *Op. Cit.* p. 300-308. O autor diferencia sentenças interpretativas de sentenças manipulativas (aditivas e substitutivas). Estas seriam sentenças normativas, em que o Judiciário não se restringe ao texto jurídico analisado, estendendo e ampliando o seu programa normativo, tornando o julgador um legislador positivo, enquanto aquelas estariam ligadas à ideia das técnicas da interpretação conforme e declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, em que o julgador, ou identifica um dos sentidos possíveis do enunciado normativo, ou exclui certa interpretação por considera-la inconstitucional. O autor, baseado na doutrina portuguesa de Jorge Miranda, explica que há sentenças aditivas de integrativas. Nestas, interpreta-se a lei que possui preceitos insuficientes inconstitucionais, mas buscará apoio numa regra constitucional. Já nas sentenças aditivas o julgador formula uma regra, indiretamente. Sobre o tema, Streck faz uma pequena distinção entre os termos sentenças aditivas e manipulativas, mas que não afeta nossas conclusões para este trabalho. O autor sulista compreende sentenças manipulativas como decisões em que se opera substituição do texto impugnado por outra que esteja de acordo com a Constituição. Já nas sentenças aditivas, o texto permanece inalterado, criando-se uma norma, quer dizer, um sentido ampliativo para o programa normativo, entendendo que tal norma se infere do conteúdo da Constituição e que sua adição resulta como determinante para assegurar a sua constitucionalidade.

²⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Op. Cit.* p.763.

²⁴⁷ Georges Abboud expõe que a origem da interpretação conforme remonta ao contexto norte-americano no final do século XVIII, não obstante tenha ganhado relevo na jurisprudência alemã. ABOUD, Georges. *Op. Cit.* p. 286.

9.868/99²⁴⁸, mais especificamente em seu art. 28, parágrafo único. Assim, o Poder Legislativo brasileiro admite que o Poder Judiciário possa exercer uma atividade de adaptação e adição de sentido aos textos legislativos, superando-se a visão clássica de legislador negativo. São mecanismos para se cumprir a “função intervencionista” do Poder Judiciário, especialmente do STF^{249 250}.

Importante mencionarmos que tal intervenção se submete a limites jurídicos, principalmente a própria Constituição, especialmente ao paradigma do Estado Democrático de Direito e seu conjunto de princípios constitucionais. Essa é a atividade hermenêutica que se propõe contra arbitrariedades, pois o Juiz não decide livremente, sem observar os limites impostos pela própria Constituição^{251 252}, sob risco de enfraquecer a própria racionalidade constitucional²⁵³.

No tocante à declaração de inconstitucionalidade, conhecida também como sentença interpretativa de aceitação, o intérprete limita-se a declarar a inconstitucionalidade de uma das variantes de sentido do texto²⁵⁴, eis que, “na arguição de nulidade sem redução de texto (inconstitucionalidade parcial qualitativa), existe uma decisão de inconstitucionalidade sobre a norma e não sobre o texto normativo”²⁵⁵.

²⁴⁸ Art. 28. [...] Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

²⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Op. Cit.* p.744/747.

²⁵⁰ Hesse, em posição mais conservadora, vê com ressalvas tal intervenção judicial, sendo permitida somente nos casos em que não haja modificação das funções institucionais atribuídas a cada órgão. Nas palavras do autor “[...] vedada qualquer interpretação que restrinja a liberdade de conformação do legislador além dos limites estabelecidos pela Constituição [...]” HESSE, Konrad. *Op. Cit.* p. 115.

²⁵¹ Um dos autores do presente artigo, em produção anterior, estabeleceu-se alguns critérios passíveis de nortear e servir de limites à interpretação evolutiva da CF/88 pela jurisdição constitucional, a saber (i) a autocontenção judicial, ou como dizem os americanos o *judicial self-restraint*, (ii) a limitação da jurisdição constitucional pela própria Constituição que lhe cabe guardar, ou seja a vinculação constitucional, (iii) o respeito judicial à abertura do sistema de controle de constitucionalidade e (iv) a adequada fundamentação jurídica das decisões judiciais de controle de constitucionalidade. MORAIS, Dalton Santos. *Democracia e direitos fundamentais: propostas para uma jurisdição constitucional democrática. In Democracia e Constitucionalismo.* FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. (Org.). Salvador: Editora JusPodium, 2013. p. 161/188.

²⁵² “[...] as teorias do direito e da Constituição, preocupadas com a democracia e a concretização dos direitos fundamentais-sociais previstos constitucionalmente, necessitam de um conjunto de princípios que tenha nitidamente a função de estabelecer padrões hermenêuticos com o fito de: a) preservar a autonomia do direito; b) estabelecer condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional (*ratio final*, a imposição de limites às decisões judiciais – o problema da discricionariedade); c) garantir o respeito à integridade e à coerência do direito; d) estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental de juízes e tribunais; e) garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada.” STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto? Decido conforme minha consciência?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. 104/105.

²⁵³ HESSE, Konrad. *Op. Cit.* p. 117.

²⁵⁴ ABBOUD, Georges. *Op. Cit.* p. 297.

²⁵⁵ *Ibidem.* p. 298.

Anula-se uma das possíveis interpretações, mantendo-se o enunciado normativo no sistema, suprimindo o Judiciário uma fração do campo de incidência da norma, sem atingir-lhe o texto ²⁵⁶. Tal diferença se faz relevante, sobretudo quanto aos efeitos das decisões, vez que na declaração de inconstitucionalidade deve-se atribuir efeito vinculante e na interpretação conforme não, ainda que, no nosso ordenamento, o legislador não tenha feito tal distinção.

Por sua vez, no âmbito da interpretação conforme, a situação é diferente. Hesse explica que uma lei não deve ser declarada nula quando possa ser interpretada em consonância com a Constituição, com fulcro nos princípios da unidade e presunção de constitucionalidade, pois “se aquilo que se pretende com a interpretação conforme é manter, quanto possível, a validade da lei, então o princípio aparecerá, no seu aspecto jurídico-funcional” ²⁵⁷.

A legitimidade da interpretação conforme a Constituição estaria condicionada à existência de um espaço de interpretação pelo qual várias possibilidades interpretativas seriam admissíveis ²⁵⁸, havendo autores que, como Georges Abboud ²⁵⁹, a partir da doutrina italiana de Ricardo Guastini, denominam a interpretação conforme como sentença interpretativa de rechaço, cuja decisão implica em identificar, hermeneuticamente, qual norma (texto interpretado) é compatível com a Constituição.

A doutrina converge, portanto, para o entendimento de que, diante um texto legal plurissignificativo ²⁶⁰, o intérprete deve buscar o sentido que concilie com as exigências constitucionais ²⁶¹, não havendo declaração de inconstitucionalidade propriamente dita, eis que será mantida uma deferência ao legislador, o que importa em uma importante característica democrática deste instituto.

Tal técnica tem sido amplamente utilizada pelo STF, conforme se verifica pelos exemplos da ADI 4277 ²⁶², em que foi dada interpretação conforme ao art. 1723 do CC/02; da ADI 4815 ²⁶³

²⁵⁶ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETTO, Cláudio Pereira de. *Op. Cit.* p. 458-9.

²⁵⁷ HESSE, Konrad. *Op. Cit.* p. 118/120.

²⁵⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. Cit.* p. 1.151.

²⁵⁹ ABBOUD, Georges. *Op. Cit.* p. 297.

²⁶⁰ Enunciados legais produzidos pelo legislador, sabidamente, podem ter dificuldades linguísticas que impeçam a verificação imediata da norma e, por isso mesmo, precisem ser solucionadas pelo intérprete judicial. Como Hebert L.A. Hart já havia identificado, a lei positiva tem dificuldade em regular determinadas questões, devido a não rara imprecisão de textos normativos com certo grau de incerteza na sua determinação linguística, ou por pura imprecisão linguística ou por desconhecimento ou impossibilidade técnica do legislador regular todos os aspectos da realidade sobre a qual pretende estabelecer políticas públicas. HART, Hebert L.A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 161/176.

²⁶¹ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETTO, Cláudio Pereira de. *Op. Cit.* p. 457.

²⁶² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 3510/DF. Min. Rel. Carlos Ayres Britto. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em 26/05/2023.

²⁶³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 4815/DF. Min. Rel. Carmen Lúcia. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em 26/05/2023.

com a interpretação conforme dos artigos 20 e 21 do CC/02 e da ADPF 54 ²⁶⁴, na qual se deu interpretação conforme aos artigos 126 a 128 CP, não obstante esta decisão seja mais um caso de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto do que interpretação conforme ²⁶⁵.

Vale frisarmos que a utilização de tal técnica apresenta duas contradições em seus termos. Primeiro que, por evidente, toda interpretação deve ser conforme a Constituição, pois não se pode admitir que o poder constituído contrarie o poder constituinte. Segundo, se partimos da lógica de que todo texto legal se compreende por seu programa normativo que interage com circunstâncias e casuísticas (âmbito normativo). Por este prisma, todo processo hermenêutico é criativo, e, portanto, novas normas podem ser alcançadas a partir de novos contextos ²⁶⁶. Todavia, aceitando que determinados dispositivos legais apresentam maior clareza quanto ao seu programa normativo, o STF já deixou de aplicar a técnica da interpretação conforme a Constituição, justamente por não restar ambiguidade na norma impugnada, conforme se verificou na ADI 3510 ²⁶⁷ referente à constitucionalidade da Lei de Biossegurança.

Assim, a interpretação conforme a Constituição ganha relevo na contemporaneidade por atender ao limite de autocontenção do Judiciário, eis que, ao não declarar a inconstitucionalidade de um texto legal, passa-se a ideia de deferência e preservação da função legislativa atribuída, por evidente, ao Poder Legislativo.

Não à toa o STF tem o entendimento de que, em sede de ADI, “alegando-se na petição inicial a inconstitucionalidade de uma norma, a ação de inconstitucionalidade é julgada improcedente quando o Tribunal verifica que esta norma tem sentido conforme a Constituição” ²⁶⁸; mesmo para quem não tem maiores expertises processuais, é fácil perceber que, ao julgar improcedente uma ADI quando é possível aplicar a técnica de interpretação conforme a Constituição, o que a Suprema Corte está realizando é uma deferência ao legislador, deixando

²⁶⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF nº 54/DF. Min. Rel. Marco Aurélio. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em 26/05/2023.

²⁶⁵ Sobre a utilização indistinta pelo STF das referidas técnicas de decisão – interpretação conforme a Constituição e declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto –, que, apesar de similares, guardam fins distintos conforme aqui apontado, veja-se MORAIS, Dalton Santos. Interpretação conforme a Constituição e declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto: inadequação da equiparação das técnicas pelo Supremo Tribunal Federal. *In* Revista Científica da FAESA. v.4 n.1 jan./dez. 2008 Vitória: FAESA, 2008. p. 71/76.

²⁶⁶ Neste ponto, há uma impossibilidade de o intérprete reproduzir sentidos. O que ocorre no processo interpretativo é sempre uma produção de sentido. Toda atribuição de sentido se dá sobre o pano de fundo de pré-compreensões e de tradições interpretativas que constituem internamente o círculo hermenêutico da compreensão, quem se interpreta porque se compreendeu. Nesse sentido, veja-se STRECK, Lenio Luiz. *Op. Cit.* p. 752-3.

²⁶⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 3510/DF. *Op. Cit.*

²⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; Daniel Metidiero. Curso de Direito Constitucional. 6ª edição. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 1248.

de declarar a inconstitucionalidade da lei contestada, para se limitar-se a declarar a interpretação conforme a Constituição passível de extrair do texto legal.

3.2. Sentenças manipulativas aditivas

Além das sentenças interpretativas, temos as sentenças que, ainda sem extrapolar o campo interpretativo, modificam a norma extraída do texto legal, acrescentando-o ou substituindo-o. Aqui identificamos o fenômeno das sentenças manipulativas que se subdividem em aditivas e substitutivas. Trataremos sobre as sentenças aditivas por ser pertinente ao debate ora proposto.

Neste ínterim, o Poder Judiciário emite disposições normativas novas originadas como “paralegislator”²⁶⁹, pois as Cortes não se limitam a declarar a ilegitimidade das normas que lhe são submetidas, mas atua para modificar a norma extraída do texto legal, com intuito de adequá-lo à Constituição, sobretudo nos casos de inércia legislativa.

Neste contexto, as sentenças aditivas aparecem como possibilidades de correção daquilo que o Poder Legislativo deixou de contemplar. Ocorre, por exemplo, quando um segmento é excluído de certo benefício, reclamando-se por uma interpretação extensiva, a fim de introduzir este segmento na norma jurídica extraída a partir do texto legislativo, assim o tornando adequado à Constituição²⁷⁰.

Essa operação é mais perceptível nos casos de omissão parcial²⁷¹, muito comum na nossa jurisprudência²⁷² em discussões que envolvam a via do MI. Conquanto, parcela da doutrina entende que não se teria problema algum tal sentença ser proferida em ADO²⁷³.

Conforme será demonstrado, o caso da criminalização da homofobia realizada pelo STF no âmbito do MI nº 4733/DF e da ADO nº 26 pode ser analisado sob este prisma, pois é possível sustentar que o que o STF produziu foi uma sentença aditiva, acrescentando-se à lei dos crimes de racismo (Lei nº 7716/89) expressões inicialmente não contempladas pelo legislador, quais sejam as expressões “orientação sexual” e “identidade de gênero”.

Convém frisarmos que a sentença com efeito aditivo imprescinde de dois requisitos fundamentais para ser admitida: primeiro que seja antecedida de uma declaração de inconstitucionalidade; segundo, que a adição produzida pelo Poder Judiciário seja oriunda

²⁶⁹ ABBOUD, Georges. *Op. Cit.* p. 300/301.

²⁷⁰ ABBOUD, Georges. *Op. Cit.* p. 303.

²⁷¹ Aqui o ponto central diz respeito à lei que exclui do seu âmbito de incidência (programa normativo) determinada categoria, privando-a de um benefício, em violação ao princípio da isonomia determinado pela CF/88.

²⁷² Conforme se pode verificar pelo decidido pelo STF nos MI nº 670, 708, e712; no MI nº 758 e no MI nº 943.

²⁷³ BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Op. Cit.* p. 314.

diretamente do texto constitucional, ou melhor seja um efeito aditivo decorrente de hipótese constitucionalmente vinculada ²⁷⁴.

Após apresentarmos os conceitos jurídicos relevantes cabe agora uma reflexão mais concreta acerca da decisão proferida pelo STF. Assim, pretendemos analisar os aspectos técnico-jurídicos do caso já designados acima, sem, entretanto, desconsiderar todas as análises filosóficas, sociológicas e históricas de extrema valia para a solução para o problema objeto das ações a serem analisadas, essencialmente, no voto do ministro Celso de Mello. Estes argumentos validam toda a preocupação e orientação que se deve ter para o combate da homofobia e transfobia, pois evidenciam uma constituição social imbricada em preconceitos que têm levado a inúmeras violações de direitos, sendo demonstrado a seguir a importância da via judicial operar a criminalização dessas condutas.

4. A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E A INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO NA ANÁLISE CRÍTICAS DAS AÇÕES

Como já observamos acima, os argumentos vencedores no debate foram: (i) há um mandamento de criminalização previsto constitucionalmente; (ii) há omissão inconstitucional do legislador e (iii) deve-se considerar a homofobia e transfobia subsumida no conceito de racismo previsto na Lei 7.716/89, a partir da técnica de interpretação conforme a CF/88. Assim, analisaremos as questões pertinentes tanto à ADO nº 26/DF quanto ao MI nº 4733/DF em uma sequência de argumentos, que, considerando a responsabilidade científica dos autores, inicialmente levará a uma possível superação da correção da decisão da Suprema Corte, considerando os princípios básicos do direito penal brasileiro, mas que, posteriormente, será afastada considerando a necessária constitucionalização do direito penal imposta pela supremacia dos mandamentos constitucionais determinados pela CF/88.

4.1. A caracterização da omissão inconstitucional pelo STF não é superada pela aplicação da Lei nº 7.716/89

Sob uma perspectiva puramente penalista, seria possível afirmar que há aparentes contradições nos julgamentos em epígrafe feitos pela Suprema Corte brasileira. Partindo-se da premissa de que há um mandamento de punir que decorre da interpretação do art. 5º, XLI CF/88 ²⁷⁵, ainda que sobre a expressão “punir” há quem discorde que seria uma consequente

²⁷⁴ ABBOUD, Georges. *Op. Cit.* p. 311.

²⁷⁵ “Art. 5º. (...) XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

“criminalização”²⁷⁶, seria preciso refletir sobre o paradoxo da “omissão legislativa” no caso presente.

Quando se ajuíza uma ADO e/ou MI, o autor quer que seja declarada a mora do legislador infraconstitucional sobre determinado direito fundamental que estaria paralisado pela ausência normativa. Por evidente que, se houver a norma legal no ordenamento jurídico, não há que se falar na admissibilidade de tais ações, por inadequação da ação, à medida que não há omissão a suprir.

Assim, o STF, por maioria, decidiu pela declaração da omissão legislativa²⁷⁷ nas duas ações, ou seja, entenderam os ministros que não há lei que verse sobre a criminalização da homofobia/transfobia.

Nesse ponto, há quem entenda que aí há um paradoxo: se se entende que a lei não existe, e por isso há omissão legislativa, como aplicar a Lei nº 7.716/89 ao caso? Sustenta-se que, se o racismo contempla a definição de homofobia como foi apurado pela maioria da Corte, então não haveria que se falar em mora legislativa, pois o legislador já haveria criado o tipo penal respectivo. Isso, então, levaria ao não recebimento ou improcedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pois quando se julga a mora do Legislador, se reconhece que não há tipo penal vigente sobre o objeto da ação de inconstitucionalidade por omissão.

No entanto, este argumento é facilmente rebatível, à medida que a omissão do Legislador sobre a devida proteção das pessoas LBTQIA+ é um fato e não uma narrativa feita pelo STF, tendo a Suprema Corte brasileira apenas reconhecido tal fato. É que não há maiores dificuldades em se perceber que, em decorrência da histórica ausência e hoje ínfima representatividade de pessoas LBTQIAP+²⁷⁸ no Poder Legislativo e do avanço do

²⁷⁶ CLÉVE, Clemerson; SARLET, Ingo Wolfgang; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; STRECK, Lenio Luiz; PANSIERI, Flávio. Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>. Acesso em: 25/07/2020.

²⁷⁷ O ministro Marco Aurélio somente não conheceu do MI nº 4733/DF e no bojo da ADO nº 26/DF não reconheceu a mora legislativa. Os ministros Lewandowski e Toffoli reconheceram a mora legislativa, entretanto entenderam pela não aplicação da Lei nº 7.716/89 aos casos de homofobia/transfobia.

²⁷⁸ LBTQIAP+: a sigla refere-se a Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros, Queers, Assexuais, Pansexuais e Identidades Não Binárias.

conservadorismo religioso ²⁷⁹ no país, após a CF/88 não houve a aprovação de nenhuma lei ²⁸⁰ e poucos são os projetos de lei apresentados em benefício destas pessoas.

Sobre este último ponto, Dalton Santos Morais e Sayury Otoni, em recente pesquisa sobre pessoas trans ²⁸¹²⁸², informam que “Na Câmara dos Deputados, de 2017 até hoje, foram apresentados apenas 14 (quatorze) projetos de lei” ²⁸³ e “no Senado Federal, a situação é ainda

²⁷⁹ Ainda que relacionada especificamente sobre a reação do Poder Legislativo ao julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4.277/DF pelo STF, em que a Suprema Corte reconheceu a constitucionalidade da união estável homoafetiva, há uma ampla pesquisa sobre o *modus operandi* e as proposições legislativas então apresentadas, demonstrando que, até 2019, não havia ocorrido a aprovação de nenhum projeto de lei em ambas as casas do Congresso Nacional para regular o tema, sendo a existência de um impasse entre a representatividade de pessoas LBTQIAP+ e do *movimento evangélico* “dentro do Congresso Nacional tem gerado um movimento paralisante”, dando indícios da “impossibilidade de aprovação de lei contrários ou favoráveis à família homoafetiva”. BUZOLIN, Livia Gonçalves. Direito homoafetivo: criação e discussão nos Poderes Judiciário e Legislativo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 122.

²⁸⁰ “Sergio Gardenghi Suiama, Coordenador do Grupo de Trabalho “LGBTI: Proteção de Direitos”, da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, afirmou que o Brasil enfrenta um momento de retrocesso no que se refere ao reconhecimento e à reafirmação de direitos da população LGBTQIA+. Suiama reforçou que *desde a Constituição de 1988 o Parlamento brasileiro não aprovou nenhuma lei que tenha como objetivo proteger essa população* e que o Executivo vem se omitindo na formulação de políticas públicas e retrocedendo em áreas como a da saúde. “Desde 1988, infelizmente o único braço do Estado brasileiro que atua, ainda que de forma tímida, em defesa da população LGBTQIA+ é o Judiciário”, citando o reconhecimento da união estável, do respeito à identidade de gênero e a criminalização da homotransfobia.” (grifei) In Relatório anual de 2021 produzido pela Comissão de Direitos Humanos, Minorias e Igualdade Racial da Câmara de Deputados. *Op. Cit.* p. 64.

²⁸¹ MORAIS, Dalton Santos; OTONI, Sayury. A vida como ela é para as pessoas trans: a omissão do Poder Legislativo e o papel essencial do STF na efetivação de direitos trans nos 35 anos da CF/88. No prelo.

²⁸² Transgênero são pessoas que se identificam com um gênero diferente daquele que lhes foi atribuído ao nascimento. É um termo “guarda-chuva” que representa a diversidade trans, estando aí incluídos travestis, homens e mulheres trans, pessoas trans masculinas, não binárias e diversos outros. Apesar da pesquisa ser específica sobre pessoas trans, ela pode ser uma referência para a omissão do Poder Legislativo para dispor sobre políticas públicas para pessoas LBTQIAP, eis que as pessoas trans são a diversidade de gênero correspondente à letra “T” na referida sigla.

²⁸³ Segundo os autores, na pesquisa feita no site da Câmara dos Deputados, “foi possível detectar projetos de lei com os seguintes propostas: estabelecer atendimento de emergência a mulheres vítimas de violência a mulheres trans e travestis na mesma situação de violência; estipular reserva de vagas de emprego ou estágio para pessoas trans nas empresas privadas e no Sistema Nacional de Empregos; incluir na grade curricular escolar matéria relativa a gênero, focando na diversidade sexual, no respeito e na integração de pessoas trans e travestis ao ambiente escolar; criar de programa de apoio psicológico às mães e pais de pessoas trans e travestis no âmbito do SUS; estipular gratuidade de taxas para alteração administrativa de nome social em documentos, tais como passaporte, RG, CPF, dentre outros; alterar a Lei de Registros Públicos para garantir o direito à retificação e averbação gratuitas do nome civil e gênero autopercebido de pessoas travestis, transexuais, transgêneros e não-binárias; estabelecer o direito à autodeterminação da identidade de gênero e expressão de gênero e à proteção das características sexuais de cada pessoa, e dá outras providências; instituir Política Nacional de Emprego e Renda para a População Trans - TransCidadania, destinado à promoção da cidadania de travestis e transexuais em situação de vulnerabilidade social; alterar o Código Eleitoral para proibir a violência política eleitoral contra candidato pessoa trans; estabelecer regras e critérios para o registro de infrações penais para o registro de infrações penais e administrativas que possam ter sido motivadas por preconceito ou discriminação pelos órgãos de segurança pública e de saúde no território nacional; dispor sobre a proteção de pessoas em situação de violência baseada na orientação sexual, identidade de gênero, expressão de gênero ou características biológicas ou sexuais e alterar a Lei nº 7.716/89 (crimes de racismo) para incluir na referida legislação os crimes de discriminação ou preconceito de orientação sexual e/ou identidade de gênero. Os PL nº 1058/2023, PL nº 960/2023, PL nº 2415/2022, PL nº 2414/2022, PL nº 4281/2021, PL nº 3311/2021, PL nº 3213/2021, PL nº 2345/2021, PL nº 144/2021, PL nº 78/2021, PL nº 3667/2020, PL nº 3774/2019 e PL nº 7702/2017 tiveram como autores os deputados federais Erika Hilton (PSOL/SP), Duda Salabert (PDT/MG), Alexandre Frota (PSDB/SP), Vivi Reis (PSOL/PA), Natália Bonavides (PT/RN), David Miranda (PSOL/RJ), Natália Bonavides (PT/RN), Alexandre Padilha (PT/SP), Fernanda Melchionna (PSOL/RS), Sâmia Bomfim (PSOL/SP), Maria do Rosário (PT/RS) e Weverton Rocha

mais grave, eis que, de 2019 a 2023, foram apresentados apenas 8 (oito) projetos de lei”²⁸⁴ para regular temas essenciais a estas pessoas LGBTQIA+.

Segundo os autores, em ambas as pesquisas, foi possível constatar que, de tão vital a sua importância para as pessoas trans, um dos temas que acabou sendo julgados pelo STF, diante da omissão do Poder Legislativo, foi justamente a criminalização da homofobia e, consequentemente, da transfobia. Isso porque o projeto de lei que tratava sobre o assunto na Câmara dos Deputados, o PL nº 7702/2017 proposto pelo Deputado Federal Weverton Rocha (PDT/MA) para alterar a Lei 7.716/89 (crimes de racismo) e incluir na referida legislação os crimes de discriminação ou preconceito de orientação sexual e/ou identidade de gênero, estaria sem qualquer previsão de ser submetida à votação no Plenário da Casa²⁸⁵.

Sobre o mesmo tema, os mesmos autores também identificaram no Senado Federal o PL nº 860/2019 proposto pelo Senador Alessandro Vieira (Cidadania/SE), com o mesmo objetivo de alterar a Lei nº 7.716/89 (crimes de racismo)²⁸⁶, “sendo o mesmo, entretanto, uma proposição legislativa de deferência ao resultado do julgamento do STF sobre o mesmo tema, eis que ambos, tanto a proposição legislativa quanto o julgamento da Corte, são contemporâneos (2019)”²⁸⁷.

Sob o padrão jurisprudencial do STF de que “apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei

(PDT/MA), podendo ser consultados no site da Câmara dos Deputados.” MORAIS, Dalton Santos; OTONI, Sayury. *Op. Cit.*

²⁸⁴ Ainda segundo os autores, “no Senado Federal foi possível detectar projetos de lei com os seguintes propostas: dispor sobre as Casas de Acolhimento das Vítimas de Violência LGBTQIA+, institui política de reserva de cargos, em sociedades empresárias, para jovens acolhidos pelas Casas de Acolhimento das Vítimas de Violência LGBTQIA+, e altera a Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, para garantir aos jovens atendidos pelas Casas de Acolhimento das Vítimas de Violência LGBTQIA+ vagas nas instituições federais de ensino superior; estabelecer a obrigatoriedade do registro, na ocorrência policial, de que a infração penal tenha sido motivada por discriminação ou preconceito à identidade, expressão de gênero ou orientação sexual da vítima; alterar a Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, para instituir mecanismos de proteção à população LGBT+ encarcerada; alterar a Lei de Execução Penal para garantir direitos a pessoas transexuais e travestis no cumprimento de pena em estabelecimentos prisionais; alterar a Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) para garantir, de forma gratuita, a pessoas transgêneros o direito à retificação de seu prenome e sexo, e dá outras providências; tornar obrigatória política de inclusão mediante o estabelecimento de vagas suplementares para pessoas trans em programas de pós-graduação das Instituições Federais de Ensino Superior e alterar a Lei nº 7.716/89 (crimes de racismo) para incluir na referida legislação os crimes de discriminação ou preconceito de orientação sexual e/ou identidade de gênero. Os PL nº 1540/2022, PL nº 435/2022, PLC nº 150/2021, PL nº 3395/2021, PL nº 3394/2021, PL nº 5589/2020, PL nº 3434/2020 e PL 860/2019 de autoria dos Senadores Rogério Carvalho (PT/SE), Fabiano Contarato (PT/ES), Paulo Paim (PT/RS), Paulo Rocha (PT/PA), Humberto Costa (PT/PE), Zenaide Maia (PROS/RN) e Alessandro Vieira (Cidadania/SE) podem ser consultados no site do Senado Federal.” *Ibidem.*

²⁸⁵ *Ibidem.*

²⁸⁶ *Ibidem.*

²⁸⁷ “[...] quando a competência legislativa é exercida em resposta a uma movimentação do Poder Judiciário, a lei ordinária ou emenda constitucional terá o propósito ou de ser conforme a essa movimentação judicial (deferência) ou de não concordar com tal entendimento (reforma).” (grifamos) BUZOLIN, Lívia Gonçalves. *Op. Cit.* p. 129.

complementar em referência”²⁸⁸, a pesquisa acima apontada demonstra, efetivamente, que não houve a aprovação de nenhuma lei e poucos são os projetos de lei apresentados em benefício das pessoas LGBTQIAP+, restando, portanto, efetivamente caracterizada a omissão do Poder Legislativo em relação a esta minoria vulnerável da sociedade brasileira.

Outro ponto também importante para rebater o suposto paradoxo do reconhecimento de omissão legislativa, e conseqüente aplicação de tipo penal já previsto na Lei nº 7.716/89, decorre do fato de que, no papel atribuído a qualquer juiz, especialmente a Cortes Supremas como o STF, “o significado normativo não é prévio ao processo de interpretação”, eis que, na realização deste deve uma Suprema Corte impor “a outorga de sentido a textos e elementos não textuais da ordem jurídica”^{289 290}.

Nesse contexto, não se pode esperar de uma Suprema Corte que ela se limite apenas a declarar a literalidade de textos normativos como normas, mas que caiba a ela extrair a norma possível do texto normativo, de forma suficiente a regular condutas humanas; a uma, porque o tempo da proeminência do legislador e do juiz “boca da lei” está há muito tempo superado²⁹¹; a duas, porque, como já reconhecia Hebert L.A. Hart, muitas vezes o texto normativo não é suficiente para regular determinadas questões, devido (i) a não rara imprecisão de textos normativos com certo grau de incerteza na sua determinação linguística e (ii) ao desconhecimento ou impossibilidade técnica do legislador regular todos os aspectos da realidade sobre a qual pretende estabelecer políticas públicas²⁹².

²⁸⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 3.682. Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJe 05.09.2007. Citada no voto do Min. Rel. Edson Fachin no julgamento do MI 4733.

²⁸⁹ MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controla à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 95.

²⁹⁰ Prossegue o autor, reforçando que o “resultado da interpretação” de uma Corte Suprema, como o STF, “não é obtido por simples operações lógicas, mas decorre da individualização de sentidos possíveis, valorações e decisões entre os significados concorrentes que devem ser atribuídos aos significados linguísticos”. *Ibidem*.

²⁹¹ Sustenta François Ost que a situação de complexidade jurídica da sociedade contemporânea decorre do fato desta ter abandonado parcialmente as concepções de Estado liberal e do bem-estar social e, conseqüentemente, de ainda remanescerem na sociedade contemporânea os resquícios dos sistemas jurídicos praticados naquelas concepções de Estado, em que há enorme complexidade normativa demonstrada: a) pela multiplicidade de atores atuantes no sistema jurídico – Estado, através dos juízes, legisladores e administração; particulares; organizações comerciais, profissionais, dentre inúmeros outros atores que se constituem no que o autor chama de “usuários Del Derecho”; b) pela imbricação das funções jurídicas pelos diversos atores atuantes no sistema jurídico – administração adota em sua forma de atuar - processo administrativo – parâmetros típicos do procedimento judicial; a administração, e não raras vezes, o próprio Poder Judiciário participam da elaboração das leis – poder de iniciativa dos Poderes Executivos e Judiciário; as disposições legais de conceitos indeterminados necessariamente precisam da complementação regulamentar (da Administração); a delegação de poderes típicos do Poder Judiciário a outros poderes (CPI’s); c) pela multiplicação dos níveis de poder – perda do poder de direção pelo Estado, sendo necessário ao mesmo dialogar com os agentes sociais para a implementação de suas políticas, inclusive através da legislação. OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juez*. p. 184/185. Disponível em < <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/41790>>. Acesso em 26/06/2023.

²⁹² HART, Hebert L.A. O conceito de direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 161/176.

Aos pontos já detectados por Hart, some-se a falta de vontade político do Legislador em dispor sobre determinado tema que lhe custe capital político, tudo a corroborar que uma Suprema Corte pode extrair de textos normativos já existentes novas normas aptas a colmatar as lacunas legais decorrentes da resistência inconstitucional do Poder Legislativo em dispor sobre temas que não lhe sejam favoráveis politicamente; afinal, em um Estado democrático de direito com pilar em uma Constituição, o exercício do poder político somente é legítimo quando desempenhado com base nos direitos fundamentais, fins públicos e valores sociais tornados jurídicos pela Constituição, não podendo a política ser omissa, quando a Constituição lhe exige ação ²⁹³.

Por fim, há também quem sustente, especificamente quanto à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que esta ação não poderia ter sido recebida e ter seu mérito julgado em conjunto com um mandado de injunção, eis que a referida ação direta não se presta a resolver demanda concreta, visto que a causa de pedir e pedido são os mesmos: a declaração de mora legislativa.

Sustentou-se, assim, que avançar nessa forma de prestar jurisdição é perigoso para democracia, pois “essa é uma decisão que projeta o STF em novo patamar na difícil e tensionada relação entre os três poderes. O Supremo, em sede de ADO, formula a solução jurídica a viabilizar a aplicação da norma constitucional, como se estivesse julgando o MI” ²⁹⁴.

Com todo o respeito, mas a crítica nos parece sem sentido, diante dos avanços conferidos pela própria CF/88 e pelo legislador ordinário ao papel atualmente desempenhado pelo STF como uma Corte “cada vez mais constitucional” ²⁹⁵ e a evolução da própria jurisprudência do STF em dar cada vez mais efetividade não só ao mandado de injunção, como também a ação direta de inconstitucionalidade por omissão como instrumentos de saneamento de arbitrariedades cometidas pelo legislador por meio de sua omissão inconstitucional.

No primeiro ponto, é fato que desde o advento da CF/88 - quando se estabeleceu um sistema de controle de constitucionalidade baseado na proeminência do Poder Judiciário, estabelecendo-se o STF como guardião da Constituição -, tem havido um forte incremento da jurisdição constitucional como esfera de solução para os conflitos decorrentes da efetivação

²⁹³ A CF/88 instituiu um Estado democrático *constitucional* de direito, à medida que deixa expresso no seu art. 1º, parágrafo único que o poder político exercido pela democracia representativa será exercido, “*nos termos desta Constituição*”.

²⁹⁴ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Omissão normativa ou excesso institucional? Mais um dilema do Supremo. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-13/observatorio-constitucional-omissao-normativa-ou-excesso-institucional-dilema-stf>. Acesso em 25/07/2020.

²⁹⁵ ARAUJO, Luiz Henrique Diniz. Os efeitos do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão: a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal até a ADO nº 26/DF. Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Belo Horizonte, ano 21, n. 86. p. 131/155. OUT/DEZ/2021. p. 133.

concreta dos textos normativos dispostos pelo Legislador e os direitos fundamentais e princípios constitucionais que dão unidade ao ordenamento jurídico brasileiro.

E é importante que se diga que esse incremento se deu, primordialmente, por alterações promovidas na CF/88 pelo próprio legislador constituinte originário e por leis que empoderaram o STF. No âmbito do empoderamento constitucional do STF, cabe ressaltar a criação da ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, §º da CF/88) pela EC nº 03/1993 e da repercussão geral do recurso extraordinário (art. 102, §3º da CF/88) e da súmula vinculante (art. 103-A da CF/88) pela EC nº 45/2004, sendo esta última responsável por esvaziar, por completo, qualquer necessidade de ratificação do Senado Federal à declaração de inconstitucionalidade no controle difuso e concreto pelo STF para que esta produzisse efeitos *erga omnes* e vinculantes aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública em geral.

No campo do legislador ordinário, várias foram as leis produzidas no sentido de tornar as decisões do STF mais efetivas e vinculantes, flexibilizando a separação de poderes que foi tradicionalmente imaginada com um “caráter de repartição mecanicista e estanque de funções”²⁹⁶ estatais.

No âmbito do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, pode-se citar como maiores exemplos disso as Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99, que ao regularem o processo e o procedimento, respectivamente da ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e da arguição de descumprimento de preceito fundamental deram ao STF, dentre outros, os poderes de (i) adotar técnicas de julgamento aptas a extrair a melhor interpretação possível do enunciado normativo, sem a sua supressão do ordenamento jurídico (art. 28, parágrafo único da Lei nº 9.868/99), (ii) afastar a aplicação de ato normativo ou concreto do Poder Público que atente contra preceito fundamental da Constituição, inclusive os atos municipais e anteriores à CF/88 e (iii) modular temporalmente a eficácia de suas próprias decisões, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social verificadas pela própria Corte (art. 27 da lei nº 9.882/99 e art. 11 da lei nº 9.882/99).

Já no controle concreto e difuso de constitucionalidade, várias foram as disposições prescritas pelo legislador com a finalidade de empoderar o STF na sua função de guardião da CF/88, tendo-se dotado a Corte do poder de restringir o acesso de processos a seu julgamento (art. 1.035 do CPC/2015) e atribuído caráter vinculante a algumas das decisões do STF em

²⁹⁶ *Ibidem*.

relação aos demais órgãos do Poder Judiciário (artigos 927, III e IV e 1.040, III do CPC/2015) e até mesmo em relação à Administração Pública (art. 2º da Lei nº 11.417/2006 e art. 927, II do CPC/2015).

Nesse espectro de empoderamento do STF, nada mais natural que a jurisprudência da Corte tenha evoluído para tornar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção instrumentos mais efetivos para o saneamento das omissões inconstitucionais e arbitrárias do legislador que impeçam o exercício de direitos e liberdades constitucionais. Em relação ao mandado de injunção, após a evolução da jurisprudência do STF para adotar a teoria concretista no julgamento dos MIs 670, 708 e 712 ²⁹⁷, em que se viabilizou concretamente o exercício do direito de greve dos servidores públicos, aplicando à esfera pública a lei de greve dos trabalhadores privados (Lei nº 7.783/89) ²⁹⁸, houve uma deferência legislativa à Suprema Corte por meio da edição da Lei nº 13.300/2006, que, ao regular o processo e o procedimento do mandado de injunção, permite ao STF sanear omissões inconstitucionais, inclusive com eficácia *erga omnes* (art. 9º, § 1º da Lei nº 13.300/2006).

Na esteira do processo evolutivo do STF para viabilizar-se, especialmente, o exercício de direitos constitucionais não regulados pelo legislador, o julgamento da ADO nº 26/DF mostra-se como um novo marco evolutivo no sentido da Corte colmatar lacunas legais inconstitucionais por meio de sentenças aditivas, quando as medidas tradicionais de reconhecimento da mora legislativa e cientificação do Congresso Nacional para que adote, em prazo razoável, as medidas legislativas necessárias à efetivação da norma constitucional (art. 12-H, *caput da* Lei nº 9.868/99) e, em caso de omissão parcial, a preservação do diploma normativo, com a declaração de sua inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (artigo 27 da Lei nº 9.868/99) não funcionem ou sejam insuficientes para permitir que os jurisdicionados possam exercer seus direitos fundamentais. ²⁹⁹

É que, segundo Luiz Henrique Diniz Araujo, no julgamento da ADO nº 26/DF, “apesar de o Supremo, no caso, ter expressamente adotado a técnica da interpretação conforme à Constituição, o resultado sob julgamento conduz à criminalização de novas condutas”, o que representa “mais um passo na linha evolutiva de sua jurisprudência em relação a omissões inconstitucionais e sua correção pela via da ação direta” ³⁰⁰.

²⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. MI nº 670. Relator Ministro Maurício Corrêa. J. 25.10.2007. *DJ* 30.10.2008.

²⁹⁸ MORAIS, Dalton Santos. *Op. Cit.* A modificação da jurisprudência do STF sobre os efeitos do mandado de injunção no direito de greve dos servidores públicos.

²⁹⁹ ARAUJO, Luiz Henrique Diniz. *Op. Cit.* p. 147.

³⁰⁰ *Ibidem.* p. 151.

A par das críticas opostas a tal postura evolutiva do STF, fato é que a atuação mais contundente do STF, como verdadeira Corte Constitucional nos últimos tempos, não é um arroubo unilateral e pretoriano advindo de uma suposta conduta ativista da Corte, mas encontra legitimidade no movimento do próprio legislador em atribuir à Corte o papel de principal e último árbitro na interpretação do direito constitucional brasileiro e, portanto, de cocriador do Direito, à medida que, parafraseando Ferdinand Lassale, sem a aplicação dos textos normativos pelo Poder Judiciário, as leis e a Constituição nada mais são do que meras folhas de papel ³⁰¹.

Assim, muito longe das críticas a um suposto arroubo autoritário do STF no julgamento do MI nº 4733/DF e da ADO nº 26/DF, há que se considerar que, nesse ambiente normativo de empoderamento do STF como uma efetiva Suprema Corte Constitucional, inclusive pelo próprio legislador constituinte e ordinário, o Supremo não se substitui ao legislador, mas colabora estritamente com este para a efetividade da Constituição e para a própria criação do direito vigente.

Criticar o STF, sob uma argumentação de desobediência da Corte à tradicional concepção da separação de poderes, é desconsiderar que a jurisdição precisa evoluir à medida que as sociedades evoluem e que uma das principais funções de uma Suprema Corte é “desenvolver o Direito diante das novas necessidades sociais, outorgando adequada solução para questões jurídicas novas” ³⁰².

Nesse contexto, se a sociedade contemporânea é caracterizada pelo risco, pela incerteza do porvir, pela instabilidade e pela indeterminação lógica e temporal ³⁰³, nada mais natural que haja uma postura mais conectada com os novos problemas sociais por parte do STF, como órgão de cúpula do Poder Judiciário, eis que este deve sempre que possível, buscar ser criativo e comprometido com a justiça social, especialmente porque “uma sentença, como toda a atividade jurisdicional, não pode ser aceita como simples produto de um pensamento mecanicista, devendo ser sim, fruto de um juízo valorativo que representa uma função global e unitária em que os vários aspectos inerentes à sociedade se solidarizam” ³⁰⁴.

Para afastar de vez a crítica de que, com a decisão proferida na ADO nº 26/DF, o STF estaria tensionando a relação entre os três poderes, quando o que a Suprema Corte fez foi sanar

³⁰¹ LASSALE, Ferdinand. A essência da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

³⁰² MITIDIERO, Daniel. *Op. Cit.* p. 79.

³⁰³ DUARTE, Francisco Carlos. Tempo e decisão na sociedade de risco: um estudo de direito comparado. p. 107. Revista de processo nº 148 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 99/110

³⁰⁴ MORAIS, Dalton Santos. A atuação judicial criativa nas sociedades complexas e pluralistas contemporâneas sob parâmetros jurídico-constitucionais. Revista de Processo. São Paulo, n. 180, FEV/2010.

uma grave omissão inconstitucional que afeta um minoria absolutamente vulnerável da sociedade brasileira ³⁰⁵, importante lembrar as palavras do saudoso ex-Ministro do STF Sepúlveda Pertence, quando ao se referir a si próprio e a seus colegas juízes da Suprema Corte brasileira disse: “somos brasileiros de classe média, em determinado tempo e situação”, sendo “inequívoco que todo esse condicionamento, no tempo e no espaço, influi muitas vezes até inconscientemente”, pois “a verdade é que o juiz é um homem, enquanto cidadão, com crenças, convicções, tendências conscientes e inconscientes. Muitas vezes está inteiro dentro de uma decisão. Então é óbvio que não se julga na lua” ³⁰⁶.

4.2. A ausência de usurpação dos limites da interpretação conforme à Constituição pelo STF e o uso de sentenças aditivas por Supremas Cortes no direito comparado e no Brasil

Ao concluir pela omissão inconstitucional do legislador no âmbito do julgamento conjunto do MI nº 4733/DF e da ADO nº 26/DF, o STF expõe ter aplicado a técnica de decisão chamada “interpretação conforme a Constituição”, o que gerou um certo desconforto teórico entre certos autores, sob o argumento de que tal técnica é aplicada quando existente legislação a ser interpretada: quer dizer, a interpretação conforme a Constituição se aplica para proteger determinada lei que se encontra ameaçada por suposto vício de inconstitucionalidade. Todavia, não há lei que tipifique a conduta de homofobia/transfobia como crime. Se não há lei, a interpretação conforme não poderia ser aplicada.

Fato é que, sob o argumento de ter procedido a uma interpretação conforme da Lei nº 7716/89 à CF/88, o que, de fato, fez a Suprema Corte no julgamento conjunto do MI nº 4733/DF e da ADO nº 26/DF foi, diante de uma inconstitucionalidade parcial, proceder a uma declaração de inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, tal como, inclusive, resta autorizado pelo art. 27 da Lei nº 9.868/99 ³⁰⁷.

Tal equiparação da interpretação conforme à Constituição em relação à declaração de inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, entretanto, não é uma questão apta a descredenciar a legitimidade e correção da decisão proferida pela Suprema Corte no MI nº 4733/DF e da ADO nº 26/DF: primeiro, porque, de fato, há muito tempo que a Suprema Corte

³⁰⁵ Sustenta-se que a decisão tomada pelo STF na ADO nº 26/DF “parece estar em linha de evolução o entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação aos efeitos da ADO quando se trata de omissão legislativa parcial, mormente em caso de grave violação a normas constitucionais materiais, como as que protegem a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III) e o direito à não discriminação (artigo 5º, *caput*)”. ARAUJO, Luiz Henrique Diniz. *Op. Cit.* p. 151.

³⁰⁶ FALCÃO, Joaquim. O Supremo. Rio de Janeiro, FGV, 2015. P. 78/79.

³⁰⁷ ARAUJO, Luiz Henrique Diniz. *Op. Cit.* p. 147/148.

incorre na equiparação da técnica de interpretação conforme com outras técnicas de decisão adotadas no controle de constitucionalidade, como por exemplo a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto^{308 309}.

Segundo, porque o STF deu-se sim interpretação conforme à Lei nº 7716/89, ao reconhecer que atos que atentam contra a vida e a integridade física e psicológica de pessoas LGBTQIAP+, por tratamento preconceituoso, excludente e discriminatório, podem ser considerados como racismo em sua dimensão social e que, na falta de legislação específica a ser produzida pelo Congresso Nacional, deveria a lei dos crimes de racismo ser aplicada para reprimir penalmente tais atos criminosos.

Neste sentido, basta esquematizar-se o que restou decidido pelo STF na ADO nº 26/DF: inicialmente, o STF reconheceu a mora do legislador em editar lei específica para regular atos criminosos atentatórios à dignidade das pessoas LGBTQIAP+; a seguir, reconheceu a Corte que atos que atentam contra a vida e a integridade física e psicológica de pessoas LGBTQIAP+, por tratamento preconceituoso, excludente e discriminatório, são atos delituosos passíveis de repressão penal por efeito dos mandamentos constitucionais de criminalização previstos no art. 5º, XLI e XLII da CF/88; a seguir, entendeu a Corte que tais atos delituosos podem ser considerados como racismo em sua dimensão social e, exatamente por isto, até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar *os mandados de criminalização* definidos na CF/88, “as condutas *homofóbicas e transfóbicas*, reais ou supostas, que envolvem *aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero* de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este *em sua dimensão social*, ajustam-se, *por identidade de razão e mediante adequação típica*, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, *também*, na hipótese de homicídio doloso, *circunstância*

³⁰⁸ Para maiores especificações de cada uma das técnicas de decisão, bem como para demonstração da equiparação de ambas as técnicas de decisão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, veja MORAIS, Dalton Santos. Interpretação conforme a Constituição e declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto: inadequação da equiparação das técnicas pelo Supremo Tribunal Federal. *In Revista Científica da FAESA*. v.4 n.1 jan./dez. 2008 Vitória: FAESA, 2008. p. 71/76.

³⁰⁹ No referido manuscrito, inclusive sustentamos que não faltariam motivos para que o Supremo Tribunal Federal usasse de forma indistinta técnicas de decisão distintas, eis que “ambos os institutos guardam fundamento no princípio da supremacia da Constituição, segundo o qual, as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas à luz do Texto Constitucional, e no princípio da presunção de constitucionalidade das leis, pelo qual não se pode esperar que o legislador tenha a pretensão de editar atos normativos contrários à Constituição” e “tanto um como outro instituto têm como limites a expressão literal do texto impugnado e os fins sociais que levaram à edição do ato normativo. Ou seja, tanto a técnica da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto, como a da interpretação conforme a Constituição não podem dar origem a uma nova lei que não corresponda às concepções que inspiraram a sua edição”. *Ibidem*.

que o qualifica, por configurar *motivo torpe* (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “*in fine*”)”³¹⁰. (grifos no original)

Quanto à crítica de que teria o STF se utilizado de sentença aditiva no julgamento do ADO nº 26/DF, importante mencionar que não se trata da primeira vez que o STF se utiliza desse tipo de sentença de controle de constitucionalidade e que o uso da mesma pela nossa Suprema Corte encontra guarida no direito constitucional comparado.

No âmbito do direito comparado, a omissão inconstitucional representa um grave vício à efetividade de uma Constituição, tendo sido, inclusive, utilizada por regimes de exceção para a sua “legitimação constitucional”³¹¹, hipótese em que a doutrina contemporânea pela efetividade da Constituição reconhece que a inconstitucionalidade pode decorrer tanto de uma ação, como de uma omissão em implantar as determinações das escolhas políticas feita pela própria sociedade, através do poder constituinte originário.

Tal constatação deu-se primeiro na Alemanha e, atualmente, é, inclusive, conhecida por nossos vizinhos platinos, pois, segundo German J. Bidart Campos, “*Asi como normalmente se acusa la inconstitucionalidade cuando se transgrede la constitución porque se hace algo que ella prohíbe, hay que rescatar la noción importantísima de que también hay inconstitucionalidad cuando no se hace lo que ella manda hacer. Esta omisión es inconstitucional, y a la figura la llamamos inconstitucionalidad por omisión.*”³¹²

Nesse contexto da gravidade da omissão do legislador para regular mandamentos constitucionais obrigatórios, percebeu-se, na Alemanha, que era imperioso o desenvolvimento de técnicas de decisão que se afigurassem adequadas a eliminar essa peculiar forma de afronta à Constituição, sem violentar a própria sistemática constitucional consagrada na Lei Fundamental de Bonn de 1949.

³¹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADO nº 26. *Op. Cit.*

³¹¹ Ensina Eduardo Garcia de Enterría, citado por Zeno Veloso, que a omissão inconstitucional já foi utilizada, inclusive, como técnica de controle de poder pelo regime autoritário franquista na Espanha através da edição de Constituição com vasta descrição de direitos, integralmente condicionada à edição de leis integradoras. Portanto, de ver-se que a omissão inconstitucional representa um grave vício à efetividade de uma Constituição, podendo até mesmo, como ensinado anteriormente, ser utilizada por regimes de exceção para a sua “legitimação constitucional”. VELOSO, Zeno. Controle jurisdicional de constitucionalidade. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 248.

³¹² CAMPOS, German J. Bidart. *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1987. p.99

Assim, a par de posicionamento tradicional de preponderância absoluta do princípio da separação de poderes ³¹³, o próprio Tribunal Constitucional Federal alemão ³¹⁴, passou a utilizar-se de técnicas que pudessem, efetivamente, sanar a omissão inconstitucional, dentre as quais se sobressai a prática de assinalação de prazo para o saneamento da lacuna legislativa, sob pena de concretização direta do dispositivo constitucional pela própria Corte.

Outro exemplo de técnica de decisão utilizada para sanar efetivamente a omissão legislativa, desta vez empregada pela Corte Constitucional italiana, tal como informa Roger Stiefelmann Leal, é a chamada sentença aditiva, através da qual se realiza suplementação legislativa para sanear a lacuna legislativa. Ou seja, *o órgão de jurisdição constitucional declara a inconstitucionalidade da lei na “parte em que não” estabelece determinada medida – que constitucionalmente deveria estabelecer – e supre a omissão legislativa parcial, enunciando o critério normativo exigido*.³¹⁵

Por fim, ressalte-se que diversos autores entendem que as chamadas sentenças substitutivas, típicas da Corte Constitucional italiana, enquadram-se no controle de constitucionalidade por omissão, pois através de tais decisões a Corte Constitucional não só declararia a inconstitucionalidade da norma, como também a complementaria para torná-la adequada à Constituição.

Seguindo um padrão semelhante ao que já fizeram as Cortes Constitucionais alemão e italiana, tem o STF tentado encontrar maneiras de sanear de forma efetiva as omissões inconstitucionais graves do Poder Legislativo brasileiro, tendo usado, ao longo dessa busca, as técnicas já empregadas na Alemanha e na Itália.

A prática de assinalação de prazo para o saneamento da lacuna legislativa, sob pena de concretização direta do dispositivo constitucional pela própria Corte Constitucional, foi utilizada pelo STF em mandados de injunção, *v.g.*, no relativo à imunidade tributária prevista no art. 195, § 7º da Constituição, onde a Corte fixou o prazo de 06 (seis) meses para a fixação legislativa dos requisitos legais para o reconhecimento e formalização da referida imunidade, sob pena de passar a concretizar, diretamente, o referido dispositivo constitucional.³¹⁶

³¹³ Atualmente, este princípio já não detém a natureza absoluta da época de seu auge, a Revolução Francesa, já que, hoje, tal princípio é interpretado como um meio para o alcance do exercício adequado do poder estatal e não como um fim em si mesmo.

³¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: aspectos políticos e jurídicos. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 59

³¹⁵ LEAL, Roger Stiefelmann. O efeito vinculante da jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 86/89.

³¹⁶ **“Mandado de injunção. - Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par. 7. do artigo 195 da Constituição Federal. - Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote**

Já as chamadas “sentenças aditivas”, normalmente empregadas em casos de inconstitucionalidade parcial, decorrente do fato do preceito legal abarcar apenas um determinado grupo de todo o contingente, que deveria ser submetido à disposição normativa, em violação ao princípio da igualdade, foi utilizada pelo STF, por exemplo, em controle concreto e difuso de disposição legal que concedia aumento geral de vencimentos a servidores militares, mas excluía os servidores civis. Em tal caso, a Corte supriu a lacuna da norma atribuindo, também, a estes servidores o índice de aumento conferido aos servidores militares ³¹⁷.

Por fim, no que tange às chamadas “sentenças substitutivas”, como visto típicas da Corte Constitucional italiana, propugna Roger Stiefelmann Leal tratar-se de tal tipo de decisão a proferida pelo STF na declaração de inconstitucionalidade de norma estadual que vinculava a destituição de conselheiro de autarquia estadual à autorização da Assembléia Legislativa, por violação ao princípio da separação de poderes inscrito no art. 2º da CF/88. Para o autor, o fato de o STF ter vinculado a possibilidade de destituição pelo Poder Executivo, sem a autorização da Assembléia Legislativa, ao critério de *justo motivo* não previsto na disposição legal impugnada, significaria uma complementação da norma no que toca a não fixação de critérios para a referida destituição ³¹⁸.

Veja-se, portanto, que a utilização de sentenças aditivas e substitutivas pelo Supremo Tribunal Federal encontra legitimidade no grave perigo que certas omissões legislativas representam para a efetividade e sobrevivência da Constituição e na jurisprudência de outras Cortes Constitucionais, como as alemã e italiana, e, por fim, não é nenhuma novidade na jurisprudência de nossa Suprema Corte.

Inclusive, nesse sentido, reconheceu o próprio relator da ADO nº 26/DF, o Ministro Celso de Mello quando asseverou que “a partir da experiência do direito alemão sobre a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade (tendo em vista especialmente as omissões legislativas parciais), e das sentenças aditivas no direito italiano, considerou-se que, no caso do direito de greve dos servidores públicos civis, estar-se-ia diante de hipótese em que há omissão constitucional que reclama uma solução diferenciada” e que, a partir das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos dos Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712, passou nossa Suprema Corte a aceitar “a possibilidade de uma regulação provisória pelo

ele as providencias legislativas que se impoem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par. 7., da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI 232 Pleno. Rel. Min. Moreira Alves j. 02/08/1991 Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 07/04/2023.

³¹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RMS 22307/DF. Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio j. 19/02/1997. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 07/04/2023.

³¹⁸ LEAL, Roger Stiefelmann. *Op. cit.* p. 90/91.

próprio Judiciário, uma espécie de sentença aditiva, se se utilizar a denominação do direito italiano”³¹⁹.

Inclusive, reforçou a legitimidade da sentença aditiva na própria conduta do legislador de reconhecer a importância de condutas efetivas da Suprema Corte para saneamento de omissões inconstitucionais graves, eis que, ao promulgar a Lei nº 13.300/2016, previu-se que “*poderá ser conferida eficácia ultra partes ou erga omnes à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, liberdade ou prerrogativa objeto da impetração*”³²⁰.

Portanto, mesmo que o que se extraia do julgamento do STF no julgamento da ADO nº 26/DF não seja meramente uma atividade interpretativa, mas sim uma sentença aditiva, a esta decisão não lhe falta legitimidade tanto porque a mesma é usada na jurisprudência de outras Cortes Constitucionais, como as alemã e italiana, porque sua utilização por aqui não é nenhuma novidade na jurisprudência de nossa Suprema Corte e, por fim, o próprio Legislador confere legitimidade à utilização de sentenças aditivas pela STF em caso de omissão parcial, a teor do disposto no art. 9º, §1º da Lei nº 13.300/2016.

Assim, se o combate à discriminação e a práticas odiosas se constitui objetivo da República brasileira e se se encontra inserido em mandamentos constitucionais de criminalização, a teor do disposto no art. 5º, XLI e XLII da CF/88, não se pode esperar que os atos criminosos contra pessoas LGBTQIAP+ sejam perseguidos penalmente apenas ao livre alvedrio e arbítrio do legislador, porque a persecução penal de tais atos é uma exigência da CF/88 e esta deva ser concretizada, nem que o seja por meio da interpretação evolutiva natural à jurisprudência de uma Corte Constitucional, pois para esta a Constituição não é um documento estático, mas sim uma norma fundamental que deve ser interpretada, considerando-se de um lado a própria jurisprudência da Corte Constitucional e, de outro, as necessidades do presente e os desafios do futuro.³²¹

4.3.A inexistência de afronta ao princípio da legalidade penal: o crime de homofobia ou transfobia devidamente tipificado na Lei nº 7.716/89

Tem-se sustentado que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no MI nº 4733/DF e da ADO nº 26/DF violaria o princípio da legalidade penal, segundo o qual o Estado

³¹⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADO nº 26. *Op. Cit.* p. 23.

³²⁰ Nesse contexto, para o Ministro relator da ADO nº 26/DF, “é absolutamente compatível com o ordenamento constitucional brasileiro a adoção de sentenças de perfil concretizador e aditivo, seja com fundamento na jurisprudência constitucional desta Corte, seja com arrimo na própria Lei 13.300, de 2016, que regulamentou o mandado de injunção”. *Ibidem*.

³²¹ ARAUJO, Luiz Henrique Diniz. *Op. Cit.* p. 151.

não pode aplicar sanção penal sem lei anterior que defina o crime, bem como sem prévia cominação legal (art. 5º, II e XXXIX CF/88) ³²².

Segundo tais defensores da tese da violação ao princípio da legalidade estrita pelo STF, a Lei nº 7.716/89 não tem como uma das suas hipóteses para configuração de racismo a conduta direcionada à orientação sexual ou identidade de gênero, portanto, não se pode acrescentar condutas por interpretação judicial, por ferir os princípios da legalidade/taxatividade, criando-se também uma analogia “*in malam partem*” ³²³.

Sustenta Cirino que a aplicação das técnicas de interpretação para esclarecer o sentido da lei produz resultados declarativos, restritivos e extensivos. Estes indicam ampliação do significado da linguagem da lei, no sentido de que a lei disse menos do que queria dizer – interpretação proibida pelo princípio da legalidade dos crimes e das penas ³²⁴ .

Para o autor, o princípio da legalidade proíbe qualquer interpretação extensiva da lei penal, resolvendo todos os problemas a partir da interpretação restritiva. Nestes termos, “a teoria da igualdade lógica entre analogia e interpretação da lei penal é decidida pelo significado da analogia para o caso concreto. Se o significado concreto representar prejuízo para o réu, constitui analogia proibida” ³²⁵. Portanto, segundo esse pensamento, não poderia o STF criminalizar tal conduta com base em tais postulados, sob pena de configurar interpretação “desconforme” a Constituição.

Ocorre que, com todo o respeito a tais respeitados autores, não houve a criação de um novo tipo penal por meio de uma analogia “*in malam partem*” pelo STF no julgamento do MI nº 4733/DF e da ADO nº 26/DF, mas sim a adequada interpretação do tipo penal já existente na Lei nº 7.716/89, em conformidade com os mandamentos constitucionais de criminalização de condutas preconceituosas e discriminatórias de direitos e liberdade individuais previstas nos no art. 5º, XLI e XLII da CF/88, eis que, segundo a Suprema Corte, a homofobia e transfobia estão abarcadas pelo tipo penal “racismo”, segundo uma dimensão social do termo “raça” previsto na Lei nº 7.716/89.

Não é nenhuma novidade na jurisprudência do STF o reconhecimento de que uma definição biológica de “raça” é definitivamente ultrapassada, devendo o termo ser considerado

³²² CLÉVE, Clemerson; SARLET, Ingo Wolfgang; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; STRECK, Lenio Luiz; PANSIERI, Flávio. *Op. Cit.*

³²³ Analogia *in malam partem* – analogia *praeter legem* – é absolutamente proibida pelo Direito Penal. A subsunção de ações ou de omissão de ações nos tipos penais legais e a aplicação ou agravamento de sanções penais em casos concretos excluem a analogia em todas as hipóteses.

³²⁴ SANTOS, Juarez, Cirino de. *Direito Penal-Parte Geral. 7ª edição revista, atualizada e ampliada.* Florianópolis: Empório do Direito. 2017. p. 60.

³²⁵ SANTOS, Juarez, Cirino de. *Op. Cit.* p. 63.

sob uma perspectiva sociológica-constitucional, segundo a qual, na linha do que propugna Guilherme Nucci, “raça é um grupo de pessoas que comunga de ideais comuns e se agrupa para defendê-los, mas não se pode torná-lo evidente por caracteres físicos” e “se racismo é mentalidade segregacionista não há dúvida de que se deve proteger todos os agrupamentos sociais, *independentemente de padrão físico ou ascendência comum*”³²⁶. (grifamos)

Afinal, já no julgamento do famoso caso Ellwanger (HC nº 82.959/RS), o STF já havia assentado o entendimento de que qualquer classificação de seres humanos em “raças” em um critério biológico não encontra suporte científico, tratando-se, na realidade, de um processo sociopolítico³²⁷.

E o que o STF fez, no julgamento do MI nº 4733/DF e da ADO nº 26/DF, foi apenas reafirmar essa sua jurisprudência no sentido de o racismo é uma construção sociopolítica, quando estabeleceu ser possível enquadrar no crime de racismo a conduta de uma pessoa discriminar outra por se achar superior, apenas pela sua condição sexual ou de gênero³²⁸:

³²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 677.

³²⁷ Nesse sentido, assim afirmou o Supremo Tribunal Federal ao considerar que a negação do holocausto nazista na 2ª guerra mundial não é aceitável pela ordem constitucional vigente, tendo a Corte Suprema negado a reforma da ordem de restrição de liberdade a autor de livro que disseminou ideias antissemitas, eis que tal fato se configura ilicitude penal tipificada em escrever, editar publicar e comentar livros fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias contra a comunidade judaica, no âmbito do crime de racismo. É o que se verifica do seguinte acórdão:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.

1. (...)

3. *Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pelos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais.*

4. *Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.*

5. (...)” (grifamos) SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 82.424-2/RS. Rel. Min. Maurício Correa. J. 7/09/2003. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 08/07/2023.

³²⁸ Nesse sentido, o brilhante voto do Ministro Celso de Mello, relator da ADO nº 26/DF:

“(…) **AS VÁRIAS DIMENSÕES CONCEITUAIS DE RACISMO. O RACISMO, QUE NÃO SE RESUME A ASPECTOS ESTRITAMENTE FENOTÍPICOS, CONSTITUI MANIFESTAÇÃO DE PODER QUE, AO BUSCAR JUSTIFICAÇÃO NA DESIGUALDADE, OBJETIVA VIABILIZAR A DOMINAÇÃO DO GRUPO MAJORITÁRIO SOBRE INTEGRANTES DE GRUPOS VULNERÁVEIS (COMO A COMUNIDADE LGBTI+), FAZENDO INSTAURAR, MEDIANTE ODIOSA (E INACEITÁVEL) INFERIORIZAÇÃO, SITUAÇÃO DE INJUSTA EXCLUSÃO DE ORDEM POLÍTICA E DE NATUREZA JURÍDICO-SOCIAL**

– **O conceito de racismo, compreendido** em sua dimensão social, **projeta-se para além** de aspectos **estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta**, enquanto manifestação de poder, **de uma construção de índole histórico-cultural motivada** pelo objetivo de justificar a desigualdade e **destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles** que, **por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem** ao estamento **que detém** posição de hegemonia em uma dada estrutura social, **são considerados** estranhos e diferentes, **degradados** à condição de marginais do ordenamento jurídico, **expostos**, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, **a uma injusta e lesiva situação de exclusão** do sistema geral de proteção do direito.” (grifos no original) SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADO nº 26. Op. Cit. p. 06.

afinal, é exatamente isso que fazem as pessoas que praticam homofobia e a transfobia, eis que defendem a inferioridade de pessoas LGBTQIAP+ relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras.

Não há dúvida, portanto, de que as condutas discriminatórias de pessoas LGBTQIAP+ por pessoas heterossexuais cisgêneras são passíveis de enquadramento no conceito de racismo desenvolvido pelo STF desde o caso Ellwanger (HC nº 82.959/RS), eis que se trata de conduta segregacionista racista aquela que prega a inferioridade de algumas pessoas em relação a outras, simplesmente por sua condição sexual ou de gênero.

Há, portanto, que se recusar de forma absoluta a pretensão de caracterizar a decisão do STF no MI nº 4733/DF e da ADO nº 26/DF como uma interpretação “desconforme” à Constituição: desconforme à Constituição seria se a Suprema Corte, a par da dignidade da pessoa humana como princípio básico da república (art. 1º, III da CF/88), da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação como um objetivo da República (art. 3º, IV da CF/88) e dos mandamentos constitucionais de criminalização de condutas preconceituosas e discriminatórias de direitos e liberdade individuais e de racismo (art. 5º, XLI e XLII da CF/88), fechasse os olhos ao grave risco à vida e à integridade física e psicológica que é declarar-se como uma pessoa LGBTQIAP+, especialmente como pessoa trans, no Brasil.

É importante que os críticos da decisão do STF no MI nº 4733/DF e da ADO nº 26/DF lembrem-se – ou pelo menos, procurem saber – que pessoas morrem no Brasil simplesmente por reconhecer-se como pessoas LGBTQIAP+: reconhecer-se, por exemplo, como uma pessoa trans por aqui é como assinar uma “certidão de óbito social”, porque aqui é onde de forma brutal e prematura mais se mata pessoas trans em todo o mundo; é por aqui que pessoas trans, em pleno século XXI, ainda sofrem violações de direitos humanos de toda sorte, tais como estupros corretivos, tratamento violento ou degradante em espaços públicos, xingamentos depreciativos e transfóbicos e violência psicológica.

Chega-se ao ponto de ser comum, no Brasil, que pessoas trans sejam vítimas de uma espécie de transfobia recreativa, na qual os agressores se acham autorizados, por um costume social absolutamente retrógrado e antijurídico, a colocar pessoas trans em situação de ridicularização por sua identidade de gênero, em evidente prejuízo de sua inserção social, de

suas profissões, de suas famílias e, obviamente, da sua saúde, tamanhos são prejuízos psicológicos às vítimas desse “costume” abusivo ³²⁹.

Parafraseando as sábias palavras do Ministro Alexandre de Moraes, a justiça é cega, mas não deve ser tola ³³⁰ em minimizar ou iníqua com os males causados pelo descaso do legislador em criminalizar condutas que atentem contra a vida e a saúde das pessoas LGBTQIAP+ ³³¹, eis que onde a política é insensível, cega ou surda aos reclamos de uma minoria vulnerável da população para protegê-la, somente o Direito e a jurisdição podem fazê-lo, tendo sido exatamente o que o STF fez no julgamento do MI nº 4733/DF e da ADO nº 26/DF.

4.4.O uso adequado do mandado de injunção para o caso concreto: a criminalização da homofobia/transfobia torna mais viável o exercício dos direitos e liberdades da comunidade LGBTQIA+

Um dos autores do presente artigo, um juspenalista, chegou a pensar se a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do MI nº 4733/DF e da ADO nº 26/DF responderia, efetivamente, as perguntas feitas pelo ministro Fachin³³² para conhecer e dar provimento ao MI nº 4733/DF: a criminalização da homofobia/transfobia vai garantir, efetivamente, os direitos e liberdades das pessoas LGBTQIAP+?

A resposta do ministro relator do MI nº 4733/DF, seguido pela maioria da corte, é que sim, pois com a criminalização da conduta homofóbica estar-se-ia assegurando o exercício dos direitos de tal comunidade, de modo causal, pois há uma crença de que o direito penal possui, dentre outras ³³³, a missão de prevenção geral de crimes.

³²⁹ O caso mais recente foi o de um cantor sertanejo que, em pleno programa de TV, fez a uma repórter pessoa trans a seguinte pergunta: “Você tem pau?”. Veja em 'Me sentindo um lixo', diz repórter após sofrer transfobia de sertanejo. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/splash/colunas/lucas-pasin/2023/05/15/bruno-dupla-de-marrone-reporter-da-redetv-lisa-gomes.htm>> Acesso em 16/05/2023.

³³⁰ A frase “a justiça é cega, mas não é tola” do Ministro Alexandre de Moraes do Supremo Tribunal Federal, como presidente do Tribunal Superior Eleitoral, durante o julgamento da Ação de Investigação Judicial Eleitoral (Aije) nº 0600814-85 deve entrar para a história do Poder Judiciário brasileiro, como uma assertiva de que o Poder Judiciário não pode fechar aos olhos à realidade ao julgar as causas mais relevantes para a sociedade brasileira e para o País: não se pode mais aceitar o precedente judicial avestruz, em que todo mundo vê o que ocorre, mas todos escondem a cabeça embaixo da terra, disse o Ministro.

³³¹ “As práticas homofóbicas e transfóbicas constituem terrível histórico em nosso país, com constante e determinado padrão de acentuado desrespeito cruel ao rol de direitos e liberdades fundamentais da comunidade LGBT, caracterizando a necessidade de efetivação da proteção constitucional prevista no inciso XLI do artigo 5º, com a devida edição legislativa para “punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais relacionados à orientação sexual e identidade de gênero” (grifamos) Voto do Ministro Alexandre de Moraes. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADO nº 26. *Op. Cit.* p. 20.

³³² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de injunção nº 4733. Rel. Min. Edson Fachin. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 21/07/2020.

³³³ Juarez Cirino dos Santos explica que as funções declaradas do Direito Penal, a partir da teoria jurídica da pena, seriam de retribuição, prevenção especial e de prevenção geral. Neste artigo trataremos da prevenção geral negativa que guarda conexão com a reflexão posta. SANTOS, Juarez Cirino de. *Op. Cit.* p. 427.

Nesse sentido, como bem analisa Juarez Cirino de Santos³³⁴, o direito penal é regido por discursos que passam a ideia de que com aplicação de sanções penais estaria se evitando futuros crimes, pois, o temor da pena impediria o cometimento de outros crimes, o que se define pelo caráter de prevenção geral negativa do direito penal.

Mas para a ótica garantista defendida por juspenalistas, como um dos autores do presente artigo, criminalizar condutas não seria suficiente para se alcançar o exercício das liberdades em jogo no MI nº 4733/DF e da ADO nº 26/DF. É que para essa corrente do direito penal, a criminalização de certas condutas é atribuir um simbolismo inócuo ao direito penal ou, como dizem Rosa e Khaled, atribuir um caráter mágico à legislação penal, como se isso somente fosse capaz de impedir atos criminosos³³⁵.

Sob esse argumento poder-se-ia sustentar que o próprio sistema penal já contém diversas normas que podem ser aplicadas diante de várias manifestações e agressões odiosas em face de pessoas LGBTQIAP+, desde o crime de ameaça (art. 147 CP), passando por injúria (art. 140 CP), até o extremo do homicídio qualificado por motivo torpe (art. 121, par. 2º CP) e, mesmo, assim as práticas preconceituosas contra estas pessoas não deixam de ser praticadas.

Portanto, condicionar o acolhimento do MI nº 4733/DF e da ADO nº 26/DF ao fato de que seria a ausência normativa que tem permitido a violência contra as pessoas LGBTQIAP+ seria uma análise ingênua, pois “a utilização desmedida do Direito Penal para combater o que ele não pode extinguir apenas produz mais violência: nada destruiu mais bens jurídicos nos últimos séculos do que o poder punitivo, que não tem aptidão para o bem, ao contrário do que muitos ingenuamente pensam”³³⁶ e não deveria a Suprema Corte do país para uma verdadeira “cultura da punição”³³⁷.

Felizmente esse pensamento inicial de um dos autores do presente artigo restou superado, pois, sem desmerecer a teoria que não concorda com a criminalização de condutas como panaceia de todos os males que assolam a sociedade brasileira, é preciso analisar o julgamento do MI nº 4733/DF e da ADO nº 26/DF para além dos olhos do criminalista, sendo necessário enxergar a postura do STF nesse caso através das lentes do direito constitucional.

Já dissemos e demonstramos anteriormente que, mesmo diante da dignidade da pessoa humana como princípio básico da república (art. 1º, III da CF/88), da promoção do bem de

³³⁴ *Ibidem*.

³³⁵ ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JR, Salah H. Neopenalismo e constrangimentos democráticos. Florianópolis: Empório do Direito. 2015. p. 18/19.

³³⁶ *Ibidem*. p. 19.

³³⁷ ROSA, Alexandre Morais da; AMARAL, Augusto Jobim. Cultura da punição: a ostentação do horror. Rio de Janeiro: Lumen Juirs, 2014.

todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação como um objetivo da República (art. 3º, IV da CF/88) e dos mandamentos constitucionais de criminalização de condutas preconceituosas e discriminatórias de direitos e liberdade individuais e de racismo (art. 5º, XLI e XLII da CF/88), vivemos sob um estado de arte da mais completa e absoluta ausência de proteção às pessoas LGBTQIAP+ por parte do Poder Legislativo.

Quando a mais alta Corte do país considera este quadro antijurídico e criminaliza condutas preconceituosas e discriminatórias de direitos e liberdade individuais e de racismo de pessoas LGBTQIAP+, certamente está contribuindo para garantir a eficácia dos direitos fundamentais a essa minoria vulnerável de nossa população, por meio do exercício das suas funções contramajoritária, representativa e iluminista ^{338 339}, segundo as quais, respectivamente, cabe ao STF proteger os direitos fundamentais e regras do jogo democrático, ainda que contrariando as maiorias; suprir a ausência de atuação do Legislativo para atender demandas sociais e promover avanços civilizatórios ³⁴⁰.

Nesse sentido, atento ao sofrimento imposto às pessoas LGBTQIAP+ pela omissão do Poder Legislativo e pela realidade político-social que vivem, ao reconhecer os direitos fundamentais de tais pessoas por meio da criminalização específica de condutas racistas contra a sua existência, não está a Suprema Corte substituindo-se ao papel que caberia ao legislador, mas tão somente cumprindo sua função de declarar de forma cogente e pública as regras jurídico-constitucionais que reconhecem os próprios direitos humanos de tais pessoas e, assim, por analogia ao pensamento de Rita Laura Segato ³⁴¹, está inaugurando novos estilos de

³³⁸ BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. Revista Direito & Práxis. Rio de Janeiro, vol. 9., N. 4, 2018, p. 2207. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752>>. Acesso em: 27 mai. 2023.

³³⁹ O autor explica que “No Brasil, o Supremo Tribunal Federal proferiu diversas decisões que podem ser consideradas iluministas no sentido exposto acima. A Corte, por exemplo, reconheceu as uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e estendeu-lhes o regime jurídico aplicável às uniões estáveis heteroafetivas, com base no direito à não discriminação em razão do sexo e na proteção constitucional conferida à família. Em 2016, julgou inconstitucional norma que regulava a vaquejada, antiga manifestação cultural do nordeste do país em que uma dupla de vaqueiros, montada a cavalos, busca derrubar o touro em uma área demarcada. Apesar da popularidade da prática, o Tribunal entendeu que ela ensejava tratamento cruel de animais vedado pela Constituição Federal. Mais recentemente, a Corte declarou a inconstitucionalidade do crime de aborto até o terceiro mês de gestação, com base nos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, em seu direito à autonomia, à integridade física e psíquica e à igualdade. No que tange a tais casos, evidências indicam que o Tribunal decidiu em desacordo com a visão dominante na população e no Legislativo, marcadamente conservador.” *Ibidem*.

³⁴⁰ GLESER, Rubens, VIEIRA, Oscar Vilhena. A Razão e o Voto.: Diálogos Constitucionais com Luís Roberto Barroso. FGV Editora, Rio de Janeiro/RJ, 2017. p 570

³⁴¹ SEGATO, Rita Laura. Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos fundamentais. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/mana/a/tRYDbBv8ZQf9SJmpvSywtj/?lang=pt>> Acesso em 18/05/2023.

moralidade e desenvolvendo sensibilidades éticas até então desconhecidas pelo Poder Legislativo brasileiro.

Parece-nos, portanto, que, para além da importância jurídica e judicial, o julgamento do MI nº 4733/DF e da ADO nº 26/DF possui importância político-social também, eis que as manifestações da Suprema Corte representam, em essência, obstáculos de natureza contramajoritária ao avanço das concepções reacionárias que marcam nossa atual realidade brasileira, onde assistimos aos clamores por um desumano retrocesso de exclusão social de pessoas LGBTQIAP+, estando toda essa ignorância baseada em jargões fascistas criados por Benito Mussolini e empregados no extermínio de milhões de pessoas durante a 2ª Guerra Mundial ³⁴².

Agiu, portanto, a Suprema Corte como uma espécie de antídoto ao veneno político-social expelido de forma comum contra as pessoas LGBTQIAP+, já que a um só tempo determina juridicamente a proteção de direitos fundamentais destas pessoas e, na linha do que é proposto pelo ex-Ministro do STF Carlos Ayres Britto, incentiva a uma mudança radical de mentalidade na noção de humanismo propugnados pelos excludentes, pois é muito fácil amar a humanidade; difícil, ou melhor desafiador, é amar o “ser humano em concreto, visível a olho nu, ao alcance de nossa mão estendida ou do nosso ombro solidário” ³⁴³.

Para além disso, se de um lado é razoável a crítica de que o direito penal não é a panaceia de todos os males da sociedade brasileira, por outro lado é cientificamente comprovado que a adequada, justa e específica repressão pela legislação penal contribui para impedir a prática de determinados delitos.

Nesse sentido, veja-se a pesquisa “Avaliando a Efetividade da Lei Maria da Penha” produzida e divulgada pelo IPEA em 2015, na qual se atestou que a Lei Maria da penha “fez diminuir em cerca de 10% a projeção anterior de aumento da taxa de homicídios domésticos, desde 2006, quando entrou em vigor”, o que “implica dizer que a Lei Maria da Penha foi responsável por evitar milhares de casos de violência doméstica no país” ³⁴⁴.

³⁴² “Deus, pátria, família”: os sentidos do fascismo brasileiro. Disponível em: <https://www.labeurb.unicamp.br/rua/artigo/ler_artigo/235-1-deus-patria-familia-os-sentidos-do-fascismo-brasileiro> Acesso em 16/05/2023.

³⁴³ BRITTO, Carlos Ayres. O humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 53.

³⁴⁴ BRASIL. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA E APLICADA. “Ipea: Lei Maria da Penha reduziu violência doméstica contra mulheres”. Disponível em < <https://www.ipea.gov.br/participacao/noticiasmidia/direitos-humanos/1223-ipea-lei-maria-da-penha-reduziu-violencia-domestica-contra-mulheres>> Acesso em 09/07/2023.

Assim, se tão somente a criminalização da homofobia e da transfobia como crime de racismo pelo Supremo Tribunal Federal não poderá prevenir ou coibir a totalidade dos crimes de ódio contra pessoas LGBTQIAP+, por outro lado a decisão proferida pela Suprema Corte no MI nº 4733/DF e da ADO nº 26/DF serve como uma efetiva demonstração de que agentes que cometem crime de ódio contra pessoas LGBTQIAP+ podem ser penalizados com os rigores da lei de racismo e que se não há uma lei específica aprovada pelo legislador ordinário em benefício da proteção da vida e da integridade física e psicológica dessa minoria vulnerável de nossa população, existe uma lei em seu benefício, a maior de todas as leis brasileiras, a CF/88, a qual lhes assegura a dignidade da pessoa humana e o direito de liberdade quanto a sua identidade de sexo e gênero e o direito de não sofrer preconceito ou discriminação de qualquer espécie e determinam a responsabilização criminal das condutas preconceituosas e discriminatórias de seus direitos e liberdade individuais como crime de racismo.

5. CONCLUSÃO

No julgamento do MI nº 4733/DF e da ADO nº 26/DF, a Suprema Corte reconheceu a omissão inconstitucional do Congresso Nacional em legislar sobre a criminalização das ações de discriminação motivada pela identidade de gênero de um indivíduo e fixou que, até que o Poder Legislativo venha a editar lei específica a respeito, condutas homofóbicas contra pessoas LGBTQIAP+ são consideradas crimes de racismo, nos termos da Lei nº 7716/89, determinando-se pena de reclusão a quem cometa atos de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e/ou religião motivados pela orientação sexual e/ou identidade de gênero da vítima.

Tal decisão foi objeto de várias críticas na doutrina brasileira, tais como (i) o paradoxo entre o STF ter declarado uma omissão inconstitucional por parte do legislador – ausência de lei regulando tema – e ter se utilizado da técnica da interpretação conforme, segundo a qual se extrai de um enunciado normativo dotado de significados diversos a interpretação mais adequada à Constituição; (ii) o STF não poderia, no âmbito de uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não poderia formular a resolução concreta da omissão inconstitucional do legislador, pois isto tensiona a relação entre os Poderes da República; (iii) o STF teria usurpado a competência do legislador ao utilizar-se de sentença aditiva, que se trata

de uma medida judicial ilegítima e que viola a separação de poderes prevista na CF/88; (iv) a Suprema Corte teria violado o princípio da legalidade penal e criado novo crime por analogia “*in malam partem*” e, por fim, (v) a utilização do mandado de injunção não seria adequada ao caso, eis que a criminalização da homofobia/transfobia não vai garantir, efetivamente, os direitos e liberdades das pessoas LGBTQIAP+.

Mas após examinar as diferenças e semelhanças entre o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, bem como a eventual tensão que a hermenêutica constitucional pode gerar entre a Política e o Direito, especialmente pelo uso de técnicas de decisão como a interpretação conforme e sentenças aditivas por Supremas Cortes, chegou-se à conclusão no presente trabalho de que a decisão proferida pelo STF no presente caso não possui os déficits de legitimidade jurídica apontados por parte da doutrina brasileira.

Muito ao contrário disso, procurou-se demonstrar no presente trabalho que, de fato, existe uma evidente omissão inconstitucional do legislador em criminalizar a homofobia e a transfobia e que tal postura omissa do legislador gera um estado de arte em que uma pessoa se reconhecer como LGBTQIAP+ significa assinar uma “certidão de óbito social”, porque a pessoa passar a ter sua vida e integridade física e psicológica sujeita a risco constante.

Nesse contexto, considerando-se a função de uma Suprema Corte de outorgar sentido constitucional a textos e elementos não textuais da ordem jurídica, pode o STF extrair de textos normativos já existentes novas normas aptas a colmatar as lacunas legais decorrentes da resistência inconstitucional do Poder Legislativo em dispor sobre temas que a CF/88 exige regulação e que, nessa função, não está a Suprema Corte brasileira se substituindo ao legislador, mas colaborando estritamente com este para a efetividade da Constituição e para a própria criação do direito vigente.

Primeiro, porque foram os próprios legisladores constituinte derivado e ordinário que empoderaram o STF no controle de constitucionalidade dos atos normativos, dando-lhe, inclusive, poder de sanear, de forma efetiva e com efeitos gerais e vinculantes, omissões inconstitucionais por meio de sentenças aditivas.

Especificamente quanto a estas, mesmo que se chegue à conclusão de que, ao invés da interpretação conforme, tenha se utilizado o STF de uma sentença aditiva no julgamento do MI nº 4733/DF e da ADO nº 26/DF, isso não extrai legitimidade constitucional à decisão da Suprema Corte, eis que o uso de sentenças aditivas não é novidade na jurisprudência do STF e que sua utilização encontra legitimidade na jurisprudências de outras Supremas Cortes, como a alemão e a italiana.

Ademais, não há violação ao princípio da legalidade penal no julgamento do MI nº 4733/DF e da ADO nº 26/DF, por criação de novo crime por analogia “*in malam partem*”, eis que o STF, segundo precedentes de sua própria jurisprudência, já considerava que qualquer classificação de seres humanos em “raças” em um critério biológico não encontra suporte científico, de forma que o STF apenas reafirmou sua jurisprudência no sentido de que o racismo é uma construção sociopolítica e que é possível enquadrar no crime de racismo a conduta do agente que inferioriza uma pessoa LGBTQIAP+, relativamente a outras pessoas heterossexuais cisgêneras, apenas pela sua condição sexual ou de gênero.

Por fim, mas não menos importante, se mesmo diante da dignidade da pessoa humana como princípio básico da república (art. 1º, III da CF/88), da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação como um objetivo da República (art. 3º, IV da CF/88) e dos mandamentos constitucionais de criminalização de condutas preconceituosas e discriminatórias de direitos e liberdade individuais e de racismo (art. 5º, XLI e XLII da CF/88), vivemos sob um estado de arte da mais completa e absoluta ausência de proteção às pessoas LGBTQIAP+ por parte do Poder Legislativo, quando a mais alta Corte do país considera este quadro antijurídico e criminaliza condutas preconceituosas e discriminatórias de direitos e liberdade individuais e de racismo de pessoas LGBTQIAP+, certamente está contribuindo para garantir a eficácia dos direitos fundamentais a essa minoria vulnerável de nossa população, por meio do exercício das suas funções contramajoritária, representativa e iluminista.

Afinal, se de um lado é razoável a crítica de que o direito penal não será a panaceia de todos os males das pessoas LGBTQIAP+, por outro lado é cientificamente comprovado que a adequada, justa e específica repressão pela legislação penal contribui para impedir a prática de delitos contra segmentos específicos da população, conforme se verifica por pesquisa científica demonstrativa de que a criação da lei específica para criminalizar a violência doméstica diminuiu em 10% a prática de homicídios domésticos.

É de ver-se, portanto, que a decisão do STF que criminalizou condutas homofóbicas contra pessoas LGBTQIAP+ como racismo, nos termos da Lei nº 7716/89, não goza de déficit de legitimidade jurídico-constitucional e, mesmo que seja por via judicial, representa um enorme avanço na garantia de direitos fundamentais a esta minoria vulnerável da sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Processo Constitucional Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

ARAUJO, Luiz Henrique Diniz. Os efeitos do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão: a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal até a ADO nº 26/DF. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 21, n. 86. OUT/DEZ/2021. p. 131/155.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito & Práxis*. Rio de Janeiro, vol. 9., N. 4, 2018, p. 2207. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752>>. Acesso em: 27 mai. 2023.

_____. Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Direitos LGBTI+ e uniões homoafetivas: o que vale a vida são nossos afetos. *In*. BARROSO, Luís Roberto. Sem data vênica: um olhar sobre o Brasil e o mundo. Rio de Janeiro: História real, 2020.

_____. Judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum. 2018.

BERMAN, J.G. Ativismo judicial, judicialização da política e democracia. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais* nº 10. Curitiba, 2009.

BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2018.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL nº 1058/2023, PL nº 960/2023, PL nº 2415/2022, PL nº 2414/2022, PL nº 4281/2021, PL nº 3311/2021, PL nº 3213/2021, PL nº 2345/2021, PL nº 144/2021, PL nº 78/2021, PL nº 3667/2020, PL nº 3774/2019 e PL nº 7702/2017. Disponível em < <https://www.camara.leg.br/busca-portal/proposicoes/pesquisa-simplificada>> Acesso em 09/05/2023.

_____. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Relatório anual de 2021 produzido pela Comissão de Direitos Humanos, Minorias e Igualdade Racial da Câmara de Deputados. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/relatorios-de-atividades/relatorios-anuais>> Acesso em 05/05/2023.

_____. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA E APLICADA. “Ipea: Lei Maria da Penha reduziu violência doméstica contra mulheres”. Disponível em < <https://www.ipea.gov.br/participacao/noticiasmidia/direitos-humanos/1223-ipea-lei-maria-da-penha-reduziu-violencia-domestica-contramulheres>> Acesso em 09/07/2023.

_____. SENADO FEDERAL. PL nº 1540/2022, PL nº 435/2022, PLC nº 150/2021, PL nº 3395/2021, PL nº 3394/2021, PL nº 5589/2020, PL nº 3434/2020 e PL nº 860/2019. Disponível em < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias>> Acesso em 09/05/2023.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 3510/DF. Min. Rel. Carlos Ayres Britto. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em 26/05/2023.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 4815/DF. Min. Rel. Carmen Lúcia. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em 26/05/2023.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADO nº 26. Rel. Min. Celso Antônio Bandeira de Mello. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em 24/05/2023.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF nº 54/DF. Min. Rel. Marco Aurélio. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em 26/05/2023.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 82.424-2/RS. Rel. Min. Maurício Correa. J. 7/09/2003. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 08/07/2023.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI nº 107. Rel. Min. Moreira Alves. J. 31/10/1990. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 15/05/2023.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI 232 Pleno. Rel. Min. Moreira Alves j. 02/08/1991 Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 07/04/2023.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI nº 670. Rel. Min. Maurício Côrrea. J. 25/07/2007. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 15/05/2023.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI nº 4733/DF. Rel. Min. Edson Fachin. Plenário. J. 13/06/2019. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 15/05/2023.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RMS 22307/DF. Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio j. 19/02/1997. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 07/04/2023.

BRITTO, Carlos Ayres. O humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BUZOLIN, Livia Gonçalves. Direito homoafetivo: criação e discussão nos Poderes Judiciário e Legislativo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

CAMPOS, German J. Bidart. *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1987.

CARBONEL, Miguel (organizador). Neoconstitucionalismo(s). 1ª edição. Madrid: Trotta. 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2001.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraiva. 2018.

CLÉVE, Clemerson; SARLET, Ingo Wolfgang; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; STRECK, Lênio Luiz; PANSIERI, Flávio. Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>> Acesso em: 25/07/2020.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Omissão normativa ou excesso institucional? Mais um dilema do Supremo. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-13/observatorio-constitucional-omissao-normativa-ou-excesso-institucional-dilema-stf>. Acesso em 25/07/2020.

“Deus, pátria, família”: os sentidos do fascismo brasileiro. Disponível em: <https://www.labeurb.unicamp.br/rua/artigo/ler_artigo/235-1-deus-patria-familia-os-sentidos-do-fascismo-brasileiro> Acesso em 16/05/2023.

DUARTE, Francisco Carlos. Tempo e decisão na sociedade de risco: um estudo de direito comparado. Revista de processo nº 148 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FALCÃO, Joaquim. O Supremo. Rio de Janeiro, FGV, 2015.

GLESER, Rubens, VIEIRA, Oscar Vilhena. A Razão e o Voto.: Diálogos Constitucionais com Luís Roberto Barroso. FGV Editora, Rio de Janeiro/RJ, 2017.

HABERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1997. Reimpressão 2002.

HART, Hebert L.A. O conceito de direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. Temas fundamentais do Direito Constitucional. Textos selecionados e traduzidos por Carlos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

LASSALE, Ferdinand. A essência da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LEAL, Roger Stiefelmann. O efeito vinculante da jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade. Lisboa: Universidade Católica, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: aspectos políticos e jurídicos. São Paulo: Saraiva, 1990.

MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controla à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MULLER, Friedrich. Métodos de trabalho de direito constitucional. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Teoria estruturante do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Processo Constitucional. 3ª edição revista, e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juez*. p. 184/185. Disponível em <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/41790>>. Acesso em 26/06/2023.

MORAIS, Dalton Santos. A atuação judicial criativa nas sociedades complexas e pluralistas contemporâneas sob parâmetros jurídico-constitucionais. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 180, FEV/2010.

_____. A modificação da jurisprudência do STF sobre os efeitos do mandado de injunção no direito de greve dos servidores públicos. *In Informativo de Direito Administrativo e LRF*. Curitiba : Zênite. IDAF nº 82 maio/2008.

_____. Controle de constitucionalidade - exposições críticas à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, 2010.

_____. Democracia e direitos fundamentais: propostas para uma jurisdição constitucional democrática. *In Democracia e Constitucionalismo*. FELLETT, André; NOVELINO, Marcelo. (Org.). Salvador: Editora JusPodium, 2013.

_____. Interpretação conforme a Constituição e declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto: inadequação da equiparação das técnicas pelo Supremo Tribunal Federal. *In Revista Científica da FAESA*. v.4 n.1 jan./dez. 2008 Vitória: FAESA, 2008.

MORAIS, Dalton Santos; OTONI, Sayury. A vida como ela é para as pessoas trans: a omissão do Poder Legislativo e o papel essencial do STF na efetivação de direitos trans nos 35 anos da CF/88. No prelo.

ROSA, Alexandre Morais da; AMARAL, Augusto Jobim. *Cultura da punição: a ostentação do horror*. Rio de Janeiro: Lumen Juirs, 2014.

ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JR, Salah H. *Neopenalismo e constrangimentos democráticos*. Florianópolis: Empório do Direito. 2015.

SANTOS, Juarez, Cirino de. *Direito Penal-Parte Geral*. 7ª edição revista, atualizada e ampliada. Florianópolis: Empório do Direito. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; Daniel Metidiero. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva. 2017

SARMENTO, Daniel; PEREIRA NETTO, Cláudio de Souza. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2014.

SEGATO, Rita Laura. Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos fundamentais. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/mana/a/tRYDbBv8ZQf9SjmpvSywtjb/?lang=pt>> Acesso em 18/05/2023.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11ª edição revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2014.

_____. O que é isto? Decido conforme minha consciência? 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

_____. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 5ª edição, revista, modificada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014.

TORRANO, Bruno. Democracia e respeito à Lei: entre positivismo jurídico e pós-positivismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

VELOSO, Zeno. Controle jurisdicional de constitucionalidade.3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PARTE II

AS RELAÇÕES ENTRE DIREITO, JUSTIÇA E SOCIEDADE

CAPÍTULO VII

ENTRE A CHAMA E A FOGUEIRA – COMPREENDENDO A DIMENSÃO DO DIREITO À SAÚDE E DA SAÚDE MENTAL NO CONJUNTO NORMATIVO INTERNACIONAL SOBRE MUDANÇAS CLIMÁTICAS

DOI: 10.51859/amplla.hdh052.1125-7

Stella Emery Santana
Fernanda Helena Freitas de Miranda

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As mudanças climáticas representam um dos maiores desafios da atualidade, com impactos que se estendem para além das alterações ambientais, atingindo diretamente a saúde e o bem-estar da população mundial. Embora o conhecimento científico sobre o tema tenha avançado significativamente nas últimas décadas, evidenciando as causas e consequências desse fenômeno, a resposta global ainda se mostra insuficiente para lidar com a complexidade e a urgência da questão.

Este artigo se propõe a analisar a evolução da tutela normativa internacional das mudanças climáticas, com foco na interface entre o direito internacional ambiental e a saúde mental. A partir da análise dos principais instrumentos jurídicos internacionais, como a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (CNUMC), o Protocolo de Quioto e o Acordo de Paris, busca-se traçar um panorama da resposta jurídica global às mudanças climáticas, identificando avanços e desafios na proteção da saúde mental nesse contexto.

Observa-se que, apesar da crescente preocupação com os impactos das mudanças climáticas na saúde humana, a temática da saúde mental ainda ocupa um espaço marginal nos debates e instrumentos internacionais. Embora a CNUMC e o Acordo de Paris mencionem a saúde como um elemento a ser considerado nas ações de mitigação e adaptação às mudanças climáticas, a ênfase recai principalmente sobre os aspectos físicos da saúde, com pouca atenção dedicada aos impactos na saúde mental.

Essa lacuna na tutela normativa internacional da saúde mental se torna ainda mais preocupante diante da crescente evidência científica sobre os impactos das mudanças climáticas no bem-estar psicológico da população. Eventos climáticos extremos, como secas, inundações, ondas de calor e incêndios florestais, podem gerar traumas, perdas materiais e sociais, deslocamentos forçados e insegurança alimentar, com consequências diretas para a saúde mental das comunidades afetadas.

Além dos impactos diretos de eventos extremos, as mudanças climáticas também podem gerar ansiedade, medo, estresse e depressão, especialmente em populações mais vulneráveis, como crianças, idosos, povos indígenas e pessoas com deficiência. A crescente conscientização sobre a crise climática e suas implicações para o futuro pode gerar um sentimento de impotência, incerteza e desesperança, impactando a saúde mental de indivíduos e comunidades.

Diante desse cenário, torna-se urgente fortalecer a resposta jurídica internacional às mudanças climáticas, com foco na proteção da saúde mental. É fundamental que os instrumentos internacionais reconheçam a importância da saúde mental como um componente essencial da saúde humana e promovam ações de mitigação e adaptação que levem em consideração os impactos psicológicos da crise climática. A elaboração de políticas públicas que promovam a saúde mental, o acesso a serviços de saúde mental e o apoio psicossocial às populações afetadas pelas mudanças climáticas são essenciais para garantir a justiça climática e o bem-estar de todos.

Este artigo se estrutura em três partes principais. Na primeira parte, apresenta-se um panorama da evolução da tutela normativa internacional das mudanças climáticas, desde a CNUMC até o Acordo de Paris, destacando os principais marcos jurídicos e a atenção dada à saúde mental nesse processo. Na segunda parte, discute-se o conceito de saúde mental no contexto das mudanças climáticas, abordando os impactos psicológicos da crise climática e a importância da sua inclusão nas políticas públicas. Por fim, na terceira parte, analisa-se o papel do direito internacional na proteção da saúde mental frente às mudanças climáticas, apontando caminhos para o fortalecimento da resposta global a esse desafio.

2. A TUTELA NORMATIVA INTERNACIONAL DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS

As mudanças climáticas globais, apesar de todo conhecimento científico acerca do tema nos dias atuais, apresentando suas causas e consequências continua sendo um dos assuntos mais desafiadores do planeta terra. Os impactos que estão associados com as mudanças

climáticas globais incluem, entre outros, um aumento das secas, do nível do mar e das inundações costeiras, a diminuição da produtividade agrícola, alteração dos ciclos biogeoquímicos e um aumento na incidência de eventos climáticos extremos (Porinchi, 2017).

A elaboração jurídica de normas sobre mudanças climáticas nasce em novembro de 1988 quando a Organização Meteorológica Mundial (OMM) juntamente com o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) criaram o Painel Intergovernamental sobre Mudanças do Clima (IPCC, sigla em inglês). Em novembro de 1990 o IPCC lança seu primeiro relatório declarando que as emissões resultantes das atividades humanas estavam aumentando substancialmente as concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera. Com a demanda deste Painel e da Segunda Conferência Mundial do clima para a negociação de um tratado global sobre o tema (UNFCCC).

O caminho para as primeiras negociações internacionais foi aberto. Em 11 de dezembro de 1990 a Assembleia Geral da ONU criou o Comitê de Negociação Intergovernamental para a elaboração de um tratado sobre Mudanças climáticas. Esse comitê conduziu 5 sessões de negociações com mais de 150 Estados para chegar ao texto de um tratado, Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças do Clima (CNUMC), que seria adotado em maio de 1992 em Nova York e aberto para adesão durante a II Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento que ocorreu em junho do mesmo ano no Rio de Janeiro (UNFCCC).

A Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre mudanças do clima (CNUMC) entra em vigor em 21 de março de 1994, com 196 membros, se reunindo anualmente na Conferência das Partes (COP)³⁴⁵ com o objetivo de negociar multilateralmente respostas às mudanças climáticas. (UNFCCC). O Brasil ratifica a Convenção em 01 de julho de 1998 por meio do Decreto 2652 (Brasil, 1998).

O conceito de mudança do clima é apresentado no art. 1, parágrafo segundo como “uma mudança de clima que possa ser direta ou indiretamente atribuída à atividade humana que altere a composição da atmosfera mundial e que se some àquela provocada pela variabilidade climática natural observada ao longo de períodos comparáveis” (Brasil, 1998).

Para fins do presente artigo, a palavra saúde aparece apenas duas vezes na CNUMC. A primeira vez no artigo 1º quando define o que são os efeitos negativos da mudança do clima, associando essas mudanças, entre outros aspectos, “sobre a saúde e o bem-estar humanos” (Brasil, 1998). A segunda vez aparece no art. 4º, parágrafo 1º, alínea f, quando dispõe dos

³⁴⁵ A COP advém da criação de um mecanismo de reuniões periódicas, com a função de realizar um processo de revisão constante tanto sobre a aplicabilidade da Convenção quanto dos instrumentos relacionados a ela, com a possibilidade de tomada de decisões com que favoreceriam sua aplicação (Scovazzi, 2021)

objetivos e circunstâncias específicos, nacionais e internacionais, no âmbito das responsabilidades comuns mas diferenciadas para os Estados-membros, estabelecendo que eles deverão

Levar em conta, na medida do possível, os fatores relacionados com a mudança do clima em suas políticas e medidas sociais, econômicas e ambientais pertinentes, bem como empregar métodos adequados, tais como avaliações de impactos, formulados e definidos nacionalmente, com vistas a minimizar os efeitos negativos na economia, na **saúde** pública e na qualidade do meio ambiente, provocados por projetos ou medidas aplicadas pelas Partes para mitigarem a mudança do clima ou a ela se adaptarem; (grifo nosso) (Brasil, 1998)

Portanto, nesse primeiro instrumento internacional, a preocupação com a saúde é genérica, como observada nos dois artigos citados.

Ainda na construção histórica internacional do conjunto normativo sobre mudanças climáticas, apesar de um instrumento jurídico inovador para a época (Cadman, 2019), trazendo, por exemplo, responsabilidades comuns, porém diferenciadas para os Estados³⁴⁶, no início dos anos 90 ainda não se tinha tanto conhecimento em como atingir os objetivos estabelecidos na CNUMC (Biato, 2005). Outro ponto de destaque refere-se ao fato de que hoje fala-se muito em adaptação (Smith e Lenhart, 1996; Pielke, 1998; Burton et al, 2002; Lim et al, 2005; Harry, 2008; Amundsen et al, 2010; Carmin et al, 2012 para as mudanças climáticas, porém a Convenção de 1992 focava muito mais em reduzir as fontes das mudanças climáticas do que se adaptar às mudanças propriamente ditas (Schipper, 2006).

Importante destacar que a CNUMC trouxe compromissos voluntários aos Estados, de maneira que a ONU percebeu que estes não seriam suficientes para enfrentar o problema climático que o mundo passava e que esses compromissos estavam sendo cumpridos de maneira adequada (Biato, 2005). Nesse sentido, em abril de 1995 iniciam-se as negociações para a negociação de um novo compromisso climático, durante a COP 1. Essas negociações resultaram no dia 11 de dezembro de 1997, durante a COP 3, na adoção do texto do Protocolo de Quioto, compreendido como o primeiro tratado que estabeleceu metas de redução das emissões de gases de efeito estufa (UNFCC). Além disso, dividiu os Estados que firmaram a

³⁴⁶ De acordo com o preâmbulo da CNUMC que estabelece “Reconhecendo que a natureza global da mudança do clima requer a maior cooperação possível de todos os países e sua participação em uma resposta internacional efetiva e apropriada, conforme suas responsabilidades comuns mas diferenciadas e respectivas capacidades e condições sociais e econômicas, [...]”, reforçando ainda, no art. 3 parágrafo primeiro essa responsabilidade como um princípio, na medida em que determina que “As Partes devem proteger o sistema climático em benefício das gerações presentes e futuras da humanidade com base na equidade e em conformidade com suas responsabilidades comuns mas diferenciadas e respectivas capacidades. Em decorrência, as Partes países desenvolvidos devem tomar a iniciativa no combate à mudança do clima e a seus efeitos negativos” (Brasil, 1998).

CNUMC em dois blocos distintos, sendo que apenas um deles (os do Anexo I) participaria das reduções (Silveira e Carvalho, 2019). Aos Estados que não cumprissem as metas estabelecidas, por meio do seu artigo 18 ficou determinado que a Conferência das Partes seria responsável por “aprovar procedimentos e mecanismos adequados e eficazes para determinar e tratar de casos de não-cumprimento das disposições” do Protocolo (Brasil, 2005).

O Protocolo de Quioto entrou em vigor internacional em 16 de fevereiro de 2005, contando atualmente com 192 membros (UNCC). No Brasil foi internalizado pelo Decreto 5445 de 12 de maio de 2005 (Brasil, 2005). Este Protocolo obriga, especialmente, países desenvolvidos e impõe a eles, um peso maior embasando-se no princípio das “responsabilidades comuns, porém diferenciadas e capacidades correspondentes”, justamente porque essas nações são as maiores responsáveis pelos atuais níveis elevados de emissão de gases de efeito estufa na atmosfera (UNCC). Trouxe também o mecanismo de desenvolvimento limpo que permite países sem compromissos com a diminuição das emissões a investir em projetos de redução dos gases de efeito estufa por meio do desenvolvimento dos Certificados de Redução das Emissões (CRE) (Michaelowa, 2005).

Destaca-se que a palavra “saúde” não aparece nenhuma vez no Protocolo de Quioto, não fazendo parte do conjunto normativo climático mundial.

Foi somente durante a COP 7 (2001) que medidas de compliance foram adotadas para o Protocolo de Kyoto, por meio da Decisão 24/CP.7, conferindo aplicabilidade ao art. 18 do Protocolo, citado anteriormente (UNCC, 2001). Os mecanismos de desenvolvimento limpos, parte integrante de Kyoto inicia suas operações em Janeiro de 2006. Na sequência de reuniões, em dezembro de 2007, durante a COP 13 em Bali foi adotado o Plano de Ação que traz o início de uma nova negociação para as mudanças climáticas, dividida em cinco categorias: mitigação, adaptação, tecnologia e financiamento (UNCC).

Em dezembro de 2011 em Durban, durante a COP 17 que os governos se comprometeram com um novo tratado sobre mudanças climáticas até o ano de 2015, criando, durante essa reunião, um grupo de trabalho ad-hoc para dar início às tratativas. Em 12 de dezembro de 2015, durante a COP 21, é adotado um novo tratado, o Acordo de Paris, com o engajamento de 195 Estados (UNCC). No Brasil, o Acordo foi aprovado pelo Decreto 9073 de 05 de junho de 2017. Entrou em vigor internacional em 04 de novembro de 2016, com uma resposta às ameaças climáticas globais, promover o desenvolvimento sustentável e erradicar a pobreza (Mor et al, 2023), como pode ser observado em seus objetivos no art. 2º:

(...) fortalecer a resposta global à ameaça da mudança do clima, no contexto do desenvolvimento sustentável e dos esforços de erradicação da pobreza, incluindo:

(a) Manter o aumento da temperatura média global bem abaixo de 2°C em relação aos níveis pré-industriais, e evitar esforços para limitar esse aumento da temperatura a 1,5°C em relação aos níveis pré-industriais, reconhecendo que isso reduziria significativamente os riscos e os impactos da mudança do clima;

(b) Aumentar a capacidade de adaptação aos impactos negativos da mudança do clima e promover a resiliência à mudança do clima e um desenvolvimento de baixa emissão de gases de efeito estufa, de uma maneira que não ameace a produção de alimentos; e

(c) Tornar os fluxos financeiros compatíveis com uma trajetória rumo a um desenvolvimento de baixa emissão de gases de efeito estufa e resiliente à mudança do clima. (Brasil, 2017)

O tema da saúde é trazido em sua parte preambular ao reconhecer que as mudanças do clima constituem-se como uma preocupação comum da humanidade, devendo os Estados-membros, promover e considerar “suas respectivas obrigações em matéria de direitos humanos, direito à saúde [...]” entre outros direitos (Brasil, 2017).

Diante de todo o exposto, pode ser observado que apesar das atividades antropocêntricas estarem no centro das causas das mudanças climáticas, as respostas normativas, pela via dos tratados, ainda não dispõe sobre um enfoque direto em ações para a saúde e mais especificamente, para questões envolvendo a saúde mental. Mas o que se entende por saúde no contexto das mudanças climáticas? Qual sua relação com a saúde mental? Estes temas serão apresentados a seguir.

3. SAÚDE MENTAL E MUDANÇAS CLIMÁTICAS – CONECTIVIDADES

Desde que a primeira constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS) foi promulgada em 1946, a grande temática da saúde se fortaleceu como preocupação central de todos os países, paulatinamente estando presente em boa parte das constituições nacionais.

O conceito de saúde adotado pela OMS, vai além da ausência de doenças ou enfermidades, sendo entendida como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social” (WHO, 1946) (tradução nossa) ³⁴⁷. É importante observar que foi um grande avanço para a época considerar que a saúde não se resumia a questões físicas, mas englobava também os aspectos sociais e mentais. (Hunter J, Marshall J, Corcoran K, Leeder S, Phelps K., 2013)

³⁴⁷ “is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity.” (WHO, 1946, preamble)

Mesmo com o avanço que representou na época, o conceito porposto em 1946 sofre duras críticas nos mais de 70 anos de existência (Gaino, Souza, Cirineu e Tulimosky, 2018). Boa parte dessas críticas reside no fato de que o conceito aponta uma saúde inalcançável já que não é possível vivenciar tal “completo estado” considerando as reais condições e limitações de vivência e convivência humana no meio sócio ambiental posto. (Hunter J, Marshall J, Corcoran K, Leeder S, Phelps K., 2013).

Paralelamente, vem crescendo a compreensão de que a saúde envolve aspectos ainda mais amplos. Segundo Hunter J, Marshall J, Corcoran K, Leeder S, Phelps K. (2013), diferentes abordagens que incluem conceitos de bem-estar tanto no âmbito individual quanto no âmbito coletivo vêm se fortalecendo. Em particular essas abordagens se mostram presentes para buscar a compreensão de saúde para além da “ausência de doença”.

Finalmente, foi com Engel (1977), nos final dos anos 70 do século XX que foi apresentado o modelo de saúde biopsicossocial, voltado para enfatizar a importância da saúde mental e suas complexidades. No artigo clássico, Engel aponta as raízes e limitações do modelo reducionista baseado em aspectos médicos moleculares e propõe um alargamento da compreensão da saúde considerando aspectos sociais e psicológicos, bem como enfatizando que o próprio relacionamento entre médico paciente pode ser fundamental para a definição saúde-doença. Foi marcadamente após a década de 70 que as preocupações com uma a saúde multifatorial, incluindo a saúde mental, se tornaram mais presentes.

A OMS considera a saúde mental como um componente fundamental da definição de saúde (WHO, 2013, 2021). Segundo a Organização, a saúde mental “é um estado de bem-estar no qual um indivíduo percebe suas próprias habilidades, pode lidar com os estresses cotidianos, pode trabalhar produtivamente e é capaz de contribuir para sua comunidade”. (WHO, 2014a, 2014b). Assim, a saúde mental compreende uma compreensão de si e do mundo ao redor, bem como a possibilidade de interferir positivamente para o desenvolvimento positivo da coletividade e do ambiente em o homem se situa.

A proposição de Engel (1977) e o conceito da OMS não encerraram a discussão e mesmo entre profissionais da saúde mental permanecem dúvidas sobre o conceito e compreensão de saúde mental. Gaino, Souza, Cirineu e Tulimosky, (2018) realizaram um estudo que objetivou investigar e comparar o conceito de saúde mental para profissionais atuantes em diferentes serviços da rede de saúde pública. Foram feitas entrevistas com os profissionais de 9 serviços de atenção a saúde do estado de São Paulo. Como resultados encontraram diferentes respostas. Um grupo salientou conceitos que apontavam para uma perspectiva mais integral em saúde, considerando assim aspectos biopsicossociais. Um segundo grupo de profissionais apontou

como fundamentais as a ausência sintomas e diagnósticos psiquiátricos como centrais para características a saúde mental.

Conforme apregoaram Pereira, Barro e Augusto (2011), as concepções sobre saúde e sobre sua promoção, remontam a época histórica em que se situam. É com olhar que identifica a crescente complexidade do fenômeno, que podemos afirmar que vêm se desenrolando as descobertas e entendimentos sobre a saúde humana, em particular a saúde mental. O Comportamento das pessoas e sua saúde mental não são fatos isolados dos fatores sociais e preocupações que impactam os seres humanos (Dalgalarrodo, 2019).

A partir da Carta de Ottawa para a Primeira Conferência Internacional Sobre Promoção da Saúde (1986) compreende-se as condições básicas para a saúde englobam como recurso fundamentais: “Paz – Habitação – Educação – Alimentação – Renda - **ecossistema estável - recursos sustentáveis** - justiça social e equidade.” (grifo nosso). Fica patente que o ser humano pode sofrer impactos positivos ou negativos em sua saúde, incluindo a saúde mental, a partir de aspectos ambientais e condições do ecossistema e dos recursos naturais.

Para além da saúde como conceito, a Promoção da saúde é entendida como

processo de capacitação da comunidade para atuar na melhoria de sua qualidade de vida e saúde, incluindo uma maior participação no controle deste processo. **Para atingir um estado de completo bem-estar físico, mental e social os indivíduos e grupos devem saber identificar aspirações, satisfazer necessidades e modificar favoravelmente o meio ambiente.** A saúde deve ser vista como um recurso para a vida, e não como objetivo de viver. Nesse sentido, a saúde é um conceito positivo, que enfatiza os recursos sociais e pessoais, bem como as capacidades físicas. **Assim, a promoção da saúde não é responsabilidade exclusiva do setor saúde, e vai para além de um estilo de vida saudável, na direção de um bem-estar global.** (Carta de Ottawa, 1986) [grifo nosso].

Neste sentido, não apenas a saúde, mas a sua promoção, contém a concepção de ser humano em um contexto ambiental. Assim, as relações estabelecidas entre o ser humano e seus pares, bem como entre o ser humano e outros seres vivos, incluindo ainda as condições do meio ambiente, são fundamentais para que se efetive e se promova a saúde humana, abrangendo também a saúde mental.

No primeiro relatório da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre a mudança climática em 1990, as principais abordagens direcionadas à saúde humana falavam da saúde física. Com os resultados reportados no *Fifth Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC), publicado em 2014, ficou claro que as preocupações devem se estender também para os aspectos da saúde mental. O texto do Painel afirma que,

Os impactos de eventos climáticos extremos recentes, tais como ondas de calor, secas, inundações, ciclones e fogos florestais, revelam a vulnerabilidade e exposição significativa de alguns ecossistemas e de muitos sistemas humanos à atual variabilidade do clima (confiança muito elevada). **Os impactos desses eventos extremos relacionados com o clima incluem** a alteração dos ecossistemas, perturbação na produção de alimentos e abastecimento de água, danos nas infraestruturas e povoações, morbidade e mortalidade e **consequências para a saúde mental e bem-estar das pessoas**. Para países em todos os níveis de desenvolvimento, estes impactos são consistentes com uma significativa falta de preparação para a atual variabilidade climática em alguns sectores. (IPCC, 2014, p. 6) (grifo nosso).

Há evidências robustas que mostram as maneiras pelas quais eventos climáticos extremos podem provocar sofrimentos psicológicos e questões de saúde mental associados a perdas, perturbações e deslocamentos geográficos, bem como já ficou demonstrado que os impactos podem ter efeitos cumulativos na saúde mental, decorrentes da repetida exposição a desastres naturais e situações climáticas extremas. (Few, 2007; Berry et al., 2008; Brasil, 2008, Ágoston et al., 2022). Fritze, Blashki, Burke et al (2008) adicionam que há três aspectos centrais nas consequências sobre saúde mental. Os autores elencam como primeiro aspecto os impactos diretos e imediatos das mudanças climáticas, por exemplo, as comunidades atingidas por eventos climáticos extremos têm maior probabilidade aumento na prevalência e a severidade de problemas de saúde mental, bem como implicações diretas nos serviços de atendimento e suporte de saúde mental. Em segundo lugar, pode ser percebido que comunidades vulneráveis estão começando a experienciar o desmonte de políticas e aparelhos sociais, econômicos e ambientais que seriam essenciais para a promoção e saúde mental. Finalmente há uma possibilidade de aumento no nível de estresse emocional e ansiedade, provocado pela maior compreensão sobre as mudanças climáticas e suas ameaças.

A ansiedade é “uma emoção caracterizada por apreensão e sintomas somáticos de tensão em que um indivíduo antecipa perigo iminente, catástrofe ou infortúnio” (APA, 2018). Manifestações físicas podem se fazer presentes, como as mãos frias ou taquicardia. A ansiedade relacionada às mudanças climáticas é chamada de eco-ansiedade pela American Psychological Association (APA), que a descreve como “um medo crônico da destruição ambiental” (APA, 2018). A eco-ansiedade, também nomeada como ansiedade climática, pode ser vista como uma experiência de sentimentos de impotência, imprevisibilidade e incerteza acerca do futuro devido às alterações climáticas (Jaques, 2023). Há discussões sobre o fato de a eco-ansiedade se configurar como um transtorno de ansiedade propriamente dito. Pihkala (2020a) afirma que há dúvidas se a ansiedade climática pode ser ou não vista como um transtorno de ansiedade, já que alguns casos que se apresentam são considerados “não patológicos” (p.2., tradução livre) e

reúnem de modo complexo sentimentos de antecipação e muitas vezes negação. À ansiedade e à angústia acerca das alterações climáticas, podem ser relacionados outros sentimentos e emoções, como a preocupação, medo, raiva, culpa, vergonha e tristeza (Hickman et al., 2021).

A eco-ansiedade e ansiedade climática são os conceitos mais abordados na literatura especializada sobre as relações entre saúde mental e mudanças climática. É possível contudo observar o surgimento de outros fenômenos e nomenclaturas voltados para as decorrências emocionais e mentais que impactam as pessoas diante da crise climática. Pihkala (2020b), por exemplo destaca os estudos sobre a solastalgia, termo desenvolvido por Glenn Albrecht (2005) e que nomeia um tipo de luto ecológico. Segundo Pihkala (2020b) a palavra solastagia une o sentido das palavras “nostalgia, deslocamento e ânsia por consolo” (p.9) (tradução nossa), tentando captar o sentimento de ter saudades de casa, juntamente com a tristeza, sentimentos que podem surgir mesmo quando ainda se mora em casa e que aparecem porque o ambiente da casa, mesmo sendo o mesmo, esta sendo alterado ou destruído.

É possível afirmar que a questão da eco-ansiedade se aprofunda quando consideradas populações mais vulneráveis, como povos originários, crianças, pessoas idosas e pessoas com deficiência (Coffey et al., 2021). Pessoas que se encontram em posições de vulnerabilidade ou subalternização nas sociedades das quais fazem parte, podem vivenciar a ansiedade relacionada às mudanças climáticas de modo mais intenso, tanto devido às fragilidades prévias de saúde que podem existir, quanto pelas dificuldades que encontram ao terem seus direitos e necessidades respeitadas em suas comunidades.

É a partir dessa realidade que se descortina, onde as mudanças climáticas se somam aos problemas antes existentes em todos os países, que as atuais organizações da sociedade. No Brasil, lembram Cabral, Silva e Toledo (2018), “o direito à saúde foi uma conquista do movimento da Reforma Sanitária, que resultou na criação do Sistema Único de Saúde (SUS) pela Constituição Federal de 1988” (p.68). O artigo 196 da Carta Magna 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 a sua promoção, proteção e recuperação” (CRFB, 1988).

Nos lembra Paulo Artaxo (2020), que apenas com medidas não apenas nacionais, mas internacionais coordenadas é que poderemos atuar no sentido de mitigar os efeitos que certamente ainda serão provocados pelas mudanças climáticas, em particular no que tange às questões voltadas à saúde de toda a população mundial.

4. DIREITO INTERNACIONAL NA PROTEÇÃO DA SAÚDE MENTAL FRENTE ÀS MUDANÇAS CLIMÁTICAS – NOSSAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Internacional Público tem um papel fundamental nas relações interestatais e das organizações internacionais. Isto porque, como o ramo do Direito que regula as relações que ocorrem entre esses sujeitos no plano internacional, com repercussões no direito interno de cada Estado, traz a necessidade de alcançar uma maior segurança jurídica nas relações, que são, por natureza, voluntárias. Tais relações respeitam a soberania de cada Estado e, portanto, prescindem de instrumentos jurídicos que serão desenvolvidos em comum acordo pelos diversos sujeitos.

Como demonstrado na primeira parte deste artigo, os diversos tratados sobre mudanças climáticas não trouxeram objetivos e preocupações com a saúde mental, objeto de análise no presente estudo. Na segunda parte, ficou claro que a OMS (organização internacional e portanto, sujeito do Direito Internacional) está colocando em evidência as ações que devem ser tomadas quanto aos efeitos das mudanças climáticas na saúde mental das pessoas e, em especial, no que diz respeito à eco-ansiedade e/ou ansiedade climática.

Idris e Nasution (2022) destacam que no campo do direito internacional, tanto o direito ambiental como o direito à saúde continuam sendo tratados de maneira separadas, ou seja, como sub-áreas deste ramo maior, mesmo tendo o direito à saúde condição essencial para se gozar do direito a um meio ambiente saudável³⁴⁸.

Destacando a ausência de instrumento jurídico internacional protegendo direitos humanos de idosos e como eles são afetados pelas mudanças climáticas no que diz respeito ao tema da saúde mental fez com que Aylon et al (2021) demonstrarem em estudo científico sobre a necessidade de se criar um tratado para proteção da pessoa idosa diante da crise climática mundial, enfocando no bem estar do idoso.

Ainda no campo da lacuna normativa internacional, a OMS (2022) publicou seu primeiro relatório sobre saúde mental e mudanças climáticas, destacando que os impactos do câmbio climático estão cada vez maiores e afetando cada vez mais a saúde mental e o bem estar

³⁴⁸ A título de exemplo, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988) garante a todos em seu art. 225 o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo este direito, essencial à sadia qualidade de vida. Ao compreender essa questão, temos que a proteção do meio ambiente no Brasil, como objetiva proteger a vida, é considerado como um direito humano, na sua terceira geração (Santana, 2022). Outro ponto de importante destaque foi o julgamento da ADPF 708 pelo STF (2022) afirmando que os tratados climáticos assinados internacionalmente e ratificados pelo país constituem espécie do gênero “tratados de direitos humanos” no ordenamento jurídico pátrio. O efeito imediato que esse julgamento teve foi o de “desbloquear o funcionamento estatal e de assegurar a retomada do funcionamento do Fundo Clima” (Mello, 2023).

psicossocial das pessoas. Entre as cinco recomendações que esta organização apresenta em seu relatório, destaca-se o de integrar considerações sobre mudanças climáticas nas políticas e programas sobre saúde mental, de maneira a preparar e melhorar a resposta às mudanças climáticas e a de construir em compromissos globais já firmados, como o caso dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS)³⁴⁹, do Acordo de Paris³⁵⁰ e no Marco de Sendai para redução de riscos e desastres 2015-2030³⁵¹.

Diante de todo o exposto, através do presente, destaca-se que o Direito Internacional Público possui um campo de ampliação da temática do desenvolvimento de uma melhor tutela normativa prevendo a relação entre as mudanças climáticas e a saúde mental, de maneira a preencher a atual lacuna, que se mostra tão urgente quanto as emergências climáticas globais.

REFERÊNCIAS

ÁGOSTON, C., URBÁN, R., NAGY, B., CSABA, B., Zoltán Kóváry, Kristóf Kovács, Attila Varga, Andrea Dúll, Ferenc Mónus, Carrie A. Shaw, Zsolt Demetrovics. The psychological consequences of the ecological crisis: three new questionnaires to assess eco-anxiety, eco-guilt, and ecological grief. **Climate Risk Management**. Volume 37, 2022, 100441. ISSN 2212-0963 <https://doi.org/10.1016/j.crm.2022.100441>

ALBRECHT, G. (2005). Solastalgia. A new concept in health and identity. **PAN: Philosophy Activism Nature**, (3), 41-55. <https://search.informit.org/doi/10.3316/informit.897723015186456>

AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION: Stress in America: Generation Z. Stress in America. Survey (2018)

AMUNDSEN, H., BERGLUND, F., WESTSKOGÔ, H. Overcoming barriers to climate change adaptation – a question of multilevel governance? In **Environment and Planning C: Government and Policy**, vol. 28, 2010, p. 276–289.

ARTAXO, P. As três emergências que nossa sociedade enfrenta: saúde, biodiversidade e mudanças climáticas. **Estudos Avançados**, v. 34, n. 100, p. 53–66, set. 2020.

AYLON, Liat; KEATING, Norah; PILLEMER, Karl. Climate change and mental health of older persons: a human rights imperative. In: **The American Journal of Geriatric Psychiatry**, vol. 29, issue 10, October 2021, pp. 1038-1040.

³⁴⁹ A sugestão do relatório sobre os ODS é que sejam adicionados indicadores que possam contribuir para melhorar a saúde mental e o bem estar psicossocial, no ODS 13 que trata de ações contra a mudança global do clima (OMS, 2022).

³⁵⁰ Sobre o Acordo de Paris, a OMS destaca a única menção ao direito à saúde (citado na primeira parte do presente artigo) de maneira a exigir uma implementação completa do artigo, na mitigação das mudanças do clima propriamente dita e nos impactos devastadores delas no saúde mental (OMS, 2022).

³⁵¹ Para o direito internacional público, o Marco de Sendai constitui-se como uma norma de *soft law*, isto é uma norma com efeito não vinculante (Guerra, 2023). Segundo a OMS (2022) há uma menção ao tema da saúde mental na prioridade quarto do Marco, porém eles destacam argumentos fortes do porquê deveria ser ampliado em todas as áreas do mesmo.

BIATO, Márcia Fortuna. Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. In **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 42, n. 166, abr./jun. 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em out. 2024.

BRASIL. **Decreto 2652 de 01 de julho de 1998** - Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2652.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%202.652%2C%20DE%201%C2%BA,9%20de%20maio%20de%201992. Acesso em Out. 2024.

BRASIL. **Decreto 5445 de 12 de maio de 2005** - Promulga o Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, aberto a assinaturas na cidade de Quioto, Japão, em 11 de dezembro de 1997, por ocasião da Terceira Conferência das Partes da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5445.htm. Acesso em out. 2024.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Mudanças climáticas e ambientais e seus efeitos na saúde: cenários e incertezas para o Brasil** /BRASIL. Ministério da Saúde; Organização Pan-Americana da Saúde. – Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde, 2008.

BRASIL. **Decreto 9073 de 05 de junho de 2017** - Promulga o Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, celebrado em Paris, em 12 de dezembro de 2015, e firmado em Nova Iorque, em 22 de abril de 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9073.htm. Acesso em out. 2024.

BERRY H, KELLY B, HANIGAN I, McMICHAEL A, WELSH J, KJELLSTROM T: Rural Mental Health Impacts of Climate Change **Garnaut Climate Change Review**; 2008.

BURTON, I., HUQ, S., LIM, B., PILIFOSOVA, O., SCHIPPER, E.L. From impacts assessment to adaptation priorities: the shaping of adaptation policy. In **Climate Policy**, vol. 2(2), 2002, 145–159.

CADMAN, T. The United Nations Framework Convention on Climate change. In: SHAW, T.M., MAHRENBACH, L.C., MODI, R., YI, -CHONG, X (eds). **The Palgrave Handbook of Contemporary International Political Economy**. Palgrave Handbook in IPE. London: Palgrave Mackmillan. Disponível em: https://doi.org/10.1057/978-1-137-45443-0_23. Acesso em out. 2024.

CARMIN, J.A., ANGUELOVSKI, I., ROBERTS, D. Urban climate adaptation in the global south planning in an emerging policy domain. In **Journal of Planning Education and Research**, Vol. 32 (1), 2012, 18–32.

Comprehensive mental health action plan 2013–2030. **World Health Organization**. Geneva; World Health Organization; 2021.

Conferência Internacional sobre a promoção da Saúde. Carta de Ottawa para a Promoção da Saúde. Ottawa, 17 a 21 de nov., 1986. Disponível em https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/carta_ottawa.pdf

Constitution of the World Health Organization, 1946, <https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf?ua=1>

DALGALARRONDO, P. **Psicopatologia e Semiologia dos Transtornos Mentais**. Porto Alegre: Artmed, 2019.

ENGEL G.L. The need for a new medical model: a challenge for biomedicine. **Science**. 1977 Apr 8;196(4286):129-36. Doi: 10.1126/science.847460.

FEW R: Health and climatic hazards: framing social research on vulnerability, response and adaptation. **Global Environmental Change** 2007, **17**:281-295.

FRENK J, GÓMEZ-DANTÉS O. Designing a framework for the concept of health. **J. Public Health Policy**. 2014 Aug;35(3):401-6. Doi: 10.1057/jphp.2014.26

FRITZE, J.G., BLASHKI, G.A., BURKE, S. *et al*. Hope, despair and transformation: Climate change and the promotion of mental health and wellbeing. **Int J Ment Health Syst**. 2, 13 (2008). <https://doi.org/10.1186/1752-4458-2-13>

GAINO, LORAINÉ VIVIAN; SOUZA, JACQUELINE de; CIRINEU, CLEBER TIAGO; TULIMOSKY, TALISSA DANIELE. **SMAD, Rev. eletrônica saúde mental álcool drogas** 14(2): 108-116, jan.-mar. 2018.

GUERRA, Amina Welten. As origens da soft law e a insuficiência das suas definições em face ao direito internacional contemporâneo. In: **Rev. da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 83, pp. 43-60, jul./dez. 2023. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/2616/2082>. Acesso em out. 2024.

HARRY, Clarke. Classical decision rules and adaptation to climate change. In **Australian Journal of Agricultural and Resource Economics**, vol, 52, Issue 4, 2008, p. 365-527.

HICKMAN, C., MARKS, E., PIHKALA, P., CLAYTON, S., LEWANDOWSKI, R. E., MAYALL, E. E., ... & VAN SUSTEREN, L. (2021). Climate anxiety in children and young people and their beliefs about government responses to climate change: a global survey. **The Lancet Planetary Health**, 5(12), e863-e873. [https://doi.org/10.1016/S2542-5196\(21\)00278-3](https://doi.org/10.1016/S2542-5196(21)00278-3)

HUNTER J, MARSHALL J, CORCORAN K, LEEDER S, PHELPS K. A positive concept of health - interviews with patients and practitioners in an integrative medicine clinic. **Complement Ther Clin Pract**. 2013 Nov;19(4):197-203. Doi: 10.1016/j.ctcp.2013.07.001.

IDRIS, Siti Hafsyah e NASUTION, Norjannah. Eco-anxiety: right to a healthy environment. In: **Yuridika**, vol. 37, n. 2, May 2022. Disponível em: <https://e-journal.unair.ac.id/YDK/article/download/36275/22287>. Acesso em out. 2024.

IPCC (2014). "Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Part A: Global and Sectoral Aspects." Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. Geneva: IPCC. Disponível em: https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/02/WGIIAR5-PartA_FINAL.pdf

IPCC (2022). "Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability," in Contribution of Working Group II to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. Geneva: IPCC. <https://doi.org/10.1017/9781009325844>

JAQUES, ANA CATARINA LOMBA. **Os Jovens e a Eco-Ansiedade**: Fatores Preditores. 2023. Universidade do Minho. Dissertação de Mestrado. Mestrado em Psicologia Clínica na Infância e na Adolescência. Trabalho efetuado sob a orientação da Professora Doutora Teresa Freire

LIM, B., SPANGER-SIEGFRIED, E., BURTON, I., MALONE, E., HUQ, S. **Adaptation Policy Frameworks for Climate Change: Developing Strategies, Policies and Measures**. United Nations Development Programme, New York, 2005.

MELLO, Patricia Perrone Campos. O direito humano ao meio ambiente na visão do STF: o papel da corte no enfrentamento da crise climática. In: **Revista da AGU**, Brasília – DF, vol. 22, n. 04, dez. 2023, p. 261-286. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/3408>. Acesso em out. 2024.

Mental Health Action Plan 2013–2020. **World Health Organization**. Geneva; World Health Organization; 2013

MICHAELOWA, Axel. Determination of baselines and additionality for the CDM – a crucial element of credibility of the climate regime. In YAMIN, Farhana. **Climate change and carbon markets – a handbook of emissions reduction mechanisms**. 1st ed., Londres: Routledge, 2005, cap. 7.

MOR, S., ANEJA, R., MADAN, S., & GHIMIRE, M.. Kyoto Protocol and Paris Agreement: Transition from Bindings to Pledges – A Review. In: **Millennial Asia**, 0(0), 2023. <https://doi.org/10.1177/09763996221141546>. Acesso out. 2024.

OMS. **Mental Health and climate change: policy brief**. 03 de junho de 2022. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/9789240045125>. Acesso em out. 2024.

PEREIRA, THAÍS THOMÉ SENI OLIVEIRA; BARROS, MONALISA NASCIMENTO DOS SANTOS e AUGUSTO, MARIA CECÍLIA NOBREGA de ALMEIDA. O cuidado em saúde: o paradigma biopsicossocial e a subjetividade em foco. **Mental** [online]. 2011, vol.9, n.17, pp.523-536. ISSN 1679-4427.

PIELKE, R.A. Rethinking the role of adaptation in climate policy. In **Global Environmental Change**, vol. 8(2), 1998, p. 159–170

PIHKALA, P. (2020a). Anxiety and the ecological crisis: An analysis of eco-anxiety and climate anxiety. **Sustainability**, 12(19), 7836. <https://doi.org/10.3390/su12197836>

PIHKALA, P. (2020b). Eco-anxiety and environmental education. **Sustainability**, 12(23), 10149. <https://doi.org/10.3390/su122310149>

PORINCHU, D.F. Global Climate Change. In RICHARDSON, D., CASTREE, M., GOODCHILD, M.F., KOBAYASHI, A., LIU, W., MARSTON, R.A. **International Encyclopedia of Geography: People, the Earth, Environment and Technology**. <https://doi.org/10.1002/9781118786352.wbieg0922>. Acesso em out. 2024.

SANTANA, Stella Emery. The legal aspects of Water as a human right according to the 2030 Agenda: a comparative analysis between Brazil and the United States of America. In: **Indiana International and Comparative Law Review**, vol. 32, 2022, pp 287- 311. <https://doi.org/10.18060/26522>. Acesso em out. 2024.

SCHIPPER, E. Lisa F. Conceptual History of Adaptation in the UNFCC Process. In: **Review of European, Comparative & International Environmental Law**. Vol. 15, Issue 1, April 2006, p. 82-92.

SCOVAZZI, Tulio. Do Protocolo de Kyoto ao Acordo de Paris. In Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 78, pp. 469-476, jan./jun. 2021.

SILVEIRA, Gustavo Madeira de. CARVALHO, Carlos Augusto Thives de. A política do clima no Brasil e no mundo: da criação da UNFCCC a NDC. **Revista científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**. Ano 04, Ed. 09, Vol. 03, pp. 73-91, Set. 2019.

SMITH, J.B., LENHART, S.S. Climate change adaptation policy options. In **Climate Research**, vol. 6, 1996, p. 193-201.

STF, Pleno. **ADPF 708**, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 04.07.2022.

SUSAN CLAYTON, BRYAN T. KARAZSIA, Development and validation of a measure of climate change anxiety. **Journal of Environmental Psychology**. Volume 69, 2020, 101434. ISSN 0272-4944. <https://doi.org/10.1016/j.jenvp.2020.101434>.

UNCC. **What is the Kyoto Protocol?** Disponível em: https://unfccc.int/kyoto_protocol. Acesso em out. 2024.

UNCC. **Report of the conference of the parties on its seventh session, held at Marrakesh from 29 October to 10 November 2001**. Decision 24/CP.7 – Procedures and mechanisms relating to compliance under the Kyoto Protocol. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbnmnibpcjpcglclefindmkaj/https://unfccc.int/resource/docs/cop7/13a03.pdf>. Acesso em out. 2024.

UNFCCC. **25 Years of Effort and Achievement** - Key Milestones in the Evolution of International Climate Policy. Disponível em: <https://unfccc.int/timeline/>. Acesso em out. 2024.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Mental health**: a state of well-being. [Internet]. 2014a Disponível em: http://www.who.int/features/factfiles/mental_health/en/

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Mental health**: strengthening our response. Fact sheet 220; 2014b. Disponível em: <https://www.who.int/en/news-room/fact-sheets/detail/mental-health-strengthening-our-response>

YUMIKO COFFEY, NAVJOT BHULLAR, JOANNE DURKIN, MD SHAHIDUL ISLAM, KIM USHER. Understanding Eco-anxiety: A Systematic Scoping Review of Current Literature and Identified Knowledge Gaps. **The Journal of Climate Change and Health**. Volume 3, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.joclim.2021.100047>.

CAPÍTULO VIII

A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO PROPOSTA DE DEMOCRATIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

DOI: 10.51859/ampla.hdh052.1125-8

Halley Jhason Medeiros Mendes
João Menezes Santos Neves

1. INTRODUÇÃO

As democracias modernas, incluindo a brasileira, são fundadas no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88). Tal princípio, construído através de discursos filosóficos, políticos e jurídicos da modernidade demonstra o anseio de emancipação dos tradicionais laços comunitários que nos unem enquanto seres humanos. De outra ponta, a criminologia surge como um discurso científico poderoso que justificará o controle social exigido pela sociedade burguesa em ascensão.

Sob esse prisma, sabemos que o Código de Processo Penal Brasileiro – Decreto-Lei nº 3.689, datado de 3 de outubro de 1941 –, até pela época em que foi editado, não é dos documentos legislativos mais democráticos em nosso país. Já muito reformado e reinterpretado pela nova ordem constitucional vigente desde 1988, embora tenha evoluído em alguns aspectos, ainda está longe de ser um documento que permite a participação democrática dos envolvidos.

Em especial quando falamos da vítima e da comunidade afetada pelo delito. Ao se analisarem as possibilidades previstas em lei para a participação de tais pessoas no Processo Penal Brasileiro, podemos perceber que elas são mínimas e, na grande maioria das vezes, insignificantes no que se refere à autodeterminação. Pelo contrário, a vítima, quando participa do processo penal, é reificada – reduzida a um mero meio de prova.

Algumas alterações legislativas recentes objetivaram reduzir, ainda que minimamente, tal reificação. Todavia, ainda estamos longe do cenário ideal. Com uma simples busca por

palavras, encontramos o vocábulo “vítima” apenas 20 vezes no Código de Processo Penal³⁵², na maior parte delas, como objeto de prova³⁵³.

Da mesma forma acontece com os membros da sociedade que, eventualmente podem participar como testemunhas de algo, mas raramente – salvo no Tribunal do Júri – tem o poder de opinar na resolução do conflito.

Assim, a participação democrática na jurisdição criminal brasileira limita-se a participação dos órgãos oficiais: Magistratura, Ministério Público e forças de segurança. Tal situação nos leva a questionamentos importantes: Conseguem os órgãos oficiais espelhar os valores comunitários da sociedade afetada? Existe identificação, alteridade, entre tais órgãos e os jurisdicionados? Em caso negativo, como mudar esse cenário?

Eis então o paradoxo do sistema penal, já reconhecido por Zaffaroni (*apud* CARVALHO, 2014, p. 12): “os avanços da dignidade humana sempre ocorreram em luta contra o poder punitivo”. Diante das inúmeras violações de Direitos Fundamentais corriqueiras existentes no nosso sistema de Justiça Penal – algumas delas chanceladas pelo Poder Judiciário – o que pode ser feito para emancipar o cidadão brasileiro, tornando-o senhor de seu próprio destino, capaz de enfrentar os próprios demônios e alcançar, finalmente, uma resolução pacífica de conflitos com as quais concorde?

Parte-se da hipótese de que o sistema penal como conhecemos é incompatível com o reconhecimento da dignidade humana, na medida em que é um espaço de reprodução e legitimação das violências reais e simbólicas existentes no mundo real (CARVALHO, 2014, p. 14). A proposta a ser tratada aqui responde pelo nome de Justiça Restaurativa, uma resposta alternativa à Justiça Penal que conhecemos, que busca desenvolver a maturidade de uma comunidade, reconhecendo todos os envolvidos (vítima, agressor e comunidade) como pessoas humanas (nos termos do predicado constitucional da dignidade da pessoa humana,

³⁵² Poderíamos, ainda, como o fizemos, substituir o vocábulo da pesquisa para “ofendido”, terminologia também utilizada pelo Código de Processo Penal. Mas o resultado não seria muito diferente. O vocábulo aparece cerca de 50 vezes, um terço delas como objeto de prova, em outro terço, como sujeito de direitos e, quando tal ocorre, o Ministério Público pode interferir em suas ações, dando-se preferência à atuação estatal em detrimento de quem sofreu o dano.

³⁵³ A vítima é mencionada como objeto de prova, em sete dispositivos (art. 13-A, 13-B *caput* e seu §4º, 158-A, 185, §2º, III, 187 e 240, §1º, g), como objeto de uma negociação da qual ela não participa uma única vez (art. 28-A, I), como sujeito de direitos, podendo atuar no processo em nove oportunidades (art. 28, *caput*, §1º, art. 28-A, §9º, 124-A, 400-A, *caput* e II, 474-A, *caput* e II e 530-F) e em outras situações (art. 70, §4º) – como um dos critérios para fixação de competência de julgamento do crime. Ressalta-se que, apesar de o número em que ela é tratada como sujeito de direitos só se apresenta maior atualmente em razão de duas alterações legislativas recentes o chamado “pacote anti-crime” e a “Lei Mariana Ferrer”. No primeiro caso, trouxe à vítima a possibilidade de recorrer em caso de discordar do arquivamento do Inquérito Policial – dispositivo ainda não regulamentado e de difícil aplicação ainda hoje, após 4 anos de vigência. Já no segundo, as regras dos artigos 400-A, 474-A são replicadas e só passaram a existir após todo o constrangimento sofrido no caso que se tornou público após matéria do *The Intercept*.

fundamento da República Federativa do Brasil), capazes de, em um momento de crise, de conflito – afinal as relações humanas são potencialmente conflituosas – resolverem-nas de forma democrática, proporcional e satisfatória. Se possível, sem o uso da “violência legítima” do Estado – ou, pelo menos, reduzindo essa hipótese a raros casos.

Utiliza-se, aqui, uma chamada “metodologia de baixa complexidade” (OLIVEIRA, 2004, p. 164), como forma de realizar uma modalidade de pesquisa denominada “sociojurídica”, recorrendo-se à retórica analítica. Adeodato decompõe a retórica em três planos, três níveis de atuação do discurso constitutivo do que o senso comum conhece como “realidade” (ADEODATO, 2014, p. 21): a retórica estratégica; a retórica material; e a retórica analítica.

O primeiro destes sentidos da retórica (retórica estratégica) refere-se aos embates discursivos que se dão na tentativa de promover o convencimento (ADEODATO, 2014, p. 24). Já o segundo sentido (retórica material) identifica-se com o que o senso comum tem por “realidade”, “fato” ou “verdade”, mas que consiste, sob a perspectiva da retórica realista de Adeodato, em um “discurso vencedor” (ADEODATO, 2014, p. 21), uma tese que sobreveio ao embate discursivo. E, por fim, a retórica em sentido analítico (retórica analítica) não é propriamente um método, mas uma metódica descritiva que promove a investigação, a análise dos discursos, um estudo dos métodos (ADEODATO, 2014, p. 24).

Para se promover a investigação ora proposta, pretende-se atuar primeiramente no âmbito deste último plano, da retórica analítica, ao se proceder uma análise do discurso tido como o vencedor em relação à operação de reificação da vítima e da sociedade no processo penal brasileiro. Posteriormente, migrar-se-á ao nível da retórica estratégica com a sugestão discursiva da justiça restaurativa como meio socialmente mais proveitoso de resolução de conflitos.

A consciência advinda de tal hipótese há de fazer muito bem ao cidadão brasileiro. Supõe-se que, conhecendo suas próprias mazelas e de seus semelhantes, reconhecendo-se, com alteridade, no exercício de um papel mais ativo e interativo no processo penal, será mais responsável em suas decisões e será mais capaz de construir uma nação diferente.

2. O DIREITO PENAL E A SUBTRAÇÃO DO CONFLITO

Afirma-se que o fundamento do Direito Penal Brasileiro é o chamado jus puniendi, ou, literalmente, o “direito de punir” – a prerrogativa exclusiva estatal de criar e aplicar o Direito Penal, ou seja, de definir quais as condutas “desviantes” são consideradas criminosas, bem como suas respectivas punições, além de aplica-las. Afirmar Nucci (2020, p.847) que:

O monopólio de distribuição de justiça e o direito de punir pertencem, exclusivamente, ao Estado, sendo vedadas, como regra, a autodefesa e a autocomposição. Há exceções, como a legítima defesa, forma de autodefesa autorizada pelo Estado, que não pode estar em todos os lugares ao mesmo tempo, bem como a transação, prevista na Lei 9.099/95, forma de autocomposição nas infrações de menor potencial ofensivo.

As condutas “desviantes” podem ou não ser toleradas. Mas mesmo quando o são, ainda ocupam um lugar de conflito. O ser humano, na medida que somente tem consciência da sua existência quando encontra outro da mesma espécie, sempre viu nesse outro um adversário, sendo a relação humana, na maior parte das vezes, conflituosa (MÜLLER, 1998^a, p. 16; ARENDT, 2001).

Desta forma, nas interações sociais é fato que, em não raras circunstâncias, o outro será uma ameaça à minha existência, na medida em que seus desejos se opõem aos meus e sua liberdade ou seus direitos constituem uma ameaça, uma contraposição aos meus (CARVALHO, 2010, p. 102). Surge, então, a chamada *rivalidade mimética*. Nesse sentido,

O desejo de posse e o desejo de poder estão profundamente ligados um ao outro. Ao mesmo tempo que os indivíduos rivalizam pela apropriação dos objetos, lutam entre si pela afirmação do seu poder. Existe assim um elo orgânico entre a propriedade e o poder. Existe assim um elo orgânico entre a propriedade e o poder. O jogo dos conflitos que opõem os homens é frequentemente um jogo de poder (MÜLLER, 1998, p. 18).

Os desejos de posse e poder geram conflitos intermináveis e “desejo desmesurado pode conduzir-me drasticamente a uma autonomia absoluta, apresentando-se como respaldo quase natural para exigir e desenvolver o meu poder sobre os demais.” (CARVALHO, 2010, p. 104), justificando o uso da violência entre os homens. Assim,

[...] se o conflito existe, de fato, na base da interação social, e desse modo a violência é um elemento constitutivo das relações humanas, ela não está alijada completamente desse ato de instituição do mundo coletivo (CARVALHO, 2010, p. 121).

Se o conflito sempre foi iminente desde o princípio das relações humanas, no início da história conhecida a violência era o meio pelo qual se solucionavam tais conflitos. Falamos da era da vingança privada, onde cada homem que se entendia violado em seus direitos se via no direito de aplacar sua ira por meio de um ato violento.

Com o surgimento do Estado e o advento do aparato da legislação, a vingança privada será regulamentada, em princípio, por meio da imposição de limites, como a Lei de Talião (que limitará a vingança por meio da proporcionalidade) ou os duelos (uma certa forma de legalidade processual).

Nesse terreno, a decomposição gradativa da ordem feudal, marcada pela descentralização do poder político e pela fragmentação e pluralismo de sua estrutura jurídica, cede espaço para a consolidação de uma nova forma de organização e dominação políticas. O estado centralizado e burocrático, na sua versão absolutista, ergue-se, pois, gradativamente a partir do Século XIV como o arcabouço institucional necessário ao mundo plural, individualista e competitivo da nascente sociedade liberal-burguesa. (CARVALHO, 2014, p. 90-91)

O Século XIII, em especial na Europa, produziu uma mudança significativa na relação de poder entre os homens – o que será chamado de “confisco do conflito à vítima” (ACHUTTI, 2014, p. 47; ANITUA, 2015, p. 37 e segs.). Trata-se de um novo pensamento criminológico, no dizer de Pavarini (2002, p. 27 e segs.), que emerge como uma teoria política, argumentando acerca do bom governo, da riqueza das nações, formas de preservação da ordem e felicidade pública. Desta forma, surgirá a *violência estrutural*, “aquela gerada pelas estruturas políticas, econômicas ou sociais que criam situações de opressão, de exploração e de alienação” (CARVALHO, 2010, p. 122).

É a substituição da noção de “dano” pela noção de “infração” (*ibid*, p. 48). Ensina o professor Thiago Fabres de Carvalho (2010, p. 129):

Evidencia-se, pois, que “a paz não é, não pode ser nem nunca será a ausência de conflitos, mas o domínio, a gestão e a resolução dos conflitos por meios diferentes da violência destruidora e mortífera. A ação política também deve procurar a resolução (do latim *resolutio*, ação de desatar) não-violenta dos conflitos”. A não violência não pressupõe um mundo sem conflitos.

Desta forma, o delito e a respectiva sanção são construções sociais, positivadas por meio do aparato estatal – leis formalmente promulgadas pelo Legislativo ou acordos informais sedimentados pela cultura e tradição (BECKER, 2008, p. 15).

O direito e a realização da justiça desempenhariam, assim, a função de catalisadores da consciência coletiva, a qual é artificialmente erguida sob o auxílio e a dependência das normas e sanções institucionalizadas pelo Estado. As penas e os interditos teriam por função inscrever, nas consciências individuais, a recordação da lei, isto é, a lembrança, sempre presente e sufocante, de uma consciência coletiva universal. (CARVALHO, 2014, p. 94)

O advento dos estados nacionais – soberanos e absolutos – trará consigo a ideia de legitimidade exclusiva para solução dos conflitos, inclusive na seara penal. Nas sociedades modernas, dotadas de tal aparato estatal, imbuídas das relações de comando-obediência, o direito de punir repousa no poder de coação, exercido exclusivamente por algum órgão estatal

que reivindica o monopólio do uso legítimo da violência (WEBER, *apud* CARVALHO, 2010, p. 135).

Nas aventuras da modernidade, o monopólio do uso da violência física legítima reivindicado pelo Estado, conforme a clássica noção de Max Weber, redundou na mais absoluta especialização da linguagem jurídica, posto que apenas ao Judiciário estaria confiada a função de pronunciar o direito aos conflitos a ele submetidos. (CARVALHO, 2014, p. 95)

O ordenamento jurídico brasileiro adotou, como regra geral, o monopólio da tutela jurisdicional penal por meio da ação penal pública, da qual o titular exclusivo é o Ministério Público, nos termos do art. 129, I, da Constituição Federal. Referenda, ainda, a regra, o disposto no art. 100 do Código Penal Brasileiro, que assim prescreve:

Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

§ 1º - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça. (BRASIL, 2024)

Desta forma, a jurisdição penal, via de regra, afasta tanto aquele que é imediatamente afetado pelo delito, a vítima, quanto a própria sociedade, que não participa diretamente da solução do conflito que afetou toda a ordem social, limitando a sua participação ao órgão ministerial, que não necessariamente representará os interesses da comunidade envolvida já que sua atuação institucional e burocrática, na grande maioria dos casos, o mantém afastado. As circunstâncias em que isso ocorre veremos, mais detalhadamente, no capítulo seguinte.

3. A EXCLUSÃO DA VÍTIMA E DA SOCIEDADE POR MEIO DAS NORMAS POSITIVADAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Como vimos no capítulo anterior, o desenvolvimento do pensamento criminológico ao longo da história partiu da vingança privada para a exclusividade da tutela estatal na solução dos conflitos. No Brasil, especificamente, a Constituição Federal e o Código de Processo Penal atribuíram tal monopólio ao Ministério Público, órgão responsável pela persecução penal.

Compete a tal instituição, portanto, dentre outras funções, fiscalizar a autoridade policial na investigação de infrações penais, investigar infrações penais por conta própria, propor ações penais, produzir provas nessas ações e pleitear a condenação dos infratores.

Partindo desta premissa, duas perguntas se fazem necessárias: qual o papel da vítima no Processo Penal Brasileiro? Qual a influência da comunidade afetada no julgamento do agente infrator da lei? Tais questionamentos visam verificar quão democrático e emancipador é o

Processo Penal Brasileiro. Acreditamos que a resposta a tais questionamentos pode nos fazer repensar acerca da utilidade da atual jurisdição penal brasileira.

O Código de Processo Penal Brasileiro dedica o Capítulo V, um único artigo e seis parágrafos, ao ofendido. Trata-se do artigo 201 do CPP, vejamos:

Art. 201 – Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, que seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo suas declarações.

§ 1º - Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade.

§ 2º - O ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem.

§ 3º - As comunicações ao ofendido deverão ser feitas no endereço por ele indicado, admitindo-se, por opção do ofendido, o uso do meio eletrônico.

§ 4º - Antes do início da audiência e durante a sua realização, será reservado espaço separado para o ofendido.

§ 5º - Se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado.

§ 6º - O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determina o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação. (BRASIL, 2024)

Podemos observar informações importantes do mencionado dispositivo legal. Do *caput* do dispositivo já podemos verificar o caráter de prova que é dado à participação do ofendido no processo penal brasileiro: ao afirmar que, sempre que possível o ofendido será perguntado sobre as circunstâncias do fato, autoria do delito e outras provas que possa indicar, o Código de Processo Penal já estabelece que o juiz deve extrair o máximo possível da produção probatória do ofendido.

De se ressaltar que o art. 201 não menciona, em momento algum, qual é a vontade da vítima, ou sua opinião acerca do comportamento do agressor, ou da forma em que se sentiu ofendido pelo ilícito penal.

O caráter probatório das declarações do indivíduo é tão forte que a legislação autoriza ao juiz determinar sua condução coercitiva caso, intimado regularmente, não compareça sem justo motivo. Interpretando o texto, é possível concluir que o desinteresse da vítima não é “justo motivo” para o legislador. Sendo o crime de ação penal pública e arrolado o ofendido como prova nos autos, o magistrado tem o poder de tomar suas declarações, queira o ofendido ou não.

Por fim, o parágrafo quinto demonstra, mais uma vez, como o código trata o ofendido como um agente de vontade viciada, quase um agente incapaz, na medida em que concede o juiz a faculdade de, se entender necessário, encaminhá-lo a atendimento multidisciplinar. Neste ponto, especificamente, pergunta-se, através de qual critério poderá o juiz julgar necessário? Está o magistrado brasileiro capacitado a avaliar a real necessidade do ofendido?

Os outros parágrafos deste artigo 201 do Código de Processo Penal são normas de proteção – pelo menos esta preocupação com o ofendido a legislação demonstra – na medida que visa mantê-lo informado do que acontece no feito, protege-lo de encontros conflituosos desprotegidos e preservar sua intimidade. Neste ponto específico, o problema não está na legislação, mas em sua aplicabilidade. A grande maioria das instalações jurisdicionais não se encontra preparada estruturalmente para cumprir a legislação.

Outras trinta e nove menções ao ofendido são feitas no Código de Processo Penal, a grande maioria está relacionada a produção de provas envolvendo o envolvido ou com requisitos de procedibilidade da ação penal pública condicionada ou privada. O único dispositivo a par dos já comentados que concede alguma possibilidade de participação da vítima no processo penal é o art. 268, que lhe concede o direito de atuar no feito como Assistente da acusação.

Tal participação todavia, se limita a “propor meios de prova, requerer perguntas às testemunhas, aditar o libelo e os articulados, participar do debate oral e arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público, ou por ele próprio”. Ainda assim, tanto sobre o ingresso no feito como assistente, bem como quanto às provas requeridas pelo Assistente, o Ministério Público será ouvido previamente (vide art.’s 271, §1º e 272) e, em caso de indeferimento por parte do magistrado, não caberá qualquer recurso (art. 273).

Em suma, a legislação processual penal pátria negligência a participação da vítima, limitando-a a um mero meio de prova ou a mero auxiliar a instrução probatória.

Na outra ponta da presente discussão, a comunidade envolvida também é quase que totalmente excluída do processo. Qualquer pessoa membro da comunidade afetada participa do processo apenas como noticiante de um crime (art.’s 5º, §3º, e 27 do CPP), como testemunha (art. 202, do CPP), como responsável pela prisão em flagrante (art. 301, do CPP) ou testemunha dela (art. 304, §2º, do CPP), ou como jurado (art. 425, §2º, do CPP).

Em qualquer destas hipóteses, na medida em que a tutela do fato é entregue nas mãos do Estado, a participação de qualquer membro da sociedade será meramente passiva. Em quase todas, se resumirá a um relato a ser considerado (ou não) pela autoridade (judicial, ministerial ou policial). Apenas o jurado terá algum poder de decisão, que se extinguirá tão logo o veredito

seja dado, não cabendo-lhe interferir no tipo e quantidade de pena a ser aplicada em caso de condenação.

Todo este aparato legislativo, importado da consciência jurídica eurocêntrica, foram incorporados à nossa cultura sem que tivessem sido compreendidos, o que tivesse sido considerada a consciência jurídica local. No dizer de CARVALHO (2014, p. 14):

[...] a transplantação das práticas e das instituições modernas (como o Estado centralizado e burocrático, o mercado competitivo e a esfera pública) fez-se desacompanhada desse consenso mínimo em torno de valores comuns que possibilitassem a sua efetiva sedimentação e posterior desenvolvimento eficaz.

Podemos concluir, com tais observações, que o “sequestro do conflito”, no que tange à legislação brasileira, excetuando-se as raríssimas exceções – delitos de ação penal privada ou pública condicionada à representação do ofendido – foi quase completa, conferindo pouquíssimo (quase nenhum) aspecto democrático ao processo penal.

4. O DISTANCIAMENTO DOS ÓRGÃOS OFICIAIS DA REALIDADE BRASILEIRA – O EXEMPLO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO PROPOSTA

Diante de tudo o que vimos até aqui, podemos constatar que não há espaço relevante para participação da vítima ou da comunidade afetada pelo delito no processo penal brasileiro e que, para que o processo penal seja democrático, dependerá única e exclusivamente da representatividade que as instâncias oficiais de poder forem capazes de alcançar.

Mas quanto podem o Poder Judiciário, o Ministério Público e as forças policiais – órgãos estatais preenchidos, na sua maior parte, por servidores públicos concursados – representar, em alguma medida, a identidade coletiva brasileira? Como a realidade dos servidores ocupantes de tais cargos os aproxima da realidade do cidadão brasileiro?

É bem verdade que a identidade brasileira está (ou deveria estar), de alguma forma, na Constituição Federal e que, estando todos estes agentes de poder submetidos ao texto constitucional, haveria alguma garantia democrática de respeito a valores fundamentais básicos, caríssimos ao povo brasileiro.

O postulado da dignidade da pessoa humana, positivado no texto constitucional no art. 1º, III, (BRASIL, 2024), talvez o principal destes valores, arcabouço jurídico-político das democracias constitucionais (CARVALHO, 2014, p. 37), busca assegurar a legitimidade e a unidade da comunidade política, garantindo, da mesma forma, a pluralidade. Para que exista, ao mesmo tempo, unidade e pluralidade legítimas, faz-se necessário reconhecimento,

alteridade. Dussel (apud FORNET-BETANCOURT, 2004, p. 56), discorrendo acerca da alteridade no contexto da América Latina, formula essa opção nos seguintes termos:

Agora é necessário trocar-se de 'pele', ter novos 'olhos'. Não são já a pele e os olhos do ego *conquiro* que culminará no ego cogito ou na 'Vontade-de- Poder'. Não são já mãos que empunham armas de ferro, e olhos que vêm desde as caravelas... Temos que ter a pele que sofrerá tantas penúrias na encomenda e no repartimento, que apodrecerá nas pestes dos estranhos, que será ferida até os ossos na coluna onde se açoitava os escravos [...]. Temos que ter os olhos do Outro, de outro ego, de um ego do qual devemos re-construir o processo de sua formação (como a 'outra cara' da Modernidade).

Ou, ainda, no dizer de Wolkmer (1994, p. 241):

A ética da alteridade é uma antropologia da solidariedade que parte das necessidades dos segmentos humanos marginalizados e se propõe a gerar uma prática pedagógica libertadora, capaz de emancipar os sujeitos históricos oprimidos, injustiçados, expropriados e excluídos.

Afirma o professor Thiago Fabres de Carvalho (*ibid*, p. 37):

A edificação desse sentido subjetivo e social da dignidade, possibilitadas pelas experiências de reconhecimento, assume uma importância decisiva, visto que a valorização negativa de determinados indivíduos ou grupos, isto é, a produção social da invisibilidade, converte-se em gravíssimos problemas de integração social.

Pelas mais diversas razões, não há identificação entre as instâncias oficiais de poder no Processo Penal e os jurisdicionados brasileiros. Seja pelas diferenças decorrentes da má distribuição de renda em nosso país (no mesmo momento em que se aprova aumento do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal – teto do funcionalismo no país –, dificultasse o acesso a benefícios previdenciários e fala-se em [mais uma] reforma da Previdência), seja pelo capital jurídico acumulado (BOURDIEU, 2004, p. 209), ou por outras razões conhecidas e outras ainda desconhecidas, não parece existir alteridade entre a população brasileira e os órgãos relacionados à jurisdição penal (CARVALHO; MENDES, 2017, p. 347 e ss)³⁵⁴.

Algumas decisões do Poder Judiciário, incluindo o Supremo Tribunal Federal – guardião da Constituição –, nos permitem visualizar isso com certa clareza. Vejamos, por exemplo, a interpretação acerca dos delitos de bagatela. Em crimes patrimoniais comuns, em especial o furto, nossos tribunais já estabeleceram diversos requisitos para aplicação do princípio da

³⁵⁴ Algumas destas razões já foram investigadas em outro artigo publicado pelo autor do presente trabalho, intitulado "O 'capital jurídico' e sua incompatibilidade com sua função declarada: uma análise da Magistratura brasileira e outras profissões jurídicas e seu comportamento perante o jurisdicionado", publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 25, nº 137, de novembro de 2017. Recomenda-se a leitura àqueles que queiram se aprofundar no tema.

insignificância: um deles é o valor do dano causado (ou do bem subtraído), já tendo decidido o STJ que a subtração de bens no valor de R\$ 110,00 (cento e dez reais) não configura delito de bagatela. Vejamos a fundamentação:

1. A aplicabilidade do princípio da insignificância no delito de furto, para afastar a tipicidade penal, é cabível quando se evidencia que o bem jurídico tutelado (no caso, o patrimônio) sofreu mínima lesão e a conduta do agente expressa pequena reprovabilidade e irrelevante periculosidade social. 2. No caso, a conduta perpetrada pela Recorrente – furto de peças de vestuário, avaliadas em R\$ 110,00 – não se insere na concepção doutrinária e jurisprudencial de crime de bagatela. No caso de furto, não se pode confundir bem de pequeno valor com de valor insignificante. Este, necessariamente, exclui o crime em face da ausência de ofensa ao bem jurídico tutelado, aplicando-se-lhe o princípio da insignificância; aquele, eventualmente, pode caracterizar o privilégio inculcado no §2º do art. 155 do Código Penal, já prevendo a Lei Penal a possibilidade de pena mais branda, compatível com a pequena gravidade da conduta. (STJ, AgRg no RESP 1.295.601-MG, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 15.05.2012)³⁵⁵

Neste mesmo sentido se manifestou a corte quando julgou o HC 196.268-RJ. Contrasta, todavia, a aplicação do mesmo princípio aos crimes contra a ordem tributária, onde as cortes brasileiras (e, neste caso, o Legislativo também) se mostram muito mais condescendentes. Vejamos:

O princípio da insignificância, como corolário do princípio da pequenez ofensiva inserto no art. 98, inciso I, da Constituição Federal, estabelece que o Direito Penal, pela adequação típica do fato à norma incriminadora, somente intervenha nos casos de lesão de certa gravidade, atestando a tipicidade penal nas hipóteses de delitos de lesão mínima, que ensejam resultado diminuto (de *minimis non curat praetor*). 3- Na seara fiscal, o limite previsto é de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), conforme artigo 20 da Lei 10.522/02, com alterações trazidas pelas Portarias 75 e 130 do Ministério da Fazenda. 4- Irrelevante o fato de que as Portarias não ostentam “status” legal, porquanto o que se deve ter em vista, para a aplicabilidade do princípio da insignificância, são seus vetores informadores: a subsidiariedade e a fragmentariedade do direito penal. Assim, por medida de economia e política institucional, o Estado-credor reputa que valores abaixo do patamar de R\$ 20.000,00 não justificam a persecução judicial dos débitos tributários, não há razão para se admitir a tutela penal dos mesmos fatos. 5- O Supremo Tribunal Federal, conforme precedentes da Primeira Turma e da Segunda Turma, tem considerado, para avaliação da insignificância, o patamar de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) previsto no art. 20 da Lei 10.522/02, atualizado pela Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda. (TRF 3ª Região, AC 0000021-18.2013.4.03.6105, julgado em 07.04.2015).

³⁵⁵ Citamos, aqui, um jugado paradigmático de 2012, ilustrativo do comportamento do poder judiciário. Mas, para demonstrar a contemporaneidade do argumento, mencionamos, no mesmo sentido: STJ: AgRg no AREsp 2480609/DF, julgado em 06.02.2024, AgRg no HC 852800/SP, julgado em 23.10.2023, AgRg no REsp 2030301/SP, julgado em 06.03.2023, HC 747651/SP julgado em 02.08.2022, dentre inúmeros outros. STF: HC 113369, julgado em 19.03.2013, HC 113258, julgado em 25.06.2013, HC 114174, julgado em 05.11.2013, dentre outros.

Assim, Ministério Público e Poder Judiciário, além de subtraírem para si o conflito com intuito de entregar uma solução pacífica à comunidade, sem, contudo, permitir que esta participe da resolução, ainda adotam critérios diferenciados que, certamente, não são compartilhados por ela. Decidir que a subtração de patrimônio privado na escala de R\$ 100,00 (cem reais) configura gravidade suficiente a ensejar a tutela estatal penal, enquanto, por outro lado, a sonegação na escala de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) de patrimônio que custearia a máquina pública e poderia (deveria) gerar ganho coletivo demonstra-se insignificante ofende, ao mesmo tempo, a vítima, o agressor e a sociedade como um todo.

Permitir que o primeiro violador da norma seja submetido a pena – em alguns casos, privativa de liberdade – enquanto o segundo sequer seja considerado um violador demonstra uma desproporcionalidade não compartilhada pela comunidade que, não encontrando formas de expor sua voz, vê-se diante de um processo penal cada vez menos democrático, baseado no medo imposto ao cidadão. Essa resposta estatal será ineficaz e contraproducente para a construção de uma identidade social, pois, como ensina CARVALHO (2014, p. 22):

[...] não há sociedade democrática possível na qual se vê imperar o medo, a desconfiança e a violência recíprocas, a exclusão indisfarçável de excessivos contingentes populacionais e a resposta (quase) sempre tirânica do poder instituído.

Necessário se faz buscar uma saída que realmente seja capaz de permitir à sociedade enfrentar seus próprios demônios, sem retirar sua autonomia. Para tanto, propomos a aplicação da chamada Justiça Restaurativa (ACHUTTI, 2014) como uma possibilidade a ser reconsiderada pelos tribunais e legisladores brasileiros, fazendo-o com base na retórica estratégica:

A **retórica estratégica** trabalha com as metodologias, seu objetivo é conformar a retórica material, interferir sobre ela, fixar-lhe diretrizes, dizer como ela deve ser. A retórica estratégica é composta, literalmente, de metodologias, de “teorias sobre os métodos”, métodos esses que compõem a retórica material. As metodologias são orientações para conseguir objetivos. A metodologia do direito, os ensinamentos dogmáticos para o sucesso das práticas jurídicas, não foge à regra. (ADEODATO, 2014, p. 24)

Ensina, ainda, referido professor (*ibid*, p. 26) que “enquanto a retórica analítica é descritiva, as retóricas estratégica e material são prescritivas (ou normativas)”. Assim, já que o paradigma atual não atende aos anseios sociais, a Justiça Restaurativa é apresentada com a pretensão de, ao mesmo tempo, ser uma solução viável ao problema da questão criminal, sem, com isso, retirar a autonomia da vítima e da comunidade, seus direitos de escolher o próprio destino, sua dignidade.

O interesse pela justiça restaurativa no ocidente emerge de um programa de reconciliação entre vítima e agressor realizado na cidade de Kitchener, Ontário, Canadá em 1974 (ACHUTI, 2014, p. 53). Tratam-se de inúmeras iniciativas sociais que visam implementar: i) alternativas às prisões; ii) resolução de conflitos; iii) mediação vítima-ofensor e sua reconciliação; iv) proteção dos direitos da vítima; v) conferências de grupos familiares; e vi) círculos de sentença.

Podemos conceituar a justiça restaurativa nas palavras de Gerry Johnstone e Daniel Van Ness (*apud*, ACHUTI, 2014, p. 57) como “um movimento social global que apresenta enorme diversidade. O seu objetivo maior é transformar a maneira como as sociedades contemporâneas percebem e respondem ao crime e a outras formas de comportamentos problemáticos”.

Daniel Achuti (2014, p. 59) afirma “que o aspecto fundamental da justiça restaurativa está no fato de as partes considerarem e decidirem, elas mesmas, o que deverá acontecer.” Citando Alisson Morris, o mencionado autor prossegue afirmando que tanto a vítima como agressor, amparados por “comunidades de cuidado” e por um facilitador, buscarão uma forma consensual de lidar com a ofensa, suas consequências e as implicações para o futuro (*ibid*, p. 59).

Falamos, portanto de um conceito aberto, que busca uma resposta menos estigmatizante possível para vítima e agressor, de forma que a ofensa seja reconhecida como tal, mas que possibilite a reparação. Um conceito que ainda vai se desenvolver com a prática, em situações inovadoras, uma vez que cada caso é irrepetível, fugindo da ilusão de segurança jurídica proposta pelo sistema judicial atual.

Para Morris, (*apud* ACHUTI, 2014, p. 66) “a essência da justiça restaurativa não é adoção de uma forma ao invés de outra; é a adoção de *qualquer* forma que reflita os valores restaurativos e que vise a atingir os processos, resultados e objetivos restaurativos”.

Por ser um processo de construção coletiva, a justiça restaurativa é capaz de construir um novo conceito semântico muito mais legítimo e capaz de solucionar o conflito do que a resposta judicial-estatal, que geralmente desagrada todas as partes (a vítima não se sente reconhecida e não vê proporcionalidade na decisão, enquanto o agressor se vê reificado e excluído).

Estamos diante, portanto, de um novo paradigma de justiça, cujas características centrais envolvem, segundo Daniel Achuti (2014, p. 83), os seguintes aspectos:

(a) *participação da vítima* nos debates sobre o caso, incluindo a deliberação sobre a maneira como os danos oriundos do conflito serão reparados; (b) o procedimento *poderá não resultar em prisão* para o ofensor, mesmo que ele venha a admitir que praticou o delito e eventuais provas corroborem a sua confissão; (c) é possível (e desejável) que *as partes cheguem a um acordo* sobre como lidar com a situação; e (d) *os operadores jurídicos deixarão de ser os protagonistas* do processo, abrindo espaço para uma abordagem mais ampla do conflito.

A Justiça Restaurativa, portanto, seria capaz de preencher uma lacuna que a jurisdição penal não é capaz hoje no Direito Brasileiro: a legitimidade democrática. CARVALHO (2014, p. 18), nos ensina que “A organização de um poder implica a adesão de outros, e é o que, na comunidade igualitária, se busca por meio da argumentação, mas nunca por meio da violência”, como tem feito o Estado Brasileiro. Complementa, ainda Luis Eduardo Soares (*apud* CARVALHO, 2014, p. 21):

[...] a identidade só existe no espelho e esse espelho é o olhar dos outros, é o reconhecimento dos outros. É a generosidade do olhar do outro que nos devolve a nossa própria imagem unida de valor, envolvida pela aura da significação humana, da qual a única prova é o reconhecimento alheio. Nós nada somos e valemos nada se não contarmos com o olhar alheio acolhedor, se não formos vistos, se o olhar do outro não nos recolher e salvar da invisibilidade – invisibilidade que nos anula e que é sinônimo, portanto, de solidão e incomunicabilidade, falta de sentido e valor. Por isso, construir uma identidade é necessariamente um processo social, interativo, de que participa uma coletividade e que se dá no âmbito de uma cultura e um determinado momento histórico.

Desta forma, quebrar-se-á o paradigma da visão vertical da definição do que é justo, abrindo espaço para um acordo horizontal e plural do que pode ser considerado justo para os envolvidos no conflito – emancipando-os como senhores de seu próprio destino – e rompendo os limites colocados pelo direito liberal, fazendo com que o ilícito seja interpretado interpessoalmente e socialmente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS – A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO FORMA DE SOLUÇÃO NÃO VIOLENTA DOS CONFLITOS: A NECESSÁRIA EMANCIPAÇÃO DA SOCIEDADE

Este trabalho se propôs a analisar o quão democrático é o processo penal brasileiro a partir de seus procedimentos atualmente vigentes e da forma como trata a vítima e a comunidade afetada pelo delito. Foi observado que no decorrer da história tivemos diversas formas de tentar solucionar o problema da questão criminal, algumas mais democráticas, outras menos, algumas desproporcionais. No momento em que o Estado assume para si tal responsabilidade, o chamado “sequestro do conflito”, passa a vigorar o paradigma de que a

violação da lei é mais grave que o efetivo dano causado e que, por isso, a estrutura estatal deve ter o monopólio da punição.

Desta forma, afastadas por completo da resolução dos conflitos penais tanto a vítima – que, na grande maioria dos casos, passa a ter o papel de mera prova – quanto a comunidade envolvida – que, regra geral, não tem papel nenhum na persecução penal. A democracia existente no processo penal limita-se única e exclusivamente na representatividade que as instâncias oficiais de poder conseguem ser o espelho dos valores da comunidade.

Este, então, tem sido um problema no Brasil, na medida em que a sociedade, em geral, não se reconhece mais nos valores elencados pelo Poder Judiciário (ou até pelo Ministério Público e forças de segurança) como fundamento de suas decisões.

Assim, atuando no nível da retórica estratégica, propomos uma reanálise da matéria, sugerindo um novo paradigma que seja capaz de solucionar os conflitos sem reificar vítima, agressor ou comunidade.

Trata-se da proposta da Justiça Restaurativa, aqui delineada pelo professor Daniel Achuti, que estudou o funcionamento do sistema na Europa e que o apresenta como uma forma de justiça mais democrática e emancipadora, tornando os envolvidos no conflito e a própria sociedade senhores da história a ser construída, permitindo que a solução dos problemas seja menos traumática e reconhecida com maior legitimidade.

Mas para que isso seja possível, é necessário repensar nosso sistema de justiça vigente, altamente burocrático e concentrado nas mãos de juristas que deixaram de ser facilitadores para serem limitadores – com uma visão míope e legalista – das situações de conflito. Infelizmente, o sistema atual não produz resultados eficientes: não pune e não ressocializa, apenas reproduz e implementa desigualdades. Não resolve as situações conflituosas, mas gera um clima ainda mais bélico nelas. Não é capaz de solucionar o problema da violência, na medida em que se utiliza da própria “violência legítima estatal” para oferecer sua resposta.

Se a sociedade quer e realmente espera pela paz, é hora de tomar as rédeas do destino e procurar solucionar seus conflitos inerentes e inevitáveis de outra forma que não seja por meio da violência. A Justiça Restaurativa pode ser o princípio deste caminho.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2014.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 18 set. 2024.

_____. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 18 set. 2024.

_____. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 18 set. 2024.

BECKER, Howard. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Trad. Maria Luiz X. De Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

CARVALHO, Thiago Fabres de; ROSA, Alexandre Morais da. **Processo penal eficiente & ética da vingança: em busca de uma Criminologia da não violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Thiago Fabres de. **Criminologia, (In)visibilidade e Reconhecimento: o controle penal da subcidadania no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

CARVALHO, Thiago Fabres de; MENDES, Halley Jhason Medeiros. O “Capital jurídico” e sua incompatibilidade com sua função declarada: uma análise da Magistratura brasileira e outras profissões jurídicas e seu comportamento perante o jurisdicionado”. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 25, volume 137, novembro de 2017, Revista dos Tribunais, 2017.

FORNET-BETANCOURT, Raúl. **Interculturalidade: críticas, diálogo e perspectivas**. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2004.

MÜLLER, Jean-Marie. **O princípio da Não-violência; percurso filosófico**. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º ao 120 do Código Penal**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de Hamurábi! A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em direito. In: OLIVEIRA, Luciano. **Sua excelência, o comissário, e outros ensaios de sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Letra legal, 2004.

PAVARINI, Massimo. **Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Plurarismo jurídico: Fundamentos para uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Editora Alfa Omega, 1994.

CAPÍTULO IX

O DECRETO NO DIREITO BRASILEIRO E O PODER REGULAMENTADOR DO EXECUTIVO

DOI: 10.51859/amplla.hdh052.1125-9

Flávio Barroca e Garcia

1. O DECRETO NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Conforme a clássica divisão do Poder Estatal em três funções: executiva, legislativa e judiciária, cabe ao Executivo implementar ou executar as leis, o que acaba por confundi-lo com o próprio conceito de governo, não obstante varie de país a país. Nos países parlamentaristas, por exemplo, o Poder Executivo divide-se entre o chefe de governo, representado pelo primeiro-ministro, e o Chefe de Estado, representado pelo rei ou pelo presidente, conforme se trate de uma Monarquia ou uma República. Já nos países presidencialistas, o Poder Executivo é representado unicamente pelo presidente que acumula as atribuições de Chefe de Governo e Chefe de Estado. Todavia nem sempre o Executivo se resume aos chefes, uma vez que, em regimes democráticos, o seu representante conta com o corpo de ministros, assessores, e demais órgãos de apoio.

Com a função precípua de executar atos administrativos, cabe ao Poder Executivo buscar atender ao interesse público a fim de alcançar a finalidade do governo, ou seja, administrar o País dentro das normas constitucionais e infraconstitucionais estabelecidas, dando forma ao que se convencionou chamar de “Estado de Direito”.

No modelo brasileiro, desenhado pela Constituição da República de 1988, o Poder Executivo é o conjunto de órgãos e autoridades públicas dotados de função administrativa, cabendo-lhes, além das atribuições especificadas nos art. 76 a 91 da própria Constituição, a função de fiscalizar os Poderes Legislativo e Judiciário, da mesma forma pela qual também é fiscalizado por eles.

Dentre as principais atribuições do Presidente da República, de acordo com o art. 84 da Constituição da República, estão a de sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução. Note-se que, dentre tantas atribuições, a CR/1988 manteve a expedição dos decretos pelo Chefe do Executivo. Assim, a legislação brasileira passou a contemplar duas espécies de decreto: o “Decreto Legislativo”, de caráter

administrativo dos corpos legislativos, como Senado Federal, Câmara dos Deputados, Assembléia Legislativa e Câmara Municipal, utilizado em assuntos referentes à sua competência privativa e de efeitos externos (MEIRELLES, 2005); e “Decreto do Executivo” ou “Decreto Regulamentar”, típico do Poder Executivo e de características bastante diferentes do “Decreto Legislativo”, mas com reflexos normativos tão relevantes quanto o primeiro e de essencial importância para este estudo.

Atualmente, os decretos regulamentares podem ser expedidos pelos representantes dos três níveis do poder executivo: Presidente, Governadores de Estado e Prefeitos. A história das Constituições no Brasil demonstra que a emissão de decretos sempre fez parte da nossa República. Todavia, a constante presença da expedição de decretos pelo Chefe do Executivo, ao longo da experiência constitucional brasileira, é indício de que, para o legislador, o decreto do Executivo não passa de ferramenta administrativa. Ou seja, como mecanismo administrativo, o decreto deve estar sempre em situação inferior à da lei, pois, ainda que de cunho normativo e geral, não pode ultrapassar o poder regulamentar de que dispõe o Poder Executivo.

Hely Lopes Meirelles (2005 p. 127) entende que poder regulamentar:

[...] é a faculdade de que dispõem os Chefes de Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) de explicar a lei para sua correta execução, ou de expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência ainda não disciplinada por lei. É um poder inerente e privativo do Chefe do Executivo (CF, art. 84, IV), e, por isso mesmo, indelegável a qualquer subordinado.

Assim, muito embora a função normativa caiba precipuamente ao Poder Legislativo, nele não se esgota. Ao contrário, remanesce para o Executivo, por meio de decretos, regulamentos e outros atos administrativos, a atribuição de complementar a lei naquilo que não é privativo do parlamento.

Embora se assemelhem, lei e regulamento não se confundem. Existem leis que não dependem de regulamento para serem executadas, enquanto outras trazem em seu texto recomendação expressa para que sejam regulamentadas. Todavia, ainda que estas últimas sejam consideradas inexecutáveis, enquanto não for expedido o decreto que a regule, diante da hierarquia das normas, tal regulamento aparece como ato inferior à lei, pois “[...] não a pode contrariar, nem restringir ou ampliar suas disposições” (MEIRELLES, 2005, p. 129).

Sob uma outra perspectiva, Diógenes Gasparini (2004, p. 117), após conceituar “poder regulamentar”, discute se a edição de regulamentos e atos normativos consubstancia um poder, uma faculdade ou uma atribuição do Executivo e traz a seguinte análise:

Certamente não é poder, como também não são poderes o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, embora assim qualificados pelo art. 2º da Constituição Federal. O Poder Político é uno, indivisível e indelegável. Seu exercício, no entanto, dá-se mediante esses órgãos. Desempenham eles funções. Estas são, respectivamente, a legislativa, a executiva e a judiciária. De outro lado não é faculdade, dada a obrigatoriedade de seu exercício. Quem é compelido a cumprir certa obrigação não a exerce a título de faculdade. É atribuição. Com efeito, regulamentar leis é uma atribuição do Chefe do Executivo, como tantas outras que lhe cabem, nos termos do ordenamento jurídico.

Não obstante a pertinente observação de Gasparini, a tradição conceitual-doutrinária acerca da característica regulamentar do Poder Executivo faz com que seja de uso corrente entre os acadêmicos a expressão “poder regulamentar”.

A atribuição ou poder regulamentar faz surgir o que, na doutrina, se convencionou chamar de regulamento. Segundo Diógenes Gasparini (2004, p. 119), o regulamento pode, em nosso ordenamento, ser definido como “[...] o ato administrativo normativo, editado, mediante decreto, privativamente pelo Chefe do Poder Executivo, segundo uma relação de compatibilidade com a lei para desenvolvê-la”.

Nessa esteira, o Decreto do Executivo é caracterizado por um poder regulamentar, administrativo, pautado no exercício de função normativa subordinada. Em outras palavras, significa que essa espécie tem poder limitado, uma vez que não pode criar normatividade que inove a ordem jurídica. Todavia, para uma perfeita compreensão da função normativa do decreto, é necessário entender o significado da palavra “lei”. Como ponto de partida, é preciso enfatizar que a própria expressão “lei” não possui sentido unívoco, como se pode constatar do texto constitucional em vigor que ora apresenta a “lei” em sentido formal e ora em sentido “material”. Para esclarecer tais sentidos, Hely Lopes Meirelles (2005, p. 130) ensina:

Lei, em sentido formal e material é a norma geral e abstrata de conduta aprovada pelo Legislativo e sancionada pelo Executivo; em sentido material apenas, é toda norma editada pelo Poder Público, especialmente os decretos regulamentares expedidos pelo Executivo. Lei em sentido restrito e próprio é, portanto, unicamente, a norma legislativa, e, em sentido amplo e impróprio, é toda imposição geral do Estado, provinda de qualquer órgão de seus Poderes, sobre matéria de sua competência normativa.

Por outro lado, Simone Lahorgue Nunes (2000, p. 48), ao estudar os fundamentos e os limites do Poder Regulamentar no âmbito do Mercado Financeiro, entende que “[...] o Estado de Direito garante aos administrados que a restrição à sua liberdade ficará adstrita a hipóteses previamente estabelecidas ou originadas em lei”. E completa afirmando que as atuais cartas políticas consagram o princípio da legalidade como forma de salvaguardar tal garantia. Acrescenta que esse sentido de legalidade como mecanismo de proteção ao Estado de Direito

se identifica com a própria noção de “separação dos poderes”, pois somente com um Legislativo independente seria possível se garantir os direitos num sentido jurídico-político (NUNES, 2000).

Partindo dessa premissa, resta compreender o princípio da legalidade, indispensável à proteção do Estado de Direito, diante da concepção de Meirelles (2005), para quem o decreto, ainda que apenas em sentido material, também é considerado “lei”.

Bastante pertinente é a discussão sobre essa problemática, uma vez que, ao reconhecer a exclusividade do parlamento para o exercício da função legislativa, por ser esse um órgão de representatividade popular, democrático por excelência, o princípio da legalidade poderia restar prejudicado, se admitida a força legal dos decretos oriundos do Executivo.

Para esclarecer esse impasse acadêmico, Simone Lahorgue Nunes (2000, p. 49) ensina:

A doutrina nacional, de uma forma geral, reconhece o princípio da legalidade apenas em parte, dando relevância para o que chamaremos de ‘princípio da reserva absoluta da lei’, ignorando, assim, o outro sentido com o qual é tal princípio referido no Texto Constitucional, qual seja, o ‘princípio da reserva da norma’, enfoque este imprescindível para chegarmos à conclusão de que pode a legalidade ser mantida ainda quando a função normativa for desenvolvida pelo Executivo.

Nessa esteira, para que se possa alcançar o real sentido do princípio da legalidade, não se pode restringi-lo à idéia de vinculação a um determinado tipo de norma específica, e sim ao ordenamento jurídico como um todo, incluindo-se nesse “todo” qualquer espécie normativa que, apesar de não editada pelo Legislativo, constitua “lei” em sentido material.

Sob essa perspectiva de análise do princípio da legalidade como suporte para o Estado de Direito, é possível concluir que, embora pareça, os decretos do Executivo não são atos administrativos, ao contrário, por serem dotados de força normativa, emergem como meios de exteriorização desses atos, como se depreende da definição de Diógenes Gasparini (2004, p. 86):

Os atos administrativos são exteriorizados por fórmula, ou seja, *por decreto, portarias, alvará, aviso, circular, ordem de serviço, resolução, ofício, instrução, despacho e parecer*. Essas fórmulas, ou meios, não são atos, mas tão-só seus veículos. Assim, o decreto não se confunde com o ato que transporta, do mesmo modo que o mandato não se confunde com a procuração, nem a escritura com o contrato (grifo do autor).

Corroborando esse pensamento, Celso Antônio Bandeira de Mello (apud GASPARINI, 2004, p. 86) entende que essas fórmulas ou meios, dentre os quais se encontram os decretos, “[...] não são, em si mesmos, substâncias, conteúdos, mas continentes”. Por outro lado, o

Executivo não necessita de qualquer autorização legal para expedir os atos administrativos. No dizer de Gasparini (2004, p. 118), “[...] o regulamento é o primeiro passo para a execução da lei, e essa execução é atribuição do Executivo”. Conclui-se, das palavras de Gasparini, que, não obstante a tradição legislativa brasileira de fazer consignar expressamente essa atribuição em favor do Executivo faça parecer que se trata de uma atribuição derivada, a natureza dessa atribuição regulamentar é originária, na medida em que a expedição desses atos visa, diretamente, à execução da lei.

Todavia, para José Carlos Vasconcellos do Reis (2003, p. 91), ainda que não haja uma vinculação direta do Poder Executivo ao parlamento, existe uma espécie de limitação constitucional sob a qual a função política do Executivo se encontra subordinada. Se não, vejamos:

Chegou-se a vislumbrar, entre as funções do Estado uma função política não redutível ao Direito, não apreensível normativamente, sendo juridicamente livre. Hoje, todavia, supera-se essa idéia, pela constatação de que a assim chamada função política é, na verdade, um processo cooperativo entre parlamento e governo, como órgãos constitucionais. Tende-se a definir, modernamente, a função política como uma conexão de funções legislativas, regulamentares, planificadoras, administrativas e militares, de natureza econômica, financeira e cultural, dirigida à individualização e graduação de fins constitucionalmente estabelecidos. Como a Constituição vincula todo o poder estatal, fica excluída a possibilidade de se considerar a função política como juridicamente livre: todo e qualquer ato do Estado carece de habilitação constitucional.

Assim, há que se reconhecer um espaço de atuação dos agentes e órgãos do Poder Público que permite ao Executivo agir com certa discricionariedade, mediante uma avaliação da oportunidade ou da conveniência que lhe inspiram a conduta administrativa, inclusive no que se refere à expedição de decretos como exteriorização de sua atribuição regulamentar.

Todavia, ainda no dizer de José Carlos Vasconcellos do Reis (2003, p. 91), é preciso reconhecer que “[...] onde houver ilegitimidade, i.e. quando a discricionariedade tornar-se arbitrariedade, violando a ordem jurídica, o ato discricionário deve submeter-se ao exame e controle pelo Judiciário, inclusive para ser invalidado”. Ou seja, o limite da livre conveniência da administração será ditado pelo grau de aceitação social da gestão governamental capaz de medir a sua legitimidade, caso contrário, sofrerá a intervenção do Poder Judiciário que, numa autêntica demonstração do sistema de freios e contrapesos,³ buscará a aplicação dos limites impostos constitucionalmente.

Entretanto Diógenes Gasparini (2004, p. 118-119) defende que, ainda que existam limites para o exercício do poder regulamentar, este tem natureza originária, uma vez que o

Executivo prescinde de qualquer autorização legal ou até mesmo constitucional para executar as leis:

O regulamento é o primeiro passo para a execução da lei, e essa execução é atribuição do Executivo. Por esse motivo, mesmo que silentes a lei e a Constituição, no que se refere ao Poder competente para regulamentar, essa atribuição é do Executivo, porque fluente de sua própria função [...].

Não obstante isso, em nosso ordenamento jurídico, a atribuição de regulamentar sempre foi consignada na Constituição Federal, nas Constituições estaduais, nas Leis Orgânicas municipais e em inúmeras outras leis em favor do Chefe do Executivo, circunstância que leva alguns a pensar que se trata de atribuição derivada.

Em outras palavras, a atribuição regulamentar do Poder Executivo é inerente à função administrativa, de forma que vinculá-la a qualquer tipo de autorização prévia emperraria a máquina governamental e feriria a harmonia entre as funções estatais, na medida em que deixaria o Executivo submetido ao Legislativo e ao Judiciário, cabendo a este somente a vigilância quanto à legalidade dos atos administrativos.

Decreto é a fórmula de exteriorização do ato administrativo. Nesse sentido, Diógenes Gasparini (2004, p. 86) ensina que “[...] decreto é a formula segundo a qual os chefes dos Poderes Executivos veiculam atos administrativos de suas respectivas competências”. Por sua vez, Hely Lopes Meirelles (2005, p. 174) define os atos administrativos como:

[...] aqueles que contém um comando geral Executivo, visando à correta aplicação da lei. O objetivo imediato de tais atos é explicitar a norma legal a ser observada pela Administração e pelos administradores. Esses atos expressam o mandamento abstrato da lei, e o fazem com a mesma normatividade de regra legislativa, embora sejam manifestações tipicamente administrativas.

Diante dessas definições, destacam-se dois aspectos: a competência para edição do decreto e a observância expressa da lei. Quanto ao primeiro, significa dizer que o Chefe do Poder Executivo, ainda que dotado de certa margem normativa, deve preservar a competência específica do Poder Legislativo. O segundo aspecto significa que os decretos, como meras ferramentas administrativas, não podem ultrapassar os ditames legais.

“O instrumento ou veículo do regulamento é o decreto” (GASPARINI, 2004, p. 120). Ou seja, é por meio do decreto que o poder regulamentar exterioriza-se. Entretanto são muitas as classificações do regulamento: a) quanto aos destinatários, podem ser gerais ou especiais; b) quanto à abrangência de seus efeitos, podem ser nacionais ou regionais; c) quanto às entidades que os editam, podem ser federais, estaduais, distritais ou municipais; d) quanto à lei, podem ser executivos, delegados e autônomos.

Das classificações apresentadas, a que interessa a este estudo é a que cuida dos regulamentos em relação à lei, uma vez que o seu objeto recai sobre uma espécie normativa, típica do Executivo.

São espécies de regulamentos em relação à lei: o regulamento executivo, também chamado de regulamento de execução ou subordinado; o regulamento delegado, também chamado de autorizado ou habilitado; e o regulamento autônomo também chamado de independente. O regulamento executivo, que se exterioriza por meio do decreto regulamentar ou de execução, é o que visa a explicar a lei e a facilitar a sua execução, aclarando seus mandamentos e orientando sua aplicação (MEIRELLES, 2005). No dizer de Diógenes Gasparini (2004, p. 121), é

[...] o que se preordena ao desenvolvimento de determinada lei. Presta-se, pois, a efetivar a exeqüibilidade da lei, particularizando-a de modo a torná-la praticável no que respeita à sua generalidade e abstração ou no que concerne ao procedimento a ser observado na sua aplicação. Não pode, por isso mesmo, ultrapassar tais limites, sob pena de ilegalidade [...]. Também não se prestam a regulamentar leis de outras esferas governamentais, ainda que na prática essa regra não seja rigorosamente observada [...].

Os regulamentos delegados são aqueles que permitem à autoridade competente editá-los e, em atendimento a uma norma legal, adentrar matéria que seria reservada à lei. É uma forma de ampliação dos limites regulamentares, ainda que adstrita à matéria fixada na delegação. Todavia vale ressaltar que essa espécie de regulamento não foi contemplada pelo ordenamento jurídico pátrio, no qual prevalece o princípio de que o Executivo está adstrito aos ditames legais.

Quanto ao decreto autônomo ou independente, equivalem aos editados pela autoridade competente, no caso, o Chefe do Executivo, para dispor sobre matérias constitucionais reservadas ao próprio executivo. No dizer de Diógenes Gasparini (2004, p. 121), esses decretos autônomos:

Constituem reminiscências do antigo poder de legislar, dantes concentrado nas mãos dos Chefes de Estado. Não estão estes regulamentos, verdadeiras leis em sentido material, atrelados a nenhuma lei, nem dependem de qualquer delegação prévia do Legislativo. A reserva pode ser explícita (a Constituição prevê a utilização de regulamento autônomo) ou implícita (há reserva da matéria em favor do Executivo, sem lhe atribuir expressamente a atribuição regulamentar).

Em outras palavras, decreto autônomo ou independente é o que dispõe sobre matéria ainda não regulamentada especificamente em lei, e a doutrina aceita esses provimentos

administrativos para suprir a omissão do legislador, desde que não invadam as reservas da lei, isto é, promulgada a lei, suspende-se o decreto (MEIRELLES, 2005).

Por se tratar de lei em sentido material, o regulamento, no que diz respeito à técnica legislativa, deve observar parâmetros de elaboração próximos da lei em sentido estrito, ou seja, deve conter preâmbulo, texto e fecho, bem como fazer menção à vigência, publicação, nulidade, revogação e *vacatio*. Nos casos dos decretos federais, devem ainda conter a chamada referenda ministerial, que nada mais é do que a assinatura do Chefe do Poder Executivo, do Ministro da Justiça e do Ministro que irá executá-lo. Em suma, deve o regulamento observar o que preceitua a Lei Complementar nº. 95/98, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos.

Entretanto, no que se refere às fases de elaboração, o decreto, como espécie normativa inerente ao Executivo, não tem uma tramitação específica, uma vez que não enseja uma “inovação” no ordenamento jurídico, ou seja, o decreto do Executivo não é uma lei nova, tanto que não necessita de aprovação do Congresso. Corroborando esse entendimento, ao comentar o inciso IV do art. 84 da atual Constituição Brasileira, Celso Ribeiro Bastos e Ives Granda Martins (2001, p. 278- 279) apontam:

Além da função formal de dar vida às leis, cabe ao Presidente a expedição de decretos e regulamentos para sua fiel execução. Neste campo, sua atuação não é apenas formal, mas definitiva. Da mesma forma que, ao editar uma medida provisória recepcionada pelo Legislativo, o Presidente não precisa sancionar a lei de conversão, visto que já editou a medida provisória, que é de sua pessoal competência, o mesmo ocorre quanto aos decretos e regulamentos, que objetivam explicitar as leis. Sua competência é exclusiva, não cabendo ao Congresso sobre ela opinar.

O decreto é, portanto, uma atribuição do Poder Executivo no momento em que precisa "preparar" uma lei para ser executada. A maioria das leis necessita de regulação para que sua execução seja permitida, motivo pelo qual o Presidente expede regulamentos com o fim único de dar fiel cumprimento ao que elas determinam. Ocorre que a atribuição regulamentar não é absolutamente livre ou discricionária. No dizer de Diógenes Gasparini (2004, p. 119):

A atribuição regulamentar sofre três ordens de limites que, se inobservados, invalidam-na. São os limites: formais, legais e constitucionais. São formais, por exemplo, os que dizem respeito ao veículo de exteriorização, pois o regulamento, conforme prescrito no art. 84, IV, da Constituição Federal, há de ser manifestado mediante decreto. A portaria, se utilizada para exteriorizar o regulamento, seria um veículo ilegal. São legais os que se relacionam com o extravasamento da atribuição (por regulamento aumentou-se certo prazo fixado em lei). Dispôs-se, por regulamento, mais do que a lei permite. São

constitucionais os que se relacionam com as reservas legais (criação de cargos por regulamento, quando a Constituição da República exige lei). A inobservância desses limites vicia a regulamentação, tornando-a ilegal.

Conclui-se, portanto, que, para o Direito brasileiro, o regulamento destina-se ao fiel cumprimento da lei, nos exatos termos do art. 84, IV da Constituição de 1988, não podendo o Chefe do Executivo deixar de lado os limites impostos pelo mesmo ordenamento jurídico que lhe garante o poder regulamentar.

REFERÊNCIAS

- BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Granda. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo. Saraiva, 2002.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. 59. ed. São Paulo: Saraiva, 2024.
- BRASIL. Decreto nº. 4887, de 23 de novembro de 2003. Brasília, 2003. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4887.htm>. Acesso em: 26 jun. 2005.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.
- COSTA, Dilvanir José. Curso de hermenêutica jurídica. 4 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2018.
- GASPARINI, Diógenes. Poder regulamentar. São Paulo: Saraiva, 1978.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria da ciência jurídica. São Paulo: Saraiva, 2001.
- JÚNIOR, José Cretella. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. 2. ed. São Paulo: Editora Forense Universitária, 1997. v. 4.
- JÚNIOR, José Cretella. Do ato administrativo. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1977.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 36. ed. at. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- NUNES, Simone Lahorque. Os fundamentos e os limites do poder regulamentar no âmbito do mercado financeiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- REALE, Miguel. Teoria do direito e do estado. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- REIS, José Carlos Vasconcellos dos. As normas constitucionais programáticas e o controle do estado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAPÍTULO X

INOVAÇÕES NA TEORIA DA SENTENÇA

DOI: 10.51859/amplla.hdh052.1125-10

Raphael Maia Rangel

1. A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE SENTENÇA

A sentença foi conceituada pelo legislador de 1973 como “ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”; esta redação diferenciou o conceito de sentença do CPC de 1973 para o conceito disposto no CPC de 1939, uma vez que este utilizava o termo sentença em sentido amplo, para designar quaisquer pronunciamentos da autoridade judiciária diferentemente do CPC de 1973 que dividiu os pronunciamentos judiciais em sentença, decisões interlocutórias e despachos. Ademais o texto original do CPC de 1973 consolidava a Teoria da Unidade da Sentença, ou seja, teoria que visava impedir a ocorrência da pluralidade de sentenças em um mesmo processo³⁵⁶.

Posteriormente o Código de Processo Civil foi alterado pela lei 11.232/05 que alterou o § 1º do art. 162 e assim conceituou a sentença como “ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos artigos 267 e 269 desta lei”. Com esta nova redação a doutrina e a jurisprudência passaram a divergir quanto à interpretação conceitual, em especial sobre o fato de que qualquer decisão que se enquadrasse nos artigos 267 e 269 seriam consideradas sentenças e por essa razão desafiariam um recurso de apelação ou não. A redefinição do conceito de sentença pela lei 11.232/05 trouxe à tona uma série de dúvidas e questionamentos³⁵⁷.

A alteração do CPC oriunda da lei 11.232/05 teve o intuito de dar maior efetividade à entrega da prestação jurisdicional, especialmente quanto à função executiva, uma vez que o

³⁵⁶ MOREIRA, Âmalin Aziz Sant’ana. Evolução do Conceito de Sentença no Direito Processual Civil Brasileiro. Dissertação de mestrado. 2007.

³⁵⁷ Nesse sentido Redondo: “A nova redação do § 1º do art. 162, que passou a definir sentença, taxativamente, como todo ato judicial proferido conforme os arts. 267 ou 269, apesar de suas indiscutíveis qualidades, já vem suscitando grande divergência doutrinária, por trazer à tona 04 (quatro) indagações, de grande relevância, não só teórica, mas, principalmente, de ordem prática: Se todo ato judicial proferido que contenha o conteúdo dos arts 267 ou 269 passou a ser efetivamente sentença, ou se alguns permaneceram como decisões interlocutórias; Se tornou-se possível a prolação de sentenças parciais de mérito e, assim, a ocorrência de pluralidade de sentenças no mesmo processo; Se o recurso cabível contra tais atos será o de apelação, ou se caberá agravo de instrumento; e Se cabível a apelação, como ocorreria seu processamento em autos suplementares. (In. REDONDO, Bruno Garcia. Sentença parcial de mérito e apelação em autos suplementares. In Revista de Processo n. 160, 2008).

processo passou a ser sincrético, isto é, a liquidação da sentença e a execução de título judicial deixaram de ser feitas em processos autônomos e tornaram-se apenas etapas finais do processo de conhecimento.

Para parte da doutrina a modificação efetuada pelo legislador através da lei 11.232/05 teve como escopo principal diferenciar as sentenças definitivas das terminativas³⁵⁸.

Além disso, a alteração do conceito de sentença pela lei 11.232/05 levou alguns processualistas a enxergarem a sentença exclusivamente pelo seu conteúdo de modo a possibilitar que o magistrado julgasse apenas parcela da demanda e, com isso, deixasse para momento posterior o julgamento restante.

Contudo, não parece ser este o entendimento que prevaleceu, isto porque, preponderou uma visão sistemática e teleológica do sistema processual brasileiro para que o conceito de sentença fosse obtido analisando o sistema processual como um todo e não isoladamente e assim mantivesse a compreensão de sentenças únicas no processo.

Não obstante as muitas modificações em que o CPC de 1973 foi submetido, permanecia válida a forte crítica da doutrina de que este CPC não representava a realidade jurídica brasileira, pois, após sua vigência, entraram em vigor a Constituição Federal em 1988, o Código de Defesa do Consumidor em 1990, o Código Civil em 2002, dentre outros diplomas legais relevantes. Logo, existia um entendimento preponderante que o CPC de 1973 possuía conceitos ultrapassados e que não representavam o espírito inovador das outras ordenações jurídicas vigentes no Brasil³⁵⁹.

³⁵⁸ Nesse sentido Neves: “O advento generalizado das ações sincréticas, independentemente da natureza da obrigação objeto da condenação, obrigou o legislador a repensar o conceito de sentença, modificando o critério utilizado anteriormente. Em vez de efeito da decisão, o novo conceito de sentença tem como critério conceitual o conteúdo do pronunciamento, fazendo expressa remissão aos arts. 267 e 269 do CPC, dispositivos que indicam as causas que geram o julgamento do mérito da ação (sentença definitiva) e aqueles que extinguem o processo, mas não julgam o mérito da ação. (Sentença terminativa)”. (In. NEVES, Daniel Amorim Assunção Neves. Manual de Direito Processual Civil, volume único, método, p. 494).

³⁵⁹ Didier listou quatro situações em que o CPC de 1973 não representava a realidade jurídica brasileira após o advento de outras ordenações, em especial da Constituição Federal de 1988, e que um novo CPC seria salutar para todo o ordenamento jurídico: “1 - O novo CPC deve dar ao Ministério Público o tratamento adequado ao seu atual perfil constitucional, muito distinto daquele que vigia em 1973. Para ilustrar, é preciso rever a necessidade de intervenção do Ministério Público em qualquer ação de estado – exigência de um tempo em que se proibia o divórcio; 2 - O CPC/1973 não menciona a Defensoria Pública. Trata-se de omissão inaceitável, notadamente tendo em vista o papel que esta instituição alcançou com a CF/88; 3 - A arbitragem, no Brasil, praticamente não existia em 1973. Atualmente, o Brasil é o quarto país do mundo em número de arbitragens na Câmara de Comércio Internacional. O CPC/1973 pressupõe a realidade da arbitragem daquela época. É preciso construir um código adequado a esta realidade, prevenindo, por exemplo, o procedimento da carta arbitral e criando a alegação autônoma da convenção de arbitragem; e 4 - Não por acaso, a Câmara dos Deputados está debruçada na construção de um modelo adequado para a disciplina processual da desconsideração da personalidade jurídica – instituto consagrado no CDC e no Código Civil, amplamente utilizado na prática forense, mas simplesmente ignorado pelo CPC 1973”. (In. DIDIER, Fredie Jr.; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil, vol.2, 7ª edição).

Assim, em um campo de profundas divergências processuais quanto aos conceitos descritos no CPC de 1973, em um cenário de pesadas críticas quanto à efetividade do processo civil brasileiro e diante de um código que não representava adequadamente a realidade jurídica, a lei 13.105/15 trouxe o novo código de processo civil e redefiniu, mais uma vez, o conceito de sentença no seu § 1º do artigo 203, como sendo “Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos artigos 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução”³⁶⁰.

Não obstante a redefinição do conceito de sentença pelo atual CPC, o mesmo ainda é enredo de muitas críticas e muitas discussões, em especial sobre a sentença ilíquida³⁶¹.

Nos parece evidente que a redefinição do conceito de sentença pelo atual CPC não terminou com as controvérsias e discussões sobre os limites de atuação da sentença, porém, neste momento em que o CPC ainda não completou sua primeira década de vigência e com isso ainda busca solidificar suas bases cabe aguardar melhores posicionamento de nossas cortes superiores, em especial do Superior Tribunal de Justiça, assim como a consolidação de correntes doutrinárias para, então, proferir um posicionamento mais incisivo sobre o atual conceito da sentença definido pelo CPC de 2015.

³⁶⁰ *Ibidem*.

³⁶¹ Nesse sentido Neves: “O conceito de sentença sempre foi problemático, enfrentando diversas críticas doutrinárias e disseminando dúvidas na praxe forense. Assim ocorreu com o conceito originariamente previsto no art. 162, § 1.º, do CPC/1973, como também o conceito adotado a partir de 2005. Imaginando resolver o problema, o art. 203 do Novo CPC modifica tanto o conceito de sentença quanto o de decisão interlocutória. No § 1.º a sentença é conceituada, salvo as previsões expressas nos procedimentos especiais, como o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487 põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução. No § 2.º opta-se por um conceito residual da decisão interlocutória, como qualquer pronunciamento decisório que não seja sentença. Ao fazer menção expressa a encerramento da fase cognitiva do procedimento comum, esqueceu-se da crítica ao antigo conceito de sentença da redação originária do CPC/1973 de que, sendo interposto recurso contra essa decisão, a fase processual não se encerra, somente continuando em grau jurisdicional superior ou ainda no mesmo grau jurisdicional, como ocorre com a interposição dos embargos de declaração. Esse equívoco, entretanto, é praticamente irrisório se comparado com a total despreocupação do legislador com a sentença ilíquida. A sentença líquida, apesar de excepcional, é admitida no sistema processual pátrio. Como se sabe, proferida sentença civil genérica, o processo continuará numa nova fase procedimental, agora de liquidação, notoriamente uma fase cognitiva. Pergunta-se: a decisão que decide o *na debeat*, relegando para momento posterior a fixação do *quantum debeat*, não será mais sentença? Não coloca fim à fase de cognição, que prosseguirá na liquidação de sentença, logo deve ser considerada decisão interlocutória à luz do sugerido art. 203, § 2.º, do Novo CPC, sendo recorrível por agravo de instrumento. E, nesse caso, a decisão que fixar o *quantum debeat*, finalmente encerrando a fase cognitiva, será sentença, recorrível por apelação? Diante dos conceitos de sentença e de decisão 35.2 interlocutória sugeridos pelo dispositivo ora analisado, não há como responder negativamente a essa questão. Será, no mínimo, curioso, considerando que hoje é amplamente majoritária a doutrina em apontar para a natureza de sentença da decisão que determina somente o *andebeat*, enquanto a maioria entende que a decisão que julga a liquidação é interlocutória, existindo até mesmo regra expressa pelo cabimento do agravo de instrumento no atual CPC (art. 475-H) e no parágrafo único do art. 1.015 do Novo CPC”. (In. NEVES, Daniel Amorim Assunção. Novo CPC – Código de Processo Civil – Lei 13.105/15. Inovações, Alterações, Supressões. Editora Método. 2015. Pág. 279/280).

Contudo, é notório que a nova redação do conceito de sentença disposto no CPC de 2015 encerrou com a Teoria da Unidade da Sentença, pois consolidou a possibilidade de sentenças parciais de mérito e com isso espancou a impossibilidade da pluralidade de sentenças no mesmo processo.

2. O REFORÇO NO DEVER DE FUNDAMENTAR AS SENTENÇAS

O CPC de 2015 reforçou o dever de fundamentação das sentenças e fez isso listando uma série de situações em que uma sentença não é considerada fundamentada pelo legislador, logo, nula de pleno direito. Esse reforço, na maioria das situações descritas no código, exige do magistrado uma individualização das normas aplicáveis.

É de conhecimento geral que a fundamentação é um dos três elementos essenciais da sentença, juntamente com o relatório e o dispositivo, apesar de a prática forense estar mitigando a exigência do relatório nos dias atuais; tais elementos foram disciplinados pelo artigo 458 do CPC de 1973 e reproduzidos no artigo 489 do CPC de 2015, porém, no antigo CPC, o legislador não se preocupou em descrever situações em que a sentença, apesar de estar justificada, não estaria fundamentada adequadamente.

De certa forma é factível concluir que esta postura do legislador demonstra certa desconfiança em relação ao judiciário ao impor limites mínimos de fundamentação para que uma sentença seja considerada válida.

Assim, ao verificarmos a redação do artigo 489 do CPC de 2015, em especial a do § 1º, podemos listar seis hipóteses em que o legislador estabeleceu parâmetros mínimos de fundamentação da sentença para que ela seja considerada válida³⁶².

Os incisos do § 1º do art. 489 do atual CPC demonstram de forma patente o receio que o legislador teve com sentenças sem a fundamentação adequada, ao incluir a necessidade de que o magistrado *explique, justifique, identifique, demonstre* como conseguiu chegar às suas conclusões, a fim de evitar sentenças sem a devida justificação.

³⁶²Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Cumpramos ressaltar que o STJ, ainda sob a vigência do CPC de 1973, já diferenciou as decisões sucintas das decisões sem fundamentação³⁶³.

No CPC de 1973 as exigências mínimas para que a fundamentação fosse considerada um elemento da sentença válida ficou a cargo da doutrina e da jurisprudência, porém, no atual CPC, o legislador estabeleceu requisitos mínimos para sua validade, determinando, assim, limites em que o magistrado não poderá deixar de observar.

Assim, a priori era possível acreditar que a conclusão do STJ no REsp 1.370.162/MG seria alterada sob a vigência do atual CPC, pois uma sentença não precisa ter apenas uma fundamentação concisa para ser considerada válida, mas sim, ter uma fundamentação que respeite os requisitos mínimos estabelecidos pelo legislador.

No entanto, o STJ concluiu em 2021 que “o órgão julgador não está obrigado a responder a questionamentos das partes, mas tão só a declinar as razões de seu convencimento motivado, como de fato ocorreu nos autos”³⁶⁴.

Ora, um dos episódios mais rotineiros verificados nas sentenças antes do atual CPC, do fato da mesma não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador se manteve válido no atual CPC apesar da modificação legislativa impositiva.

Assim, apesar da adequada atitude do legislador de determinar requisitos mínimos para que os magistrados justifiquem suas escolhas e, com isso, contribuam para que os demais operadores do direito tenham elementos objetivos para rebater os argumentos dos magistrados em futuros recursos, isto não se materializou em uma melhora na fundamentação pela mitigação que o STJ conferiu a este dispositivo.

3. EFEITOS DA SENTENÇA SOB A VIGÊNCIA DO ATUAL CPC

A doutrina tradicionalmente distingue os efeitos da sentença em principais e secundários, sendo principais aqueles que decorrem diretamente do conteúdo da decisão, ou seja, do conteúdo descrito diretamente das sentenças. Sendo elas divididas em sentenças meramente declaratórias, sentenças constitutivas, sentenças condenatórias, sentenças mandamentais e sentenças executivas.

³⁶³ “Decisão sucinta não se confunde com decisão sem fundamentação. Dessa forma, apesar de a decisão agravada ter sido acompanhada de fundamentação apenas concisa, isso não é suficiente para que se decrete sua nulidade, pois o importante é que tenham sido declinados os motivos da adoção do posicionamento, permitindo às partes extrair as razões fáticas e jurídicas”. (REsp 1.370.162/MG).

³⁶⁴ AgInt no REsp 1920967/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira turma, julgado em 03/05/2021, DJe 05/05/2021.

A sentença meramente declaratória apenas declara a existência, a inexistência, ou o modo de ser de uma relação jurídica. A ela recorre a pessoa que necessita obter tais declarações. O objetivo desta sentença é eliminar uma situação de incerteza que paira sobre determinada relação jurídica.

Todas as sentenças possuem uma carga de declaração, a sentença constitutiva antes de formar, modificar ou extinguir uma relação jurídica; ela irá declarar algo que vai possibilitar a constituição ou desconstituição de uma relação jurídica. Nesse sentido, ela pode ser uma sentença constitutiva positiva ou uma sentença constitutiva negativa.

Segundo Liebman a sentença condenatória caracteriza-se por certas medidas que em conjunto representam a sanção para a falta de observância do direito material³⁶⁵.

Na sentença mandamental, utilizada pela primeira vez no ordenamento jurídico nacional por Pontes de Miranda³⁶⁶, ela se caracteriza pela existência de uma ordem do juiz dirigida à pessoa ou órgão para que faça ou deixe de fazer algo, não se limitando, portanto, à condenação do réu. Cumpre esclarecer que a satisfação da sentença mandamental é feita pelo cumprimento da ordem, não existindo processo ou fase de execução subsequente a ela visando satisfações, conforme disposto no REsp 951.441/PR da 5ª turma do STJ. Assim, a sentença mandamental é diferente da sentença executiva *lato sensu* porque esta, além de ser satisfeita pela prática de atos materiais, atinge o patrimônio do executado, enquanto a mandamental atinge a vontade do executado.

Por fim, a sentença executiva, que na definição de Marinoni³⁶⁷ se realiza através dos meios de execução adequados à tutela específica do direito ao caso concreto.

³⁶⁵ Nesse sentido: “A execução consiste na realização de certas medidas que em conjunto representam a sanção para a falta de observância do direito material. Mas os órgãos incumbidos dessa atividade só podem exercer quando houver regra jurídica (regra sancionadora) que assim o determine. Ora, a regra sancionadora abstrata, quer seja expressa (como as do direito penal), quer latente na estrutura orgânica da ordem jurídica (como as que prescrevem a execução civil para o caso de falta de cumprimento à obrigação), não se torna automaticamente concreta pela simples ocorrência do ato ilícito. Seja este um crime ou um ilícito civil, o autor do fato não é só por isso submetido à atuação da sanção: esta deve ser aplicada, imposta, determinada para o caso concreto que lhe foi imputado. A condenação representa exatamente o ato do juiz que transforma a regra sancionadora de abstrata e latente em concreta, viva, eficiente.” (In. LIEBMAN, Enrico Tullio - Eficácia e Autoridade da Sentença e Outros Escritos sobre Coisa Julgada. Ed. Forense, 4ª edição, 2006).

³⁶⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil. V. 10. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p.5.

³⁶⁷ Nesse sentido: “A sentença executiva se realiza através dos meios de execução direta adequados à tutela específica do direito e ao caso concreto, que devem ser utilizados pelo autor e pelo juiz segundo regras do meio idôneo e da menor restrição possível ou segundo a lógica de que a modalidade executiva deve ser idônea à tutela do direito sem deixar de ser menos gravosa ao réu. O fundamento da sentença executiva, especialmente do poder de determinar o meio executivo adequado ao caso concreto, está no § 5º do art. 461, que expressamente alude às medidas necessárias, exemplificando ao fazer referência a algumas delas, como a busca e apreensão, que pode ser determinada na sentença de procedência”. (In. MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz – Manual de Processo de Conhecimento. Revista dos Tribunais. 5ª edição. 2006).

Já os efeitos secundários não estão diretamente relacionados ao conteúdo da decisão, mas sim, de uma determinação legislativa específica, isto é, são efeitos indiretos e automáticos decorrentes do fato da decisão existir. Para ficar mais claro, são efeitos que independem de pedido da parte e de manifestação do juiz, pois são decorrentes exclusivamente da lei; assim, podemos citar como exemplo de efeito secundário da sentença a constituição de hipoteca judiciária, no caso de condenação do réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro, ou de dar coisa em prestação pecuniária, conforme disposto no artigo 495 do CPC de 2015³⁶⁸.

Por fim, é importante destacar que a doutrina também define os efeitos reflexos da sentença. Tais efeitos também decorrem do conteúdo do que foi discutido, mas dizem respeito à sua aplicação em outra relação jurídica conexa, como, por exemplo, o efeito decorrente de uma sentença que extingue a locação e, com isso, de modo reflexo, atinge também a sublocação.

4. DA CONSOLIDAÇÃO DAS SENTENÇAS PARCIAIS DE MÉRITO NO CPC DE 2015

No CPC de 2015 a sentença deixou de ser definida pelo seu critério topológico e finalístico, isto é, o instante da última decisão do juiz, e passou a ser caracterizada exclusivamente pelo seu conteúdo, logo, possibilitou a existência de sentenças parciais de mérito.

O artigo 356 do atual CPC³⁶⁹ descreveu duas situações onde ocorrerá a existência de sentenças parciais de mérito, quando o pedido se mostrar incontroverso, assim como quando estiver em condições de imediato julgamento.

³⁶⁸Art. 495. A decisão que condenar o réu ao pagamento de prestação consistente em dinheiro e a que determinar a conversão de prestação de fazer, de não fazer ou de dar coisa em prestação pecuniária valerão como título constitutivo de hipoteca judiciária. § 1º A decisão produz a hipoteca judiciária: I - embora a condenação seja genérica; II - ainda que o credor possa promover o cumprimento provisório da sentença ou esteja pendente arresto sobre bem do devedor; III - mesmo que impugnada por recurso dotado de efeito suspensivo. § 2º A hipoteca judiciária poderá ser realizada mediante apresentação de cópia da sentença perante o cartório de registro imobiliário, independentemente de ordem judicial, de declaração expressa do juiz ou de demonstração de urgência. § 3º No prazo de até 15 (quinze) dias da data de realização da hipoteca, a parte informá-la-á ao juízo da causa, que determinará a intimação da outra parte para que tome ciência do ato. § 4º A hipoteca judiciária, uma vez constituída, implicará, para o credor hipotecário, o direito de preferência, quanto ao pagamento, em relação a outros credores, observada a prioridade no registro. § 5º Sobrevindo a reforma ou a invalidação da decisão que impôs o pagamento de quantia, a parte responderá, independentemente de culpa, pelos danos que a outra parte tiver sofrido em razão da constituição da garantia, devendo o valor da indenização ser liquidado e executado nos próprios autos.

³⁶⁹ Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles: I - mostrar-se incontroverso; II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do [art. 355](#). § 1º A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida. § 2º A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra esse interposto. § 3º Na hipótese do § 2º, se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva. § 4º A liquidação e o cumprimento da decisão que julgar

Assim, com a modificação do conceito de sentença, parece ter chegado ao fim o mito da impossibilidade de ser proferida mais de uma sentença em um único processo. Muito porque o CPC de 1973 não vedou tal possibilidade, disciplinando expressamente ações onde este instrumento era permitido, como na ação de prestação de contas³⁷⁰.

Até porque o mito da única sentença gera absurdos no cotidiano forense. “Se o réu, em ação com pedidos cumulados, reconhece a procedência de algum pedido e impugna os demais, a decisão definitiva sobre tal pretensão usualmente tem que aguardar a apreciação dos demais pedidos impugnados”³⁷¹.

Assim, a possibilidade expressa no ordenamento processual de sentenças parciais de mérito é salutar e enriquecedora para o direito processual civil brasileiro, a fim de evitar absurdos jurídicos e acabar com a fantasia da única sentença.

Ademais, Didier sustenta que o § 6º do art. 273 do CPC de 1973 não é propriamente uma tutela antecipada, mas sim, uma hipótese de julgamento antecipado parcial da lide. Logo, este entendimento que é compartilhado em larga escala demonstra que a inovação do CPC de 2015 foi apenas o término de uma controvérsia.

Apesar do entendimento da doutrina de que o ordenamento processual civil regulado pelo CPC de 1973 já admitia as sentenças parcial de mérito, não foi este o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.281.978/RS, que teve como relator o Ministro Ricardo Villas Boas Cueva julgado em 05/05/2015³⁷².

Destaco o trecho da ementa do REsp 1281978/RS na qual o relator descreve categoricamente que permaneceu em vigor no CPC de 1973 a teoria da unidade da sentença em

parcialmente o mérito poderão ser processados em autos suplementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz. § 5º A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento.

³⁷⁰ “Com a modificação do conceito de sentença, parece ter chegado ao fim o mito da impossibilidade de ser proferida mais de uma sentença em um único processo. Mito porque o atual Código de Processo Civil brasileiro – assim como o CPC italiano e diferentemente do Novo Código espanhol – jamais vedou tal possibilidade. Pelo contrário, em algumas passagens, o CPC vigente já esclarecia, expressamente, as consequências da sua utilização. Por exemplo, na ação de consignação em pagamento, fundada em dúvida sobre quem deva receber (inciso IV do art. 335 do CC/02), o art. 898 do CPC permite ao magistrado julgar extinta, por sentença, a obrigação para o consignante, prosseguindo o feito com os consignados, sendo, ao final, novamente encerrado por sentença. Do mesmo modo, já era possível haver prolação de duas sentenças na ação de prestação de contas: a primeira, reconhecendo a existência da obrigação de prestar contas e, a segunda, apurando o exame das contas e eventual saldo devedor (art.915 CPC)”. (In. REDONDO, Bruno Garcia. Sentença parcial de mérito e apelação em autos suplementares. In Revista de Processo n. 160, 2008).

³⁷¹ *Ibidem*.

³⁷² “... 5. A sentença parcial de mérito é incompatível com o direito processual civil brasileiro atualmente em vigor, sendo vedado ao juiz proferir, no curso do processo, tantas sentenças de mérito/terminativas quantos forem os capítulos (pedidos cumulados) apresentados pelo autor da demanda”. (STJ - REsp: 1281978 RS 2011/0224837-2, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Data de Julgamento: 05/05/2015, Terceira turma, Data de Publicação: DJe 20/05/2015).

matéria processual e que a sentença parcial de mérito era incompatível com o direito processual civil então em vigor³⁷³.

Desta forma, não obstante o entendimento doutrinário majoritário no sentido de que a impossibilidade de sentenças parciais de mérito era um mito, a alteração produzida pelo CPC de 2015 foi muito importante, pois deu fim a esta controvérsia, em especial no entendimento dos nossos tribunais.

Por fim, é importante destacar, não obstante a possibilidade do julgamento parcial de mérito descrito no § 5º do artigo 356 do CPC de 2015, tal julgamento é impugnável por meio de agravo de instrumento, não dando margem para questionamentos doutrinários ou jurisprudenciais sobre a possibilidade ou não da existência de mais de um recurso de apelação no mesmo processo.

5. DAS SENTENÇAS CONDICIONAIS

A sentença condicional ou “com reservas”, como definem Pontes de Miranda e Moacyr Amaral Santos, mostra-se incompatível com a própria função estatal de dirimir conflitos, consubstanciada no exercício da jurisdição.

O artigo 460 do CPC de 1973 define as sentenças condicionais como “*É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.*”

No parágrafo único do referido artigo está disposto que “*a sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional.*” Logo, é admitida pelo CPC de 1973 a sentença que decide relação jurídica de direito material pendente de condição.

No CPC de 2015, tais definições foram basicamente reproduzidas no artigo 492 sem apresentar inovações latentes, ou seja, manteve o mesmo entendimento dominante do CPC de 1973 de que a sentença condicional se mostra incompatível com a função estatal de dirimir conflitos consubstanciando no exercício da jurisdição, porém, em seu parágrafo único, abriu espaço para as sentenças que versem sobre relações jurídicas sujeitas a condição.

Costa³⁷⁴ destacou que existe uma antítese lógica entre a sentença, cuja função é produzir certeza jurídica, e a condição, que aspira da incerteza à sua essência. Por submeter

³⁷³ “Permaneceu, dessa forma, no Código de Processo Civil de 1973 a teoria da unidade estrutural da sentença, a obstar a ocorrência de pluralidade de sentenças em uma mesma fase processual. 5. A sentença parcial de mérito é incompatível com o direito processual civil brasileiro atualmente em vigor, sendo vedado ao juiz proferir, no curso do processo, tantas sentenças de mérito/terminativas quantos forem os capítulos (pedidos cumulados) apresentados pelo autor da demanda”. (*Ibidem*)

³⁷⁴ COSTA, Moacyr Lôbo da. - Sentenças condicionais. Revista de Direito Processual Civil, vol. 1, jan-jun, 1960.

seus próprios efeitos a algum evento futuro e incerto, um provimento jurisdicional com esse traço também esbarraria no princípio do *non liquet*.

Vale ressaltar, ainda sobre esse tema, que a própria lei processual se ocupou de prevenir eventual confusão entre *sentença condicional* e sentença que verse sobre *relações jurídicas sujeitas a condição*, resolutiva ou suspensiva; sendo esta última admissível, conforme lição de Dinamarco, tais relações “*manipulam conceitos e disposições inerentes ao direito substancial, propiciando a sua observância*”³⁷⁵.

Costa também diferenciou as sentenças condicionais das sentenças que possuem relação jurídica sujeita à condição: “como já se apurou, em boa doutrina não se considera condicional a sentença que decide uma relação jurídica sob condição, porque deve-se distinguir condição do direito e condição da sentença”.

O STJ também possui este entendimento consolidado no mesmo sentido, ou seja, quanto à inadmissibilidade da sentença condicional e a diferença entre esta e a relação jurídica sujeita à condição³⁷⁶.

6. DO JULGAMENTO ALERTA (NOVAS TÉCNICAS DECISÓRIAS)

No ordenamento do *common law* é conhecida a força vinculante dos precedentes. Já nos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica, normalmente se atribui um papel secundário no processo de produção normativa; no entanto, isso vem mudando na *civil law* e os precedentes estão deixando de ter uma função meramente persuasiva para ter uma função vinculante, como no controle abstrato, nos incidentes de uniformização de jurisprudência, dentre outros mecanismos.

Cabral³⁷⁷ sustenta que o princípio da proteção da confiança se aplica também aos atos jurisdicionais, tema polêmico com forte resistência dos defensores do *civil law*. Contudo, tende

³⁷⁵ *Ibidem*.

³⁷⁶ PROCESSO CIVIL - RELAÇÃO JURÍDICA CONDICIONAL - POSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DO MÉRITO - SENTENÇA CONDICIONAL - INADMISSIBILIDADE - DOUTRINA - ART. 460, PARÁGRAFO ÚNICO, CPC - RECURSO PROVIDO. - I - Ao solver a controvérsia e pôr fim à lide, o provimento do uiz deve ser certo, ou seja, não pode deixar dúvidas quanto à composição do litígio, nem pode condicionar a procedência ou a improcedência do pedido a evento futuro e incerto. Ao contrário, deve declarar a existência ou não do direito da parte, ou condená-la a uma prestação, deferindo-lhe ou não a pretensão. II - A sentença condicional mostra-se incompatível com a própria função estatal de dirimir conflitos, consubstanciada no exercício da jurisdição. III - Diferentemente da "sentença condicional" (ou "com reservas", como preferem Pontes de Miranda e Moacyr Amaral Santos), a que decide relação jurídica de direito material, pendente de condição, vem admitida no Código de Processo Civil (art. 460, parágrafo único). IV - Na espécie é possível declarar-se a existência ou não do direito de percepção de honorários, em ação de rito ordinário, e deixar a apuração do montante para a liquidação da sentença, quando se exigirá a verificação da condição contratada, como pressuposto para a execução. (STJ - 4ª T.; REsp nº 164.110-SP; Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; j. 21/3/2000; v.u).

³⁷⁷ CABRAL, Antônio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada, in Revista de Processo, n. 221, p. 1-8, 2013.

a ser consolidada tal proteção com o advento do atual CPC, como, por exemplo, o termo *a quo* dos prazos do MP. O STJ alterou seu entendimento de que o prazo não mais seria iniciado pelo recebimento pessoal dos autos pelo membro do MP, mas sim, pela entrada dos autos no *parquet*. Posteriormente o STJ concluiu que a nova forma de contar o prazo seria aplicada retroativamente. Para Cabral, isso fere a segurança jurídica que se espera das decisões judiciais ao modificar bruscamente entendimentos consolidados.

Com intuito de proteger os operadores do direito dessas mudanças bruscas, um instrumento denominado por Cabral como “anúncio público” ou “julgamento-alerta” avisaria aos operadores de direito a possibilidade real de mudança de uma jurisprudência consolidada. O conteúdo do anúncio visa apresentar aos operadores jurídicos uma possibilidade de alteração que não vincularia os demais tribunais. Assim, tal anúncio público visa garantir a segurança jurídica e suavizar a transição entre os dois regramentos.

As principais críticas são direcionadas à possibilidade de gerar uma frustração ou prejudicar a esperança que os indivíduos depositam no judiciário, caso não houvesse a alteração sinalizada nos julgamentos alertas. Cabral, avaliando os pontos positivos e negativos, concluiu que o julgamento alerta é uma prática que deveria ser adotada para afirmar a proteção jurídica nos atos jurisdicionais e possibilitar a renovação do debate sobre um tema duvidoso, mesmo nos casos em que não houvesse alterações na jurisprudência.

Assim, o Julgamento Alerta poderá ser útil para estabelecer um diálogo democrático do processo visando a superação de jurisprudência consolidada e também um poderoso mecanismo de proteção de confiança dos indivíduos que balizaram suas condutas no entendimento prevalente do judiciário³⁷⁸.

Em suma, o anúncio público ou julgamento alerta é uma interessante técnica preventiva que já é adotada no direito comparado, que visa o diálogo democrático para a superação da jurisprudência consolidada e instrumento de proteção de confiança dos indivíduos.

³⁷⁸ Nesse sentido Cabral: “Num momento em que mais e mais se enaltece a importância da jurisprudência no ordenamento jurídico-processual, sua relevância como norte para os comportamentos humanos, bem assim a crescente preocupação com a estabilidade do entendimento consolidado dos tribunais, cabe aos processualistas debruçar-se sobre as mudanças de jurisprudência e sobre os sérios impactos que estas alterações podem infligir nas relações jurídicas, desenvolvendo métodos e técnicas para regulá-las e as controlar. Neste breve ensaio, quisemos trazer à reflexão uma interessante técnica preventiva, já utilizada no estrangeiro, que pode ser útil para estabelecer um diálogo democrático para o processo de superação de jurisprudência consolidada e, ao mesmo tempo, revelar-se um mecanismo poderoso de proteção da confiança dos indivíduos que balizaram suas condutas no entendimento antes prevalente no judiciário” (*Ibidem*).

7. CONCLUSÃO

Neste breve ensaio sobre as inovações da teoria da sentença à luz do código de processo civil de 2015, podemos destacar a redefinição do conceito de sentença que deu fim à forte controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre a manutenção ou não da teoria da unidade da sentença à luz do CPC de 1973 e, assim, superou tal teoria que impossibilitava a existência de mais de uma sentença de mérito no mesmo processo.

Posteriormente este estudo se pautou sobre o reforço do dever de fundamentar as sentenças que o legislador impôs aos magistrados, a fim de que os mesmos *expliquem, justifiquem, identifiquem, demonstrem* como conseguiram chegar às suas conclusões, com intuito de evitar sentenças sem a devida justificação. De certa forma é factível concluir que esta postura do legislador demonstrou certa desconfiança em relação ao judiciário ao impor limites mínimos de fundamentação para que uma sentença seja considerada válida, porém esta alteração foi mitigada pelo atual entendimento do STJ de que o magistrado “não está obrigado a responder a questionamentos das partes, mas tão só a declinar as razões de seu convencimento motivado”³⁷⁹.

Subsequentemente, este ensaio percorreu os efeitos principais e secundários da sentença sob a ótica do CPC de 2015 para melhor compreensão dos seus limites e sua aplicabilidade.

Em seguida este texto debruçou sobre o entendimento consolidado na doutrina e na jurisprudência da inadmissibilidade da sentença condicional e a diferença entre esta e a relação jurídica sujeita à condição que é permitida expressamente no parágrafo único do artigo 492 do CPC de 2015.

Por fim, foi analisado o instituto Julgamento Alerta, inovação trazida por Cabral do direito comparado, com certas adaptações e inovações, que tem como finalidade estabelecer um diálogo democrático para o processo de superação de jurisprudência consolidada, assim como, um importante mecanismo de proteção de confiança dos indivíduos que balizaram suas condutas no entendimento prevalecente do judiciário.

REFERÊNCIAS

BUENO. Cassio Scapinella. **Manual de Direito Processual Civil** - Volume Único. Saraiva. 2023.

³⁷⁹ AgInt no REsp 1920967/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira turma, julgado em 03/05/2021, DJe 05/05/2021.

CABRAL, Antônio do Passo. **A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada**, in Revista de Processo, n. 221, p. 1-8, 2013.

COSTA, Moacir Lôbo da. - **Sentenças condicionais**. Revista de Direito Processual Civil, vol. 1, jan-jun, 1960.

DIDIER, Fredie Jr.; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**, vol.2, 7ª edição.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**. 3. Ed. São Paulo, Malheiros, 2008.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e Outros Escritos sobre Coisa Julgada**. Ed. Forense, 4ª edição, 2006.

_____ - Processo de execução. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 1980. p.16.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz - **Manual de Processo de Conhecimento**. Revista dos Tribunais. 5 edição. 2006.

MOREIRA, Âmalin Aziz Sant'ana. **Evolução do Conceito de Sentença no Direito Processual Civil Brasileiro**. Dissertação de mestrado. 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de Direito Processual Civil**, volume único, Editora Método, p. 494.

_____ - Novo CPC - **Código de Processo Civil - Lei 13.105/15. Inovações, Alterações, Supressões**. Editora Método. 2015.

REDONDO, Bruno Garcia. **Sentença parcial de mérito e apelação em autos suplementares**. In Revista de Processo n. 160, 2008.

CAPÍTULO XI

AS *FAKE NEWS* E A POSSÍVEL GUINADA DA INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO À POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO JUDICIAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

DOI: 10.51859/amplla.hdh052.1125-11

Dalton Santos Morais

1. INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão é um direito fundamental, com caráter preferencial sobre os demais direitos fundamentais, mas sem natureza absoluta, conforme já reconhecia o próprio Supremo Tribunal Federal (STF).

Exatamente devido a este caráter preferencial, nossa Suprema Corte entendeu, durante muito tempo, que se deveria dar preferência à liberdade de expressar-se e de informar, não sendo adequada a limitação judicial da liberdade de expressão, salvo raríssimas ocasiões, pois eventual excesso ou abuso da liberdade de expressão deveria ser resolvido nas esferas cível e penal com a posterior responsabilização do ofensor.

Ocorre que os tempos em que o conteúdo da liberdade de expressão, ou a informação jornalística, era exposto em jornais e revistas impressas e na televisão ficaram para trás; hoje, a opinião ou o conteúdo jornalístico são essencialmente disponibilizados de forma massiva em redes sociais e na internet e podem ser compartilhados de forma instantânea com milhares ou mesmo milhões de pessoas, em um ambiente tóxico permeado por *fake news*, *deepweb*, direcionamento do discurso pelos algoritmos das grandes redes sociais e aplicativos, “robotização” dos usuários de redes sociais, polarização ideológica e discurso de ódio contra minorias (racismo, misoginia, homofobia, dentre outros).

O objetivo do presente estudo, portanto, é verificar se, nesse contexto atual da digitalização da vida, a Suprema Corte manterá sua posição anterior pela preferência da liberdade de expressão, sendo inadequada a restrição judicial à publicação de opiniões e/ou

conteúdos jornalísticos, com responsabilização posterior do ofensor, ou se, ao contrário disso, intensificará a possibilidade de restrição judicial da liberdade de expressão.

2. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SUA IMPORTÂNCIA CONSTITUCIONAL

A liberdade de expressão foi consagrada como direito fundamental na Constituição Federal de 1988 (CF/88), nos seus artigos 5º e 220, e, de forma breve e resumida, pode ser conceituada como o direito fundamental de qualquer cidadão de expor suas opiniões, mesmo que incomodem ou desagradem a outros, não bastando que o fato da opinião expressa ter causado algum tipo de transtorno, embaraço, incômodo ou sofrimento a outras pessoas ou instituições possam caracterizá-la como ilícita.

Trata-se de um direito fundamental da mais alta importância no direito brasileiro, eis que, para além da natureza puramente individual, a liberdade de expressão possui nítida conotação coletiva que é benéfica à democracia, à medida que, “em sociedades democráticas, é fundamental a existência de uma esfera pública robusta e desinibida, em que se possa discutir com coragem e sem constrangimentos os temas de interesse social”³⁸⁰.

A par da enorme importância da liberdade de expressão, e de sua preponderância como direito fundamental, fato é que as questões a respeito da possibilidade e das medidas de eventuais limites ao exercício de tal direito não podem mais ser interpretadas como o foram na década passada, eis que atualmente o exercício da liberdade de expressão se apresenta sob um contexto em que a utilização constante das redes sociais no Brasil e no mundo³⁸¹ gerou novos padrões de conduta e comportamento³⁸² e, conseqüentemente, vivemos sob uma enorme preocupação sobre os efeitos e as conseqüências prejudiciais advindas de postagens compartilhadas entre centenas, milhares e até milhões de indivíduos de modo quase que instantâneo.

³⁸⁰ SARMENTO, Daniel. Crise democrática e a luta pela Constituição. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 362.

³⁸¹ “Vivemos hoje em um mundo extremamente conectado e interativo. Os dados comprovam isso. Somos mais de 3 bilhões de pessoas ligadas às redes sociais, o que significa cerca de 40% da população mundial, a qual é estimada em 7,5 bilhões. No Brasil, quase 145 milhões de pessoas conectadas às redes sociais estão conectadas às redes sociais, ou seja, 89% da base de usuários da internet. O Facebook tem pouco mais de 2,5 bilhões de usuários, sendo cerca de 130 milhões de brasileiros, segundo dados divulgados pela própria plataforma em janeiro de 2019. No WhatsApp, no Instagram, no Twitter e no Google, números expressivos de usuários locais fazem com que o país seja detentor da marca de 8% a 10% dos usuários mundiais. Não há, portanto, como desconsiderar essa realidade.” In BANHOS, Sérgio Silveira. *Fake News, fair play* eleitoral e democracia. In Democracia e sistema de justiça: obra em homenagem aos 10 anos do Ministro Dias Toffoli no Supremo Tribunal Federal. Coord. Alexandre de Moraes, André Luiz de Almeida Mendonça. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 627.

³⁸² CORRÊA DA VEIGA, Aloysio. As redes sociais e a ética na magistratura. In Democracia e sistema de justiça: obra em homenagem aos 10 anos do Ministro Dias Toffoli no Supremo Tribunal Federal. Coord. Alexandre de Moraes, André Luiz de Almeida Mendonça. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 66.

3. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA DEFINIÇÃO CONTEMPORÂNEA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL

O mais jovem Presidente do Tribunal Constitucional alemão (TCF) Andreas Voßkuhle considera como um enorme desafio das Cortes Constitucionais, no âmbito da tutela de direitos fundamentais, inclusive nas relações entre particulares, a atual economia digital e de dados, cujos principais atores em escala global, Google e Facebook, apenas para citar alguns, “não se deixam domesticar por intermédio da clássica função dos direitos fundamentais”³⁸³

Mas para Voßkuhle, em sua experiência como juiz da Corte Constitucional alemã, “isso não quer dizer que os tribunais constitucionais fiquem de mãos amarradas”, pois “o fato de a Lei Fundamental alemã continuar estando em condições de oferecer soluções adequadas para os riscos do direito fundamental da liberdade também em constelações complexas, definidas pelo direito privado, é demonstrado também por algumas decisões do Tribunal Constitucional Federal dos tempos mais recentes”³⁸⁴.

Tal perspectiva de dificuldades enfrentadas pela Suprema Corte alemã para a preservação de direitos fundamentais em relação ao ambiente de redes sociais ou em relação às empresas de tecnologia pode ser tranquilamente transportada para o Brasil contemporâneo, especialmente porque vivenciamos os mesmos dilemas de digitalização da vida como a Alemanha e porque, por aqui, há um fator agravante ao direito constitucional germânico: o legislador constituinte brasileiro optou por quedar-se silente - ao contrário do que ocorreu na Alemanha, Portugal e mesmo Espanha, para referir os exemplos mais conhecidos - quanto ao “estabelecimento de um regime constitucional expresso e específico em matéria de limites e limites aos limites dos direitos fundamentais, à exceção da previsão de reservas de lei e da proibição de abolição efetiva e tendencial de conteúdos protegidos contra a reforma constitucional (art. 60, § 4º da Constituição de 1988)”³⁸⁵.

Na falta de tal regime constitucional expresso de “limites e limites aos limites dos direitos fundamentais”, não há dúvidas de que o legislador constituinte originário estabeleceu que cabe ao STF a solução das colisões de direitos fundamentais envolvendo a liberdade de expressão, deixando ao alvedrio da Corte estabelecer os limites de tal direito fundamental no Brasil, até também porque a CF/88 não estabeleceu soluções *a priori* para tais colisões dos direitos fundamentais.

³⁸³ VOBKUHLE, Andreas. Defesa do Estado Constitucional democrático em tempos de populismo. Trad. Peter Naumann. Coord. Michel Westland. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 125.

³⁸⁴ *Ibidem*. p. 125/126.

³⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 406.

Assim, se notícias falsas são utilizadas para promover discurso de ódio e intolerância e desestabilizar as instituições e o próprio regime democrático de direito estabelecidos pela CF/88 - tem sido senso comum que a internet e as redes sociais venham sendo exploradas para solapar os elementos básicos da democracia liberal - devem as instituições constitucionais, especialmente o STF como guardião do Estado democrático constitucional de direito por expressa determinação do seu texto (art. 102 da CF/88), promover as restrições judiciais cabíveis para proteger o Estado democrático de direito contra uma versão absoluta de liberdade de expressão fomentada por aqueles que estão “preparados para fazer de tudo que for necessário para serem eleitos – mentir, confundir e incitar o ódio contra os demais cidadãos”³⁸⁶.

Parece-nos, portanto, muito oportuno analisar a possibilidade de restrição do direito fundamental de liberdade de expressão pelo STF, especialmente em uma realidade contemporânea em que a internet e as redes sociais reverberam vozes a favor de uma liberdade de expressão absoluta sob a qual se possa disseminar ódio e informações inverídicas ou mentiras e estimular violência contra pessoas ou instituições.

4. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NÃO SÃO ABSOLUTOS E ADMITEM RESTRIÇÕES

Viver em sociedade naturalmente leva a que nenhuma liberdade possa ser absoluta, sob pena de colocar em risco a liberdade das demais pessoas e porque a liberdade absoluta de um indivíduo ou de um grupo social colocaria em risco o próprio estrato social no qual os mesmos vivem, pois, como disse Hannah Arendt, “Onde os homens aspiram ser soberanos, como indivíduos ou como grupos organizados, devem se submeter à opressão da vontade, seja esta a vontade individual com a qual obrigo a mim mesmo, seja a ‘vontade geral’ de um grupo organizado. Se os homens desejam ser livres, é precisamente à soberania que devem renunciar”³⁸⁷.

Nas democracias constitucionais contemporâneas não há qualquer possibilidade de liberdades individuais desmensuradas e sem restrições³⁸⁸, pois as Constituições

³⁸⁶ MOUNK, Yascha. O povo contra a democracia: porque nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Trad. Cássio de Arantes Leite e Débora Landberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

³⁸⁷ ARENDT, Hannah. Entre o passado e o futuro. Trad. Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2016. p. 213.

³⁸⁸ Foi, inclusive, nesse contexto que Gustavo Zagrebelsky cunhou a interessante figura da ductibilidade para expressar a enorme importância da Constituição para resolver problemas complexos à medida que as sociedades pluralistas evoluem e sobre a impossibilidade de existir direitos fundamentais absolutos em Estados democráticos constitucionais de direito. Como disse o autor italiano, traduzido para o espanhol que nos é compreensível: “*Si mediante una palabra lo más aproximada posible, quisiéramos indicar el sentido de este carácter esencial del*

contemporâneas - sendo a brasileira um grande exemplo destas ao prever a dignidade da pessoa humana como princípio (art. 1º, III) e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de TODOS (art. 3º, I, III e IV) como objetivos da República federativa – por um lado asseguram as liberdades inalienáveis dos indivíduos, mas por outro consagram o estabelecimento de direitos sociais e econômicos mínimos que exigem a natural restrição das liberdades individuais.

A CF/88 não permite a existência de liberdades individuais que não convivam e permitam condições mínimas de desenvolvimento humano igualitário para todos os componentes da sociedade, pois “sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade”³⁸⁹, não havendo que se falar em direitos fundamentais que possam ser interpretados como liberdades absolutas, eis que, como ensina Gustavo Binbenojm, “a liberdade de cada um deve conviver com a liberdade de todos”³⁹⁰.

Falando especificamente sobre um dos ramos da liberdade de expressão, Gustavo Binbenojm diz que “a liberdade de criação e expressão artística não é um valor absoluto e inquestionável” e que “discuti-la é parte do conceito da própria liberdade de expressão intelectual e tem levado a algumas nações a proscriver as manifestações voltadas puramente para a propagação do ódio e da violência, por exemplo. Fora esses casos, a garantia constitucional da liberdade de expressão deve preservar o espaço para que o artista conceba o inconcebível, diga o indizível e transforme em arte qualquer sentimento humano”³⁹¹.

5. A INTERPRETAÇÃO INICIAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO PELO STF

O ministro Celso de Mello, no famoso caso Ellwanger (HC nº 82.959/RS³⁹²), reforçou seu entendimento de que a liberdade de expressão é um direito fundamental de enorme

*derecho de los Estados constitucionales actuales, quizás podríamos usar la imagen de la ductibilidad. La coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir.” ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 10ª ed. Madri: Editorial Trotta, 2011. p. 14.*

³⁸⁹ TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In Teoria dos direitos fundamentais. Org. Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 263.

³⁹⁰ BINENBOJM, Gustavo. Liberdade igual: o que é e por que importa. Rio de Janeiro: História real, 2020. p. 14.

³⁹¹ *Ibidem*. p. 24/25.

³⁹² Assim afirmou o Supremo Tribunal Federal ao considerar que a negação do holocausto nazista na 2ª guerra mundial não é aceitável pela ordem constitucional vigente, tendo a Corte Suprema negado a reforma da ordem de restrição de liberdade a autor de livro que disseminou ideias antissemitas, eis que tal fato se configura ilicitude

importância, com caráter preferencial no conflito com outros direitos fundamentais, mas que não possui caráter absoluto, por nele não estarem permitidos expressões ou comportamentos de caráter discriminatório ou racista³⁹³.

No referido julgamento assentou-se que são vedados expressamente os discursos racistas, de ódio (*hate speech*), reconhecendo-se que a liberdade de expressão não é um direito fundamental absoluto, pois o direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal e que as liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria CF/88. Assentou-se ainda no referido julgamento que o preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra³⁹⁴.

penal tipificada em escrever, editar publicar e comentar livros fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias contra a comunidade judaica, no âmbito do crime de racismo. É o que se verifica do seguinte acórdão:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros "fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescribibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pelos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. (...) 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria *Constituição Federal* (CF artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada." (grifamos) HC 82.424-2/RS. Rel. Min. Maurício Correa. J. 7/09/2003. Disponível em www.stf.jus.br Acesso em 01/11/2022.

³⁹³ No seu voto, o ministro argumentou que "(...) publicações – como a de que trata esta impetração – que extravasam os limites da indagação científica e da pesquisa histórica, degradando-se ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público pelos judeus, não merecem a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão do pensamento, que não pode compreender, em seu âmbito de tutela, manifestações revestidas de ilicitude penal." (p. 628) Voto do Ministro Celso de Mello no HC 82.424-2/RS. Rel. Min. Maurício Correa. J. 7/09/2003. Disponível em www.stf.jus.br Acesso em 01/11/2022.

³⁹⁴ HC 82.424-2/RS. Rel. Min. Maurício Correa. J. 7/09/2003. Disponível em www.stf.jus.br Acesso em 01/11/2022

O STF também analisou a possibilidade de limitação da liberdade de expressão quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130/DF, na qual a Corte decidiu quanto à não recepção da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) pela CF/88, não permitindo que o Poder Judiciário proferisse liminares com base na referida lei da época da ditadura militar no Brasil para impedir a publicação de informações pela imprensa, ao argumento de que a própria CF/88, no seu art. 220, já havia realizado a ponderação entre a liberdade de expressão por meio da liberdade de imprensa com outros direitos de personalidade ³⁹⁵, “dando-se prevalência à liberdade de informar”, sendo “inviável a concessão de liminares para impedir a divulgação de qualquer informação” e “eventual excesso seria resolvido nas esferas cível e penal” ³⁹⁶.

Para o Ministro relator da ADPF nº 130, somente a CF/88 poderia limitar as comunicações sociais, não a lei e não atos da Administração Pública, mas somente a Constituição, a qual, além disso, tem um nítido caráter de garantia, proteção e tutela do direito de informar e ser informado pelos meios de comunicação de massa; disse à época o relator em seu voto que “(...) a ideia-força de que quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja. Logo, *não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas*” ³⁹⁷.

Ficaram então definidos no referido julgamento do STF os seguintes pressupostos quanto ao reconhecimento da liberdade de expressão como direito fundamental ³⁹⁸: (i) a

³⁹⁵ Para o Ministro Ayres Britto, os incisos IV, V, X, XIII, XIV do art. 5º da CF/88 impõem limites ao exercício da comunicação social pela grande imprensa, enquanto o art. 220, § 1º da CF/88 vai justamente dizer que a lei não poderá impor limitações à liberdade de informação jornalística, salvo aquelas previstas justamente nos referidos incisos do art. 5º da CF/88. In BRITTO, Carlos Ayres. Limitações constitucionais em temas de comunicação social. In Aspectos polêmicos da atividade do entretenimento. Mangaratiba: Academia Paulista de Magistrados, 2004, p. 89/90.

³⁹⁶ CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. O Supremo Tribunal Federal brasileiro e o direito de imprensa: análise da decisão do STF na ADPF nº 130-DF. In Direitos fundamentais em construção: estudos em homenagem ao ministro Carlos Ayres Britto. Coord. Márcia Rodrigues Bertoldi; Kátia Cristine Santos de Oliveira. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 201.

³⁹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF nº 130/DF. Rel. Min. Aires Britto. J. 06/11/2009. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 01/11/2022.

³⁹⁸ Seguem os trechos pertinentes do voto do Ministro Relator:

Primazia da liberdade de expressão e informação jornalística - “no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobreindo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras”

Impossibilidade de regulamentação estatal da liberdade de informação jornalística - “são irregulamentáveis os bens de personalidade que se põem como o próprio conteúdo ou substrato da liberdade de informação jornalística, por se tratar de bens jurídicos que têm na própria interdição da prévia interferência do Estado o seu modo natural, cabal e ininterrupto de incidir. Vontade normativa que, em tema elementarmente de imprensa, surge e se exaure no próprio texto da Lei Suprema.”

Autoaplicabilidade do direito de resposta proporcional ao agravo e de indenização pelo dano causado - “Aplicam-se as normas da legislação comum, notadamente o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o

primazia da liberdade de expressão e informação jornalística, (ii) a impossibilidade de regulamentação estatal da liberdade de informação jornalística e (iii) a autoaplicabilidade do direito de resposta proporcional ao agravo e de indenização posterior pelo dano causado.

Ocorre que, no âmbito da ADPF nº 130, o julgamento proferido pelo STF deu-se sob uma realidade em que os principais meios de comunicação de massa e disseminação de conhecimento e informação davam-se por meio de jornais e revistas impressas, rádio e TV aberta e a propagação de desinformação não tinha a massividade, a instantaneidade e o potencial lesivo que possuem atualmente.

O próprio Ministro Relator Carlos Ayres Britto reconheceu em seu voto que a questão objeto de julgamento da Suprema Corte no âmbito da ADPF nº 130/DF não analisou a propagação de informações por meio da – então incipiente à época - *internet*, eis que para ele a “Rede Mundial de Computadores – INTERNET” deveria ficar “fora do conceito de imprensa” por “absoluta falta de previsão constitucional”³⁹⁹, já dando indícios de que a questão a respeito da possibilidade ou não da limitação da liberdade de expressão e de imprensa por meio da *internet* e por redes sociais deveria ser analisada em outra oportunidade pelo STF.

6. OS NOVOS TEMPOS EXIGEM NOVA CONFORMAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO PELA SUPREMA CORTE

A realidade com a qual lidamos hoje é a das *fake news*, da instantaneidade e da massividade da reprodução de conteúdo nas redes sociais e na internet, da “robotização” dos usuários de redes sociais, da minimização e enfraquecimento da linguagem, da agressividade e da polarização ideológica do discurso, do discurso de ódio contra minorias (racismo, misoginia, homofobia, dentre outros) e contra as instituições, do direcionamento do discurso pelos algoritmos das grandes redes sociais e aplicativos e, por fim, da *deepweb* onde não é possível qualquer controle sobre o conteúdo ou informação compartilhada no submundo da internet.

O fenômeno da digitalização da vida contemporânea, especialmente pelo uso cotidiano de redes sociais, faz com que a velocidade da disseminação de conteúdo falso seja exponencial e que qualquer informação sem fundamento possa ter consequências desastrosas⁴⁰⁰,

Código de Processo Penal às causas decorrentes das relações de imprensa. O direito de resposta, que se manifesta como ação de replicar ou de retificar matéria publicada é exercitável por parte daquele que se vê ofendido em sua honra objetiva, ou então subjetiva, conforme estampado no inciso V do art. 5º da Constituição Federal. Norma, essa, “de eficácia plena e de aplicabilidade imediata”, conforme classificação de José Afonso da Silva. “Norma de pronta aplicação”, na linguagem de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto, em obra doutrinária conjunta.” Vide ADPF 130/DF. Rel. Min. Aires Britto. J. 06/11/2009. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 01/11/2022.

³⁹⁹ CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. *Op. Cit.* p. 206.

⁴⁰⁰ BANHOS, Sérgio Silveira. *Op. Cit.* p. 626.

especialmente quando o conteúdo disseminado ou reproduzido em redes sociais reúne chamadas sensacionalistas, caráter polarizador ou antagônico e informações falsas, pois os efeitos nocivos de tais conteúdos sobre pessoas e instituições podem ser devastadores, eis que “matérias falsas, de cunho sensacionalista, tendem a ter repercussão fácil, a viralizar, a tornar-se *trend topics* mais rapidamente do que aquelas produzidas por jornalistas zelosos que checam os fatos”⁴⁰¹.

6.1. Tempos de pós-verdade: a mentira como regra

Matthew D’Ancona acredita que atualmente vivemos uma era da pós-verdade, marcada pelo colapso da confiança que servia como mecanismo fundador de sobrevivência humana e pela fragilização das instituições devido à propagação maciça de informações inverídicas, mentiras ou *fake news* – chame como queira – por grupos de pressão bem financiados e que se valem da rapidez e da abrangência das redes sociais e da internet para estimular o público a questionar a verdade conclusivamente confiável, chamando a atenção o autor para o fato de que “nunca houve um modo mais rápido e mais poderoso de espalhar uma mentira do que postá-la *on line*”⁴⁰²

A pretensão de tais grupos de pressão em gerar a desconfiança necessária para colocar em xeque as instituições como árbitros sociais é baseada em verdadeiras estratégias de desinformação e é favorecida pelos algoritmos das redes sociais. Inicialmente, porque a ideia de funcionamento dos algoritmos é justamente conectar as pessoas apenas àquilo que gostam ou podem gostar, gerando o chamado “filtro bolha” pelo qual as opiniões baseadas em informações inverídicas, mentiras ou *fake news* são reforçadas e acabam tornando as mentiras incontestadas nos grupos sociais que as aceitam. Para o autor, a *internet* e as redes sociais são “o valor definitivo da pós-verdade”, exatamente porque são indiferentes “à mentira, à honestidade e à diferença entre os dois”⁴⁰³.

Depois, porque informações inverídicas, mentiras ou *fake news* ficam ainda mais potentes com a utilização de perfis robôs, contas falsas e disparos em massa de mensagens, “criando a ilusão de que as ideias por trás dessas notícias são ratificadas por milhões de indivíduos, quando, na verdade, não o são”.⁴⁰⁴ Para se ter ideia de como o uso de robôs é massivo nas redes sociais para dar-se a impressão de aceitação da notícia falsa por outras

⁴⁰¹ *Ibidem*. p. 628.

⁴⁰² D’ANCONA, Matthew. Pós-verdade. Trad. Carlos Szlakj. Barueri: Faro editorial, 2018. p. 42/53.

⁴⁰³ *Ibidem*. p. 53/55.

⁴⁰⁴ PONTES, João Gabriel Madeira. Democracia militante em tempos de crise. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 20.

peças, Miguel Lago informa que “em 2016, somente no Twitter, de seus 336 milhões de usuários em todo o mundo, os pesquisadores estimavam que até 50 milhões eram *bots*” e que esses “*bots* são comunicadores prolíficos”, eis que um “levantamento do *Pew Research Center* sugere que até 66% dos links compartilhados nessa mesma plataforma vinham de *bots* suspeitos”⁴⁰⁵.

6.2. A polarização, que era algo até normal, foi absurdamente acirrada pelas redes sociais e tornou-se um efeito nocivo

A atenção e a curiosidade do ser humano é mais capturada por matérias de cunho sensacionalista e assuntos que polarizem pensamentos antagônicos, sendo até, de certa forma natural, que informações com forte viés ideológico e caráter de polarização e antagonização divulgadas por redes sociais tenham maior recepção das pessoas do que as reportagens realizadas pela chamada imprensa tradicional.

Mas, o fato é que a experiência virtual personalizada pelos algoritmos gera o que Eli Pariser chama de “bolha dos filtros”, pois o código básico das redes sociais e da internet é a geração de filtros *on line* que examinam tudo aquilo de que as pessoas gostam e passam a oferecer a elas exatamente mais do que já gostam, aproximando também de forma virtual pessoas que tenham as mesmas opiniões e gostos, alterando-se assim, de forma profunda, o modo como as pessoas se deparam com ideias e informações; por isso, “numa época em que as informações partilhadas são a base para a experiência partilhada, a bolha dos filtros é uma força centrífuga que nos afasta um dos outros”⁴⁰⁶.

Tal tipo de relacionamento virtual contribui por acirrar as polarizações ideológicas já existentes nas redes sociais e na internet, eis que “essa interação por nichos, de um lado, engessa a cosmovisão das pessoas, ao restringi-las àquele universo composto somente por quem pensa de maneira igual a elas e, de outro lado, gera efeitos verdadeiramente polarizantes, o que contribui para a balcanização das visões e do comportamento político de cada um”⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ STARLING, Heloisa Murgel; LAGO, Miguel; BIGNOTTO, Newton. Linguagem de destruição: a democracia brasileira em crise. São Paulo: Companhia das Letras, 2022. p. 35.

⁴⁰⁶ PARISER, Eli. O filtro invisível: o que a internet está escondendo de você. Trad. Diego Alfaro. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 14/15.

⁴⁰⁷ PONTES, João Gabriel Madeira. *Op. Cit.* p. 18/19.

6.3. O encolhimento do espaço de deliberação pública pelas redes sociais

Ao invés do que se esperava - que a internet e as redes sociais permitissem o fluxo livre e contínuo de informações, aumentando o espaço de deliberação pública para além das instituições estatais - , o que se tem visto é exatamente o contrário. É que as redes sociais transformaram-se em espaço público especialmente propício para a proliferação de informações inverídicas ou *fake news* que são usadas, deliberadamente, por grupos de pressão para provocar o “encolhimento da dimensão deliberativa da esfera pública”, eis que o propósito da comunicação política baseada nas *fake news* é que o discurso político deixe de ser baseado no bem comum e no debate por evidências científicas para convencer quem pensa diferente e passe, ao invés disso, a “reforçar identidades particulares, aquecer polêmicas e fomentar ódio à diferença”⁴⁰⁸.

Então como se discutir e solucionar problemas cruciais da população, se essa vem sendo bombardeada até mesmo com as chamadas “*deepfakes*”, cuja tecnologia é baseada em criar vídeos falsos, porém bem realistas, com pessoas fazendo coisas que nunca fizeram de verdade ou em situações que nunca presenciaram, usando inteligência artificial para manipular imagens de rostos e criar movimentos, simulando expressões e falas⁴⁰⁹.

Para se ter uma noção do potencial lesivo dessa tecnologia basta lembrar do recente vídeo da jornalista Renata Vasconcelos adulterado por *deepfake* que circulou massivamente pelas redes sociais, no qual se propagou a informação inverídica – ou mentirosa⁴¹⁰ ou *fake news*, chame como achar melhor – em que a âncora do Jornal Nacional falava da liderança de Jair Bolsonaro em pesquisas para o 1º turno da recente eleição presidencial, quando o fato verdadeiro noticiado na televisão foi que o candidato Lula estava na liderança das pesquisas para o referido pleito⁴¹¹.

É sob esse contexto recente que o STF se vê no desafio de reanalisar a interpretação que se deve dar à liberdade de expressão como direito fundamental, sendo absolutamente natural, portanto, que a solução para os conflitos jurídico-constitucionais envolvendo a liberdade de

⁴⁰⁸ SOUZA NETO, Claudio Pereira de. Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020. p. 34/35.

⁴⁰⁹ O que é *deepfake* e porque você deveria se preocupar: saiba mais detalhes da tecnologia que usa IA para trocar o rosto de pessoas em vídeos e manipular áudios. Disponível em <<https://tecnoblog.net/responde/o-que-e-deepfake-e-porque-voce-deveria-se-preocupar-com-isso/>> Acesso em 01/11/2022.

⁴¹⁰ Eu prefiro chamar pelo jeito tradicional de informação MENTIROSA, tal como o faz a Ministra Carmen Lucia do STF. Veja em "Fake news é mentira", alerta a ministra do STF, Carmen Lúcia, em seminário no Senado". Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=fqm5KBSaA7g>> Acesso em 01/11/2022.

⁴¹¹ Disponível em <<https://noticias.uol.com.br/videos/2022/08/18/video-falso-1-deepfake-mostra-pesquisa-falsa-na-voz-de-renata-vasconcellos.htm>> Acesso em 01/11/2022.

expressão, principalmente nas redes sociais, receba outro tipo de resposta da Corte que não seja permitir a divulgação do conteúdo e a posterior responsabilização de quem o divulgou.

E mais! Atualmente, o desafio da Suprema Corte não se limita apenas aos efeitos que a propagação de conteúdo falso ou mentiroso tenha na esfera privada dos indivíduos, pois a Corte tem sido instada a decidir pela manutenção ou não de conteúdos em redes sociais, cuja propagação instantânea e massiva para milhares ou milhões de pessoas pelas redes sociais tem enorme potencial ofensivo ao Estado democrático de direito e às instituições responsáveis pela sua proteção, como, por exemplo, o próprio STF.

7. A NOVA CONFORMAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO PELO STF

Diferentemente do contexto sob o qual produziu as balizas do julgamento da ADPF n.º 130⁴¹², atualmente a Suprema Corte precisa interpretar a liberdade de expressão sob a perspectiva de que a posterior responsabilização do propagador de conteúdo falso ou mentiroso pode ser insignificante diante do potencial ofensivo que a informação divulgada de forma massiva e instantânea por redes sociais como *whatsapp*, *telegram*, *twitter*, *instagram*, *facebook* e *youtube* pode trazer às pessoas, às instituições e à democracia brasileira.

Felizmente, o STF, em tais casos concretos, tem agido acertadamente ao repelir o abuso de direito e a violação aos princípios democrático e republicano, determinado a supressão das redes sociais de conteúdo falso ou mentiroso, a investigação e até mesmo a prisão daqueles que violam o princípio republicano e democrático, utilizando-se de *fake news* para ameaçar pessoas,

⁴¹²Há diversos outros julgados em que o STF estipulou a prevalência da liberdade de expressão sobre os demais direitos fundamentais, como, por exemplo, quando a Corte declarou inconstitucionais dispositivos da legislação eleitoral que restringiam a liberdade de expressão, assentando-a como premissa imprescindível à participação política e à democracia (ADI n.º 4451, Min. Rel. Alexandre de Moraes, Pleno, J. 21/06/2018). Outros exemplos citados pelo Min. Edson Fachin foram quando a Suprema Corte, sob o viés do reflexo de medidas incriminatórias na inibição do debate público (*chilling effect*), preservou o direito à livre manifestação (ADPF n.º 187/DF, Min. Rel. Celso de Mello, Pleno, J. 15/6/2011), ou quando a Corte ratificou a prioridade *prima facie* da liberdade de expressão em relação a outros direitos no caso das biografias não autorizadas, afirmando que eventuais incorreções, nesse espectro, devem invocar a responsabilização e o direito de resposta, não a censura (ADI n.º 4815, Min. Rel. Carmen Lúcia, Pleno, j. 10/06/2015). O Plenário, ainda, referendou decisão monocrática da Min. Carmen Lúcia, que, em ADPF, “suspendeu os efeitos de atos judiciais ou administrativos emanados de autoridade pública que possivelmente, determinem ou promovam o ingresso de agentes públicos em universidades públicas e privadas, o recolhimento de documentos, a interrupção de aulas, debates ou manifestações de docentes e discentes universitários, a atividade disciplinar docente e discente e a coleta irregular de depoimentos desses cidadãos pela prática de manifestação livre de ideias e divulgação do pensamento em ambientes universitários ou em equipamentos sob a administração de universidades públicas e privadas e serventes a seus fins e desempenhos”. (ADPF n.º 548 MC REF, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 31/10/2018, Informativo n.º 922).

incitar a violência contra instituições e contra a democracia brasileira; ou seja, para cometer crimes previstos na legislação penal ⁴¹³.

O julgado mais categórico desta nova forma de interpretar a liberdade de expressão, sob a perspectiva de que não se pode admitir a consideração da liberdade de expressão como um direito absoluto, que não possa ser restringido pelo Poder Judiciário, deu-se no recente julgamento da ADPF n^o 572 ⁴¹⁴, a qual foi ajuizada com a pretensão de anular a portaria da Presidência do STF que instaurou na Suprema Corte o Inquérito das Fake News (INQ 4781).

No referido julgamento, a Suprema Corte delimitou os contornos jurídicos da liberdade de expressão e afirmou categoricamente que a mesma não é um direito fundamental absoluto,

⁴¹³ A Lei n^o 14.197/2021 revogou a antiga Lei de Segurança Nacional e alterou o Código Penal (CP) para tipificar crimes contra o Estado democrático de direito, dentre os quais se citam os previstos no art. 286, parágrafo único e no art. 359-L do CP, *in verbis*:

- Art. 286 (...) Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem incita, publicamente, animosidade entre as Forças Armadas, ou delas contra os poderes constitucionais, as instituições civis ou a sociedade.

- Art. 359-L. Tentar, com emprego de violência ou grave ameaça, abolir o Estado Democrático de Direito, impedindo ou restringindo o exercício dos poderes constitucionais: (...).

⁴¹⁴ ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ADPF. PORTARIA GP N^o 69 DE 2019. PRELIMINARES SUPERADAS. JULGAMENTO DE MEDIDA CAUTELAR CONVERTIDO NO MÉRITO. PROCESSO SUFICIENTEMENTE INSTRUÍDO. INCITAMENTO AO FECHAMENTO DO STF. AMEAÇA DE MORTE E PRISÃO DE SEUS MEMBROS. DESOBEDIÊNCIA. PEDIDO IMPROCEDENTE NAS ESPECÍFICAS E PRÓPRIAS CIRCUNSTÂNCIAS DE FATO EXCLUSIVAMENTE ENVOLVIDAS COM A PORTARIA IMPUGNADA. LIMITES. PEÇA INFORMATIVA. ACOMPANHAMENTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. SÚMULA VINCULANTE N^o 14. OBJETO LIMITADO A MANIFESTAÇÕES QUE DENOTEM RISCO EFETIVO À INDEPENDÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE IMPRENSA. 1. Preliminarmente, trata-se de partido político com representação no Congresso Nacional e, portanto, legitimado universal apto à jurisdição do controle abstrato de constitucionalidade, e a procuração atende à “descrição mínima do objeto digno de hostilização”. A alegação de descabimento pela ofensa reflexa é questão que se confunde com o mérito, uma vez que o autor sustenta que o ato impugnado ofendeu diretamente à Constituição. E, na esteira da jurisprudência desta Corte, compete ao Supremo Tribunal Federal o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental e, diante da vocação da Constituição de 1988 de reinstaurar o Estado Democrático de Direito, fundado na “dignidade da pessoa humana” (CR, art. 1^o, III), a liberdade pessoal e a garantia do devido processo legal, e seus corolários, assim como o princípio do juiz natural, são preceitos fundamentais. Por fim, a subsidiariedade exigida para o cabimento da ADPF resigna-se com a ineficácia de outro meio e, aqui, nenhum outro parece, de fato, solver todas as alegadas violações decorrentes da instauração e das decisões subsequentes. 2. Nos limites desse processo, **diante de incitamento ao fechamento do STF, de ameaça de morte ou de prisão de seus membros, de apreçada desobediência a decisões judiciais**, arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada totalmente improcedente, nos termos expressos em que foi formulado o pedido ao final da petição inicial, para declarar a constitucionalidade da Portaria GP n^o 69/2019 enquanto constitucional o artigo 43 do RISTF, nas específicas e próprias circunstâncias de fato com esse ato exclusivamente envolvidas. 3. Resta assentado o sentido adequado do referido ato a fim de que o procedimento, no limite de uma peça informativa: (a) seja acompanhado pelo Ministério Público; (b) seja integralmente observada a Súmula Vinculante n^o 14; **(c) limite o objeto do inquérito a manifestações que, denotando risco efetivo à independência do Poder Judiciário (CRFB, art. 2^o), pela via da ameaça aos membros do Supremo Tribunal Federal e a seus familiares, atentam contra os Poderes instituídos, contra o Estado de Direito e contra a Democracia; e (d) observe a proteção da liberdade de expressão e de imprensa nos termos da Constituição, excluindo do escopo do inquérito matérias jornalísticas e postagens, compartilhamentos ou outras manifestações (inclusive pessoais) na internet, feitas anonimamente ou não, desde que não integrem esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais.** (grifamos) ADPF n^o 572/DF, Min. Rel. Edson Fachin, Pleno, J. 18/06/2020. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em: 01/11/2022

podendo haver a sua limitação quando a divulgação do conteúdo ou informação falsa seja feita para ameaçar outras pessoas, as instituições e a democracia brasileira.

Nos seus votos na referida ADPF nº 572, o Ministro Celso de Mello afirmou que "a incitação ao ódio público e a propagação de ofensas e ameaças não estão abrangidas pela cláusula constitucional que protege a liberdade de expressão e do pensamento" e a Ministra Rosa Weber assentou que "vemo-nos às voltas com ataques sistemáticos que em absoluto se circunscrevem com críticas e divergências abarcadas no direito de livre expressão e manifestação assegurados constitucionalmente, traduzindo, antes, ameaças destrutivas às instituições e a seus membros com a intenção de desmoralizá-las" ⁴¹⁵.

Já a Ministra Carmen Lúcia disse que "não é possível considerar como protegidos pela liberdade de expressão atos que atentem contra a Constituição, incitem o ódio ou o cometimento de crimes" ⁴¹⁶, estando seu pensamento alinhado com o do Ministro Alexandre de Moraes, segundo o qual a "liberdade de expressão não é liberdade de agressão, de destruição da democracia, das instituições e da honra alheia, nem se confunde com ameaças, coações, atentados" e "a Constituição Federal não permite que criminosos se escondam, sob o manto da liberdade de expressão, para a prática de discurso de ódio, antidemocrático, de infrações penais e de atividades ilícitas" ⁴¹⁷.

Já o Ministro Gilmar Mendes chamou a atenção para o fato de que "o uso sistemático de robôs para divulgar notícias falsas e ameaças não é liberdade de expressão, mas um movimento orquestrado para afetar a credibilidade do STF" ⁴¹⁸ e das instituições de defesa do estado democrático brasileiro.

Também vale a pena expor as sempre bem lançadas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso: "Numa democracia, há espaço para conservadores, liberais e progressistas, mas não há espaço para violência, ameaças e discursos de ódio" ⁴¹⁹.

Um pouco antes, no julgamento da Tutela Provisória Antecedente (TPA) nº 39, o Ministro Edson Fachin fez importantes considerações a respeito da possibilidade de limitação da liberdade de expressão quando esta baseia-se em afirmações notória e sabidamente falsas ou que só visam a tumultuar o ambiente democrático, pois "não existe direito fundamental a atacar à democracia a pretexto de se exercer qualquer liberdade, especialmente a liberdade de

⁴¹⁵ ADPF nº 572/DF, Min. Rel. Edson Fachin, Pleno, J. 18/06/2020. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em: 01/11/2022..

⁴¹⁶ *Ibidem*.

⁴¹⁷ ADPF nº 572/DF, Min. Rel. Edson Fachin, Pleno, J. 18/06/2020. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em: 01/11/2022.

⁴¹⁸ *Ibidem*.

⁴¹⁹ *Ibidem*.

expressão” e “não se deve confundir o livre debate público de ideias e a livre disputa eleitoral com a autorização para disseminar desinformação, preconceitos e ataques à democracia”⁴²⁰.

E, ainda mais recentemente, o Plenário do STF firmou maioria na ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 7261/DF para reconhecer a constitucionalidade da recente resolução do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) que ampliou seus poderes no combate às *fake news* e que permite à Corte Eleitoral a determinação de retirada imediata das postagens das redes sociais quando se já tenha constatado anteriormente ser o conteúdo ou informação por ela divulgada falsa, mentirosa ou *fake news*⁴²¹.

Reforçou o Ministro relator Edson Fachin a necessidade de que o Poder Judiciário adote providências quando a liberdade de expressão seja exercida de forma abusiva por meio de “*fake news* e teorias conspiratórias calculadas”, “*bots* sociais, contas-fake autônomas nas mídias sociais” que se passam por “pessoas de verdade” que “postam, tuítam, curtem e compartilham” e “propagam *fake news*, calúnias e comentários de ódio”, pois tal abusividade coloca em risco a própria liberdade de expressão das demais pessoas, especialmente dos eleitores, eis que, em tal ambiente tóxico, “a liberdade se converte em ausência de liberdade, porquanto

⁴²⁰ TUTELA PROVISÓRIA ANTECEDENTE. MEDIDA CAUTELAR. NÃO REFERENDO. DECISÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL – TSE. PROBABILIDADE DO DIREITO E PERIGO DA DEMORA. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROBABILIDADE DE PROVIMENTO DO AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACERTO DA DECISÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. PERIGO DA DEMORA INVERSO. PROCESSO ELEITORAL. NOTÍCIAS FALSAS. SEGURANÇA JURÍDICA. ELEIÇÕES. 1. Havendo perigo da demora em sentido inverso, decorrente da ausência de probabilidade de provimento do agravo em recurso extraordinário contra decisão do TSE, não há que se conceder a tutela provisória. 2. Não pode partido político, candidato ou agente político eleito invocar normas constitucionais e direitos fundamentais para erodir a democracia constitucional brasileira. **3. Não se deve confundir o livre debate público de ideias e a livre disputa eleitoral com a autorização para disseminar desinformação, preconceitos e ataques ao sistema eletrônico de votação, ao regular andamento do processo eleitoral, ao livre exercício da soberania popular e à democracia.** 4. **A jurisprudência reiterada do TSE e do Supremo Tribunal Federal reconhecem que não há liberdade de expressão, nem imunidade parlamentar, que ampare a disseminação de informações falsas por redes sociais e na internet.** Ausência de inovação jurisprudencial a respeito dessas temáticas. 5. Tutela provisória não referendada. (grifamos) TPA 39 MC-REF/DF. Min. Rel. Nunes Marques. Min. Rel. p/ acórdão Edson Fachin. J. 07/06/2022. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em: 01/11/2022.

⁴²¹ DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. CONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO TSE Nº. 23.714/2022. ENFRENTAMENTO DA DESINFORMAÇÃO CAPAZ DE ATINGIR A INTEGRIDADE DO PROCESSO ELEITORAL. 1. Não se reveste de *fumus boni iuris* a alegação de que o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), ao exercer a sua atribuição de elaboração normativa e o poder de polícia em relação à propaganda eleitoral, usurpa a competência legislativa da União, porquanto a Justiça Especializada vem tratando da temática do combate à desinformação por meio de reiterados precedentes jurisprudenciais e atos normativos, editados ao longo dos últimos anos. 2. A Resolução TSE nº. 23.714/2022 não consiste em exercício de censura prévia. **3. A disseminação de notícias falsas, no curto prazo do processo eleitoral, pode ter a força de ocupar todo espaço público, restringindo a circulação de ideias e o livre exercício do direito à informação.** 4. **O fenômeno da desinformação veiculada por meio da internet, caso não fiscalizado pela autoridade eleitoral, tem o condão de restringir a formação livre e consciente da vontade do eleitor.** 5. Ausentes elementos que, nesta fase processual, conduzam à decretação de inconstitucionalidade da norma impugnada, há que se adotar atitude de deferência em relação à competência do Tribunal Superior Eleitoral de organização e condução das eleições gerais. 6. Medida cautelar indeferida. (grifamos) SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 7261/DF. Min. Rel. Edson Fachin. J. 25/10/2022. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em: 25/01/2023.

desconectada da realidade, da verdade e dos fatos” e “esse exercício abusivo coloca em risco a própria sociedade livre e o Estado de Direito democrático”.⁴²²

Sob esse contexto, entendeu o relator, devidamente seguido por seus pares, que “o direito à liberdade de expressão pode ceder, em concreto, no caso em que ela for usada para erodir a confiança e a legitimidade da lisura político-eleitoral. Trata-se de cedência específica, analisada à luz da violação concreta das regras eleitorais e não de censura prévia e anterior”.

Ainda é cedo para afirmar como se comportará a jurisprudência do STF sobre o tema, mas tudo leva a crer que, sob uma realidade distinta daquele julgamento da ADPF nº 130, o STF determinará novas respostas para o enfrentamento dos casos em que as pessoas abusem de sua liberdade de expressão: a tendência é que agora a Suprema Corte entenda não só pela responsabilização posterior do responsável pela divulgação, mas também pela possibilidade de restrição mais efetiva da liberdade de expressão, com a determinação judicial de retirada imediata do conteúdo falso ou mentiroso das redes sociais e da internet, visando a evitar ou a diminuir a propagação e a abrangência de conteúdos falsos e massivos que possam colocar em risco a segurança, a honra e a imagem de pessoas, de instituições e da própria democracia no Brasil.

Assim, tudo leva a crer, especialmente diante dos atos de destruição e vandalismo levado a efeitos por golpistas no último dia 08/01/2023 - quando as sedes dos três Poderes da república em Brasília foram invadidas e barbarizadas, com especial atenção para a destruição plena e absoluta do prédio histórico do STF -, que a tendência de nossa Suprema Corte seja efetivamente restringir a publicação de conteúdo falso ou mentiroso das redes sociais, especialmente quando isto coloque em risco a independência do Poder Judiciário e da própria Corte e a integridade de seus ministros e do próprio Estado democrático de direito.

Até porque os ministros do STF não são autômatos ou uma autoridade estatal absolutamente afastado de sentimentos pessoais, mas são sim homens e mulheres da sociedade brasileira que, muitas vezes, se afetam pelos temas ou controvérsias sob seu julgamento, sendo, por evidente, afetados por condutas e comportamentos que coloquem em xeque a própria autoridade da Corte que compõem e o Estado democrático constitucional de direito que lhes cabe proteger⁴²³.

⁴²² ADI nº 7261/DF. *Op. Cit.*

⁴²³ Como já disse o ex-Ministro do STF Sepúlveda Pertence sobre si e seus colegas juizes da Suprema Corte brasileira: “somos brasileiros de classe média, em determinado tempo e situação”, sendo “inequívoco que todo esse condicionamento, no tempo e no espaço, influi muitas vezes até inconscientemente”, pois “a verdade é que o juiz é um homem, enquanto cidadão, com crenças, convicções, tendências conscientes e inconscientes. Muitas vezes está inteiro dentro de uma decisão. Então é óbvio que não se julga na lua”. In FALCÃO, Joaquim. O Supremo. Rio de Janeiro, FGV, 2015. P. 78/79.

8. CONCLUSÃO

Como dito anteriormente, os tempos atuais são outros: os tempos em que o conteúdo da liberdade de expressão, ou a informação jornalística, era exposto em jornais e revistas impressas e na televisão ficaram para trás; atualmente, a opinião ou o conteúdo jornalístico são essencialmente disponibilizados de forma massiva em redes sociais e na internet e pode ser compartilhado de forma instantânea com milhares ou mesmo milhões de pessoas, em um ambiente tóxico permeado por *fake news*, *deepweb*, direcionamento do discurso pelos algoritmos das grandes redes sociais e aplicativos, “robotização” dos usuários de redes sociais, polarização ideológica e discurso de ódio contra minorias (racismo, misoginia, homofobia, dentre outros).

Diante do risco que o exercício abusivo da liberdade de expressão traz não só para as pessoas, como também para as instituições e para o próprio Estado democrático de direito - como bem se viu como consequência a destruição das sedes dos três poderes por vândalos golpistas no recente e fatídico dia 08 de janeiro de 2023 -, o STF tem produzido julgados que evidenciam uma tendência de intensificação da possibilidade de restrição judicial da liberdade de expressão em tais casos.

Como a realidade fática e social atual é absolutamente distinta do contexto em que foi julgada a ADPF nº 130, parece-nos que a tendência seja o STF adotar novas respostas judiciais para o enfrentamento dos casos em que as pessoas abusem de sua liberdade de expressão; como bem mostram os julgamentos efetuados na ADPF nº 572/DF, na TPA 39 MC-REF/DF e na ADI nº 7261/DF, a tendência é que, ao invés de decidir apenas pela responsabilização posterior do ofensor, a Corte caminhe pela intensificação da restrição mais efetiva da liberdade de expressão, com a determinação judicial de retirada imediata do conteúdo falso ou mentiroso das redes sociais e da internet, visando a evitar ou diminuir a propagação e a abrangência de conteúdos falsos e massivos que possam colocar em risco a segurança, a honra e a imagem de pessoas, de instituições e da própria democracia no Brasil.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. Entre o passado e o futuro. Trad. Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2016.

BANHOS, Sérgio Silveira. *Fake News, fair play* eleitoral e democracia. In Democracia e sistema de justiça: obra em homenagem aos 10 anos do Ministro Dias Toffoli no Supremo Tribunal Federal. Coord. Alexandre de Moraes, André Luiz de Almeida Mendonça. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BINENBOJM, Gustavo. *Liberdade igual: o que é e por que importa*. Rio de Janeiro: História real, 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 4451, Min. Rel. Alexandre de Moraes, Pleno, J. 21/06/2018. Disponível em <www.stf.jus.br> . Acesso em: 01/11/2022.

_____. ADI nº 4815, Min. Rel. Carmen Lúcia, Pleno, j. 10/06/2015. Disponível em <www.stf.jus.br> . Acesso em: 01/11/2022.

_____. ADI nº 7261/DF. Min. Rel. Edson Fachin. J. 25/10/2022. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em: 25/01/2023.

_____. ADPF nº 130/DF. Rel. Min. Aires Britto. J. 06/11/2009. Disponível em <www.stf.jus.br> . Acesso em: 01/11/2022.

_____. ADPF nº 187/DF, Min. Rel. Celso de Mello, Pleno, J. 15/6/2011. Disponível em <www.stf.jus.br> . Acesso em: 01/11/2022.

_____. ADPF nº 548 MC REF, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 31/10/2018, Informativo nº 922. Disponível em <www.stf.jus.br> . Acesso em: 01/11/2022.

_____. ADPF nº 572/DF, Min. Rel. Edson Fachin, Pleno, J. 18/06/2020. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em: 01/11/2022.

_____. HC 82.424-2/RS. Rel. Min. Maurício Correa. J. 7/09/2003. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 01/11/2022.

_____. TPA 39 MC-REF/DF. Min. Rel. Nunes Marques. Min. Rel. p/ acórdão Edson Fachin. J. 07/06/2022. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em: 01/11/2022.

BRASIL. Lei nº 14.197/2021. Disponível em <www.planalto.gov.br> Acesso em 25/01/2023.

BRITTO, Carlos Ayres. *Limitações constitucionais em temas de comunicação social. In Aspectos polêmicos da atividade do entretenimento*. Mangaratiba: Academia Paulista de Magistrados, 2004

CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. *O Supremo Tribunal Federal brasileiro e o direito de imprensa: análise da decisão do STF na ADPF nº 130-DF. In Direitos fundamentais em construção: estudos em homenagem ao ministro Carlos Ayres Britto*. Coord. Márcia Rodrigues Bertoldi; Kátia Cristine Santos de Oliveira. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

CORRÊA DA VEIGA, Aloysio. *As redes sociais e a ética na magistratura. In Democracia e sistema de justiça: obra em homenagem aos 10 anos do Ministro Dias Toffoli no Supremo Tribunal Federal*. Coord. Alexandre de Moraes, André Luiz de Almeida Mendonça. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

D'ANCONA, Matthew. *Pós-verdade*. Trad. Carlos Szlakj. Barueri: Faro editorial, 2018.

MOUNK, Yascha. *O povo contra a democracia: porque nossa liberdade corre perigo e como salvá-la*. Trad. Cássio de Arantes Leite e Débora Landberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

PARISER, Eli. O filtro invisível: o que a internet está escondendo de você. Trad. Diego Alfaro. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

PONTES, João Gabriel Madeira. Democracia militante em tempos de crise. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

SARMENTO, Daniel. Crise democrática e a luta pela Constituição. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

STARLING, Heloisa Murgel; LAGO, Miguel; BIGNOTTO, Newton. Linguagem de destruição: a democracia brasileira em crise. São Paulo: Companhia das Letras, 2022.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In Teoria dos direitos fundamentais. Org. Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VOBKUHLE, Andreas. Defesa do Estado Constitucional democrático em tempos de populismo. Trad. Peter Naumann. Coord. Michel Westland. São Paulo: Saraiva, 2020.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 10ª ed. Madri: Editorial Trotta, 2011.

CAPÍTULO XII

ABRAM ALAS PARA O CARRO DE JAGRENÁ: CARNAVAL BRASILEIRO DE RISCOS PANDÊMICOS

DOI: 10.51859/ampla.hdh052.1125-12

Sayury Silva de Otoni

1. INTRODUÇÃO

No presente artigo falaremos de três tragédias recentes no cenário brasileiro que têm como pontos comuns a inevitabilidade e a constatação de iminente repetição, na sociedade que opta cotidianamente pelo risco. Urge repensar nossa forma de aceitar como destino as catástrofes e normalizar mortes em cenários criados pelo descaso humano. Para ilustração, os casos que analisaremos são o rompimento da Barragem de Brumadinho, o rompimento da barragem de Mariana e a epidemia COVID 19. Partimos de similar narração de Beck, ao relacionar episódios trágicos⁴²⁴. Mudam os cenários, para que vejamos mais do mesmo:

A questão que levanto no presente livro é a seguinte: que fio condutor liga estes episódios tão distintos, transformando-os num guião único? E a resposta, em suma, é a seguinte: são cenas da constelação de significados desconhecida da sociedade de risco mundial, cujas turbulências, contradições, símbolos, ambivalências, medos, ironias e esperanças ocultas estamos a viver e a sofrer, sem os perceber e sem os entender.

Num mundo em turbulência, a fome, a morte, as doenças, as epidemias e a devastação do meio ambiente assombram a humanidade como um *déjà vu* do medievo. O culpa, porém, não é das estrelas. O dano que pode ser evitado, se não o é, resulta de omissão de alguém. É preciso desnudar as responsabilidades por detrás das tragédias. Entender que há perigo, mas há riscos assumidos (não pelas vítimas, mas por quem ter o poder de evitar os danos); certamente há acidentes, mas também existem casos de crimes ambientais, e peço vênica para usar a expressão ambiental no seu sentido mais abrangente, incluindo o ambiente cultural e vidas humanas e de seres sencientes.

⁴²⁴ BECK, Ulrich, Sociedade de Risco Mundial. Em Busca da Segurança Perdida. Lisboa: Edições 70, 2015. p.21

A premissa de que, com o desenvolvimento da ciência e tecnologia o mundo se tornaria mais estável e ordenado, não se concretizou. Na realidade, os avanços da ciência e da tecnologia contribuíram para criar os riscos.

Fato é que todo o progresso, todas as promessas de bem viver, toda a evolução da humanidade nos fizeram mais vulneráveis, mais descrentes, mais desesperançados...

Esclarece Giddens⁴²⁵ que “o mundo em que vivemos hoje é um mundo carregado e perigoso. Isto tem servido para fazer mais do que simplesmente enfraquecer ou nos forçar a provar a suposição de que a emergência da modernidade levaria à formação de uma ordem social mais feliz e mais segura.”

A insegurança paira sobre o ar. Uma turma de turistas resolve passear de lancha no Lago de Furnas e é esmagada por uma rocha que desaba. Casarões históricos são soterrados em Ouro Preto. O vizinho ao seu lado na fila de supermercado pode ser portador de um vírus mortal. Após o horário de almoço, pode ser que sua casa seja soterrada por um mar de lama, de uma barragem qualquer...

Beck afirmou que ⁴²⁶

a ameaça e a insegurança sempre fizeram parte das condições da existência humana no passado, de certa forma ainda mais do que no presente. A ameaça que as doenças e a morte representavam para o indivíduo e a sua família, bem como a fome e as epidemias para as comunidades, eram maiores na Idade Média de que hoje em dia.

Assim, chegamos ao paradoxo: o texto, lido à luz das recentes tragédias que vivenciamos – considerando apenas o Brasil – parece de um otimismo exagerado principalmente pós pandemia pela COVID 19 e outras catástrofes ambientais recentes, como o rompimento das barragens de Mariana e Brumadinho. Afinal, era de se esperar que estivéssemos mais preparados para o enfrentamento de qualquer vírus, assim como mais atentos às inúmeras situações de riscos constatados que demandavam ação imediata, nos casos das barragens rompidas.

Mas o autor revela a passagem da humanidade de um momento em que “Deus era o governador do mundo”⁴²⁷ para a concepção de os homens criam as situações de risco a que se sujeitam, o que esclarece a questão. Passamos da incerteza das fatalidades da vida decorrente

⁴²⁵ GIDDENS, Anthony As consequências da modernidade; tradução de Raul Fiker. - São Paulo: Editora UNESP, 1991. p.15

⁴²⁶ BECK, Ulrich, Sociedade de Risco Mundial. Em Busca da Segurança Perdida. Lisboa: Edições 70,2015. p.23

⁴²⁷ BECK, Ulrich, Sociedade de Risco Mundial. Em Busca da Segurança Perdida. Lisboa: Edições 70,2015. p.23

do mundo exterior para as incertezas criadas pelo homem, a partir de decisões, numa concepção não exata do que venha a ser risco, ou do que se considera risco.

Segundo Giddens⁴²⁸, a noção de risco

se originou com a compreensão de que resultados inesperados podem ser uma consequência de nossas próprias atividades ou decisões, ao invés de exprimirem significados ocultos da natureza ou intenções inefáveis da Deidade. "Risco" substitui em grande parte o que antes era pensado como fortuna (fortuna ou destino) e torna-se separado das cosmologias.

Beck fala da sociedade de risco, sob a ótica dos sucessos da modernização e chega a interessante conclusão no sentido de que⁴²⁹ "a crença, segundo a qual a sociedade moderna poderia controlar os perigos está a desmoronar-se – não devido a falhas e derrotas da modernidade, mas sim às suas vitórias."

Taxativamente, é preciso reconhecer que sofremos cotidianamente com as consequências de decisões humanas e já não podemos atribuir a responsabilidade aos deuses ou ao destino. Nesse sentido, enfatiza Beck⁴³⁰:

O mundo não é como é. O seu ser e o seu futuro pressupõem decisões, decisões essas que ponderam a utilidade e o lado negativo, que ligam entre si progresso e decadência e que, tal como acontece com tudo aquilo que é humano, implicam erro, desconhecimento, *hybris*, promessa de controle e, por fim, até o germe da possível autodestruição.

Segundo Giddens⁴³¹, "O carro de Jagrená esmaga os que lhe resistem, e embora ele às vezes pareça ter um rumo determinado, há momentos em que ele guina erraticamente para direções que não podemos prever". Mas, como crentes cegos à eminente destruição, deitamos na sua frente. No nefasto carnaval, assistimos o desfile de mortes no nosso mundo degradado, mas colocamos a fantasia de Pierrot e vivemos na alienação entre confetes e serpentinas, até a chegada da Quarta-Feira de Cinzas...

Num tom profético, Beck fez uma pergunta⁴³²: "O que acontece com a população de um continente inteiro que, em diferentes graus é irreversivelmente contaminada? Podem (grupos de) países ser mantidos em quarentena?" Na realidade pandêmica, ainda buscamos respostas às questões formuladas.

⁴²⁸ GIDDENS, Anthony As consequências da modernidade; tradução de Raul Fiker. - São Paulo: Editora UNESP, 1991.p. 11.

⁴²⁹ BECK, Ulrich, Sociedade de Risco Mundial. Em Busca da Segurança Perdida. Lisboa: Edições 70,2015. p.29

⁴³⁰ BECK, Ulrich, Sociedade de Risco Mundial. Em Busca da Segurança Perdida. Lisboa: Edições 70,2015. p.23

⁴³¹ GIDDENS, Anthony As consequências da modernidade; tradução de Raul Fiker. - São Paulo: Editora UNESP, 1991.p.124.

⁴³² BECK, Ulrich, Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34,2011. p. 8

Acordar é preciso. Estamos entorpecidos no tédio das tragédias sucessivas que assolam os jornais e a mídia televisiva.

Bauman⁴³³ bem pondera que “o destino dos choques é transformar-se na rotina tediosa da normalidade – e dos pânicos é desgastar-se e desaparecer da vista e das consciências, envoltos no véu do esquecimento.”

Esse artigo pretende registrar, uma vez mais, esses absurdos, nefastos e evitáveis eventos que destruíram milhares de vidas, suas comunidades, sua cultura, suas esperanças. É um tributo à memória de brasileiras e brasileiros que mereciam mais. Mereciam a eficácia dos artigos 196⁴³⁴, 216⁴³⁵ e 225⁴³⁶ da Constituição da República (C.R)⁴³⁷. Sua dor não será esquecida.

No capítulo seguinte, faremos uma breve abordagem sobre risco e evitabilidade de catástrofes, para uma melhor análise da proposta de responsabilização no espírito de fraternidade e solidariedade que devemos às futuras gerações.

2. DO RISCO À CATÁSTROFE E ALÉM

Como premissa, não podemos considerar risco e catástrofe como expressões sinônimas. Nesse sentido, Beck esclarece que⁴³⁸ “risco e catástrofe não têm o mesmo significado. Risco significa antecipação da catástrofe. Os riscos dizem respeito à possibilidade de acontecimentos e desenvolvimentos futuros, tornam presente um estado do mundo que (ainda) não existe.” A catástrofe, por sua vez, é a realização do risco, sua concretização.

A definição do que representa risco ou do seu alcance, não é tarefa fácil, nem simplesmente cartesiana, num mundo de interesses conflitantes.

Conforme Beck,

Nas definições de risco, quebra-se o monopólio da racionalidade das ciências. Existem sempre pretensões, interesses e pontos de vista concorrentes e conflitivos dos distintos atores da modernização e grupos de afetados, que

⁴³³ BAUMAN, Zygmunt. Estranhos à nossa porta. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.p.8

⁴³⁴ C.R. art. 196: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a 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.”

⁴³⁵ C.R. art. 216: “Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos...”

⁴³⁶ C. R. Art. 225: “Todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

⁴³⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013.

⁴³⁸ BECK, Ulrich . Word Risk Society. Cambridge: Polity Press, 1998, p.31. Tradução livre.

acabam sendo forçosamente agregados nas definições de risco, no sentido de causa e efeito, autores e prejudicados.

Interesses dominantes cercam o universo legislativo, ditam as políticas públicas e estabelecem os riscos aceitáveis que são impositivamente assumidos pelas comunidades.

Annelise Steigleder⁴³⁹ diz que “a sociedade de riscos é marcada pelo paradoxo de que os riscos foram gerados pela progressiva sofisticação da tecnologia e da ciência, a qual, agora, não consegue encontrar uma forma para reagir adequadamente a eles, resvalando no binômio probabilidade/improbabilidade”.

Pondera ainda Steigleder⁴⁴⁰ que “enquanto nas sociedades antigas assinalava-se a existência de perigos, que se colocavam como situações externas à sociedade, na sociedade de risco, assinala-se a existência dos riscos como uma consequência de decisões tomadas no âmbito da própria sociedade. “

A grande questão que se coloca é saber quem delibera. Qual parcela da sociedade tem o privilégio de decidir e classificar o que seja ou não risco.

Fato é que os acontecimentos não são mera conspiração do universo. Uma rocha desaba e atinge lanchas no Lago de Furnas, em Capitólio/MG. Seria um caso de perigo, uma situação de fortuito, não fosse previsível, conforme análise técnica da geóloga Dra. Joana Sanches⁴⁴¹:

A área deveria ter sido fechada para o turismo até que se fizesse uma intervenção de técnicos capacitados, além de uma análise mais precisa dos riscos no local. Já havia uma fratura prévia na rocha que se desprendeu. Essa fratura ia desde o topo até a base e são preenchidas pelo solo [terra]. Com a intensidade das chuvas, esse solo que fica entre as fraturas foi lavado e levado embora. Além disso, a água ajudou a fazer mais peso dentro da fratura. Como já estava previamente deslocado do paredão rochoso, com a intensidade dessas chuvas, o pedaço se deslocou por completo.

No debate que se segue à reportagem destacada acima, diversas entidades negam sua responsabilidade. Certo é que em algum momento, alguém, decidiu que não havia risco iminente naquele local. Ou entendeu que o risco não era relevante considerando-se o proveito econômico da exploração da região. Toda a evolução da ciência é aparteadada, para que o fluxo turístico não seja interrompido. Foi uma decisão.

⁴³⁹ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **As dimensões do dano ambiental no direito brasileiro**. 2003. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2003. p. 89

⁴⁴⁰ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **As dimensões do dano ambiental no direito brasileiro**. 2003. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2003. p.87

⁴⁴¹ CNN Brasil. Diversos colaboradores. Disponível em <<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/veja-o-que-se-sabe-sobre-o-desabamento-de-rocha-em-capitolio-mg/>> Acesso 14/01/2022, 16:43 H.

Como já afirmamos, há múltiplos interesses envolvidos na sociedade atual, no momento de classificação de riscos e envolvem desde a vaidade dos atores às questões econômicas que envolvem tais decisões.

As catástrofes que reportamos no presente estudo são resultado alternativamente ou de forma cumulativa, da ausência de mensuração de riscos, de incorreta projeção de riscos ou de decisão política de afastamento da ciência na análise de dados concretos para interpretações de conveniência quer do ponto de vista econômico, quer ideológico. As tragédias foram construídas, por ação ou omissão.

O rompimento das barragens de Mariana e Brumadinho são exemplos claros de falta de gerenciamento de riscos. A atividade de mineração não pode prescindir de tal controle.

O controle de riscos é essencial para atividade de mineração, potencialmente danosa ao meio ambiente com consequências para a comunidade que viva no entorno das barragens. A responsabilidade civil objetiva dos exploradores de tal atividade resulta de imposição legal, conforme se extrai do texto do artigo 927, parágrafo único do Código Civil Brasileiro.^{442,443}

Assim, esclarece Mariana Murta⁴⁴⁴

Utilizando o princípio da prevenção em busca de reduzir os riscos previsíveis e o princípio da precaução para mitigar os riscos imprevisíveis, o estudo, a análise e a avaliação dos riscos se torna ferramenta primordial para observar o comportamento das barragens e definir as medidas de redução de risco de desastres ambientais.

A mesma autora propõe que

o gerenciamento de risco deve se voltar para a identificação, análise e avaliação dos efeitos ambientais provocados pelo exercício da atividade a ser desenvolvida. No caso da atividade de mineração, o gerenciamento deve, ainda, apontar os riscos de desastre e situações potenciais de emergência, apresentando proposta para redução dos prejuízos ao meio ambiente e à comunidade.

Considerando-se a cronologia de eventos a que os rompimentos sucederam, é possível afirmar que houve deliberada negligência, o que nos leva à reclassificação de desastres

⁴⁴² BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 15/01/2022, 10:33 H.

⁴⁴³ ART. 927, Parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

⁴⁴⁴ MURTA, Mariana Amorim. O gerenciamento de risco como alternativa para redução de desastres ambientais com mineração no Brasil. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Brasília, 2020.p.17

ambientais para crimes ambientais, excedendo, sem excluir, os limites de responsabilidade civil dos envolvidos.

Ainda que a análise se detivesse no âmbito da responsabilização civil, a extensão dos danos, incluindo os danos ambientais, são maiores e mais abrangentes que aqueles previstos quanto da normatização da responsabilização civil, que, no modelo tradicional não é suficiente para alcançar a dimensão dos danos que o rompimento das barragens significou.

O gerenciamento da pandemia COVID 19 no Brasil não recebeu melhor tratativa, como veremos no capítulo seguinte. A ausência de uma política de saúde nacional, especificamente orientada para o controle da Pandemia foi determinante à propagação do vírus e ao alcance significativo do patamar de mortos, sem considerarmos as sequelas à saúde dos que sobreviveram ao vírus.

Os direitos violados nos casos sob análise, de natureza transindividual, são, no dizer de Barchet e Motta⁴⁴⁵, “vinculados aos valores de fraternidade e solidariedade, e são tradução de um ideal intergeracional, que liga gerações presentes a futuras, a partir da percepção de que a qualidade de vida destas depende sobremaneira do modo de vida daquelas”.

Estamos enterrando nosso legado num mar de lama que teima em apagar os rastros de que aqui viveu um povo que acreditava que nossos lindos campos tinham mais flores do que todas as outras terras; que nossos bosques tinham mais vida, porque dos filhos desse solo, o Brasil era mãe gentil⁴⁴⁶.

No próximo tópico, falaremos especificamente dos três eventos que utilizamos como parâmetro, espelho do que consideramos “estado da arte” no que tange ao gerenciamento de risco no país.

3. TRAGÉDIAS ANUNCIADAS QUE ABALARAM O BRASIL E A (IR)RESPONSABILIDADE CIVIL

A indústria exploradora de Minério de Ferro tem uma importância grande para o país e para o mundo, porque o minério é uma das principais commodities que o Brasil exporta. Não pairam dúvidas quanto à relevância da atividade.

Em relação à atividade de extração do minério de ferro, de acordo com o texto explicativo do Ministério Público Federal⁴⁴⁷,

⁴⁴⁵ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 15/01/2022, 10:33 H.

⁴⁴⁶Referência à letra do Hino Nacional Brasileiro. **Letra:** Joaquim Osório Duque Estrada **Música:** Francisco Manuel da Silva.

⁴⁴⁷ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. CASO SAMARCO. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/o-desastre>. Acesso em 30/12/2021, 21:00 H.

A atividade de extração de minério de ferro consiste em separar o material valioso (o que se vende) do que não tem valor comercial. Nessa separação, o material que não vai ser utilizado (chama-se rejeito) tem que ser, em acordo com as leis ambientais, armazenado em reservatório para não causar danos. As estruturas que servem de reservatórios são feitas de terra compactada e recebem o nome de barragem.

Duas tragédias recentes envolveram a indústria da mineração (rompimento de barragens), com a peculiaridade de identidade de empresa participante na gestão nas duas ocorrências. O lapso temporal entre os eventos foi inferior a 04 anos.

No dia 05 de novembro de 2015, a Barragem do Fundão, em Mariana, rompeu. A Barragem pertencia à Empresa Samarco Mineração S/A⁴⁴⁸. De acordo com o relatório pericial da Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP, o método usado na construção da barragem foi o de alteamento a montante, considerado o mais barato.⁴⁴⁹ ⁴⁵⁰ O histórico de ocorrências de problemas na Barragem, desde o início de sua operação – dezembro de 2008 – merece destaque como prenúncio do que estava por vir⁴⁵¹:

- Abril de 2009: interrupção das operações por percolação no talude de jusante do barramento⁴⁵²;

- Julho de 2010: interrupção das operações por passagem do rejeito arenoso para jusante do dique;

- 2011 e 2012: o critério de largura de 200 m de praia de rejeitos muitas vezes não foi executado, com a água chegando a até 60 m da crista. Isto permitiu que a lama se sedimentasse em áreas onde ela não deveria estar presente.

- 2012: um grande conduto de concreto embaixo da ombreira esquerda da barragem, a Galeria Secundária, foi considerado como estruturalmente deficiente e incapaz de suportar a carga adicional.

- Agosto de 2014: o tapete drenante destinado a controlar a saturação da massa atingiu sua capacidade máxima.

O relatório técnico sobre as circunstâncias que envolveram ruptura da barragem, é conclusivo⁴⁵³:

⁴⁴⁸ Empresa controlada pela Vale S/A e BHP Billinton

⁴⁴⁹ Nota: nesse método, parte do rejeito (lama) é utilizado na estrutura e ampliação da barragem.

⁴⁵⁰ GUIMARÃES, Juca. Brasil de Fato. Disponível em <https://www.brasildefato.com.br/2019/02/05/problemas-na-barragem-da-samarco-existiam-desde-sua-construcao-aponta-relatorio> acesso em 30/12/2021, 22:32 H

⁴⁵¹ Idem.

⁴⁵² Segundo o relatório, a partir do dano causado por esse defeito de concepção, houve aumento de saturação, o que favoreceu a liquefação da areia tendo como consequência última o rompimento da barragem.

⁴⁵³ FUNDAÇÃO RENOVA – Relatório sobre causas imediatas da ruptura da barragem de Fundão. Disponível em : <https://www.fundacaorenova.org/wp-content/uploads/2017/10/relatorio-sobre-as-causas-imediatas-da-ruptura-da-barragem-de-fundao.pdf>

A ruptura da Barragem de Rejeitos de Fundão por deslizamento fluido provocado por liquefação foi consequência de uma cadeia de eventos e condições. Uma mudança no projeto provocou um aumento na saturação que introduziu o potencial para liquefação. Como resultado de vários desenvolvimentos, lamas moles chegaram até áreas não previstas na ombreira esquerda da barragem e o alinhamento do aterro foi recuado de seu local originalmente planejado. Como resultado deste recuo, havia lama sob o aterro que foi submetida à carga imposta pelo alteamento. Isto iniciou um mecanismo de extrusão da lama e separação das areias à medida que aumentava a altura do aterro. Com apenas um pequeno incremento adicional de carga produzida pelos tremores de terra, o desencadeamento da liquefação foi acelerado e o deslizamento fluido iniciado.

A sequência de problemas relatada deixa clara a definição de Beck citada sobre risco e catástrofe. A catástrofe na qual 19 pessoas morreram e comunidades foram destruídas, como o distrito de Bento Rodrigues, além da poluição da bacia do Rio Doce e devastação de vegetação⁴⁵⁴, adveio do desprezo e minimização dos riscos diversas vezes apontado. O risco tornou-se realidade – catástrofe - naquela que foi considerada a maior tragédia ambiental do Brasil.

Em resumo, o rompimento da Barragem de Fundão, em Mariana, causou 17 mortes, mais de 600 pessoas desabrigadas e danos imensuráveis ao meio ambiente.⁴⁵⁵ As vítimas sobreviventes sofrem com doenças respiratórias e de pele.

O maior desastre ambiental do país – e do mundo, envolvendo rejeitos - parece não ter fim. O crime ambiental tem se prolongado, conforme registrado no Relatório sobre o rompimento da barragem de rejeitos da mineradora Samarco e seus efeitos sobre o vale do rio doce⁴⁵⁶:

Nas audiências públicas houve inúmeras referências ao fato de que, passado um ano do desastre, a barragem de Fundão continuava vazando, com a continuidade do crime ambiental e o lançamento de rejeitos de minério na bacia do Rio Doce. Essas informações são de conhecimento público da população entre Regência e Mariana, do MP e do CDHM.

⁴⁵⁴ AGÊNCIA BRASIL. Tragédia de Mariana completa 03 anos. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-11/tragedia-de-mariana-completa-3-anos-veja-linha-do-tempo>. Acesso em 30/12/2021, 22:40.

⁴⁵⁵ BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos Humanos. Relatório sobre o rompimento da barragem de rejeitos da mineradora Samarco e seus efeitos sobre o vale do rio doce. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/old/cndh/relatorios/RelatriodaBarragemdoRioDoce_FINAL_APROVADO.pdf. Acesso em 10/01/2022, 13:05 H.

⁴⁵⁶ BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos Humanos. Relatório sobre o rompimento da barragem de rejeitos da mineradora Samarco e seus efeitos sobre o vale do rio doce. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/old/cndh/relatorios/RelatriodaBarragemdoRioDoce_FINAL_APROVADO.pdf. Acesso em 10/01/2022, 13:05 H.

O mínimo de política de prevenção que poderia ser esperado após o advento do citado rompimento, era o de revisão criteriosa das condições das demais barragens em território nacional.

Mas, no dia 25 de janeiro de 2019, a Barragem de rejeitos do Córrego do Feijão, em Brumadinhos/MG se rompeu.

Conforme relatório técnico, do Centro Internacional de Métodos Numéricos em Ingeniería (CIMNE), vinculado à Universitat Politècnica de Catalunya (CIMNE/UPC)⁴⁵⁷,

É incontroverso que o rompimento da Barragem I envolveu o fenômeno do fluxo por liquefação. A liquefação é um processo associado ao aumento da por opressão, pelo qual a resistência ao cisalhamento é reduzida à medida que a tensão efetiva no solo se aproxima de zero. Apenas materiais contráteis estão sujeitos à liquefação. A liquefação está intrinsecamente relacionada ao comportamento frágil não drenado do solo.

A lama da barragem de Brumadinho enterrou 270 pessoas e 11 continuam desaparecidas⁴⁵⁸.

No caminho da lama, vidas foram sendo soterradas. Vidas humanas, vida de nossa terra, de nossa cultura, de nossa história.

Conforme questionou Mariana Murta⁴⁵⁹, “tendo em vista que o ocorrido em Mariana não serviu de lição para evitar o segundo desastre, seria o de Brumadinho suficiente para mobilizar os agentes envolvidos a evitar outros desastres semelhantes?”

A resposta está estampada nas manchetes do mês de janeiro de 2022. Falaremos na conclusão sobre os eventos futuros.

O segundo evento (rompimento da Barragem de Brumadinho) demonstra claramente que a Responsabilização Civil, como atualmente estabelecida no Brasil, não atende à função social de servir de sanção civil, de natureza reparadora. O inadimplemento do dever de cuidado, o não cumprimento do dever constitucional de proteção ao meio ambiente, não recebe uma penalidade adequada ao poder econômico das empresas causadoras do dano. Dessa forma, não inibe novas ocorrências.

⁴⁵⁷ BRASIL. Ministério Público Federal. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/desastre-da-vale-relatorio-elaborado-por-universidade-da-espanha-aponta-causas-do-rompimento-da-barragem-em-brumadinho-mg>>

⁴⁵⁸ CONECTAS DIREITOS HUMANOS. Disponível em <https://www.conectas.org/noticias/fact-sheets-o-numeros-da-tragedia-de-brumadinho/>. Acesso em 15/01/2021, 12:10 H.

⁴⁵⁹ MURTA, Mariana Amorim. O gerenciamento de risco como alternativa para redução de desastres ambientais com mineração no Brasil. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Brasília, 2020.p.21

Os riscos da atividade são transferidos à comunidade, e a sucessão de atitudes negligentes envolve agentes públicos e privados, numa sucessão de concausas que tornam difícil a atribuição de um único nexo de causalidade à catástrofe e suas consequências. Restam inexplicadas, no caso de Brumadinho, por exemplo, a ausência de uma segunda forma de alerta do rompimento, além das sirenes, que foram soterradas pela lama; não há explicação para edificação de área administrativa e refeitório abaixo do nível da barragem; não há justificativa para a concessão do licenciamento em circunstâncias de iminente risco.

O artigo 942 do Código Civil Brasileiro, parte final, estabelece que “...se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.” No caso em tela, é importante indagar da aplicabilidade do dispositivo no tocante à responsabilidade solidária, uma vez constatada a sucessão de erros/atitudes negligentes que culminaram nos eventos.

A terceira tragédia, que o mundo inteiro experimentou, foi a contaminação da população pelo vírus COVID 19, classificada como pandemia pela Organização Mundial de Saúde. No caso específico do Brasil, embora não fosse possível evitar totalmente a disseminação do vírus, havia medidas de controle que poderiam ter sido adotadas. A ausência de tempestividade, a negação da ciência, a proliferação de fake News, contribuíram sobremaneira para que o país alcançasse a marca de mais de 600.000 mortos. A polarização incentivada pelo governo federal custou e ainda custa caro à população brasileira. Custa vidas. A linha do tempo com os dados extraídos abaixo permite a análise⁴⁶⁰.

No dia 31 de dezembro de 2019, a Organização Mundial de Saúde (OMS) foi alertada sobre vários casos de pneumonia detectados na cidade de Wyhan, província de Huber, República Popular da China;

Nos primeiros dias de janeiro de 2020, a China identifica o novo coronavírus (SARS-CoV-2) como o causador do surto da doença que ficou conhecida como covid-19.

Na primeira quinzena de janeiro de 2020, a OMS recomenda aos Estados membros precauções e utilização de máscaras de proteção pela população.

Na segunda quinzena de janeiro de 2020, o Brasil solicita às agências responsáveis o monitoramento de eventos incomuns.

⁴⁶⁰ BRASIL. Senado Federal. CPI da Pandemia. Relatório Final. 26 de outubro de 2021. Disponível em: https://senadofederal-my.sharepoint.com/personal/cpipandemia_arquivos_senado_leg_br/_layouts/15/onedrive.aspx?id=%2Fpersonal%2Fcpipandemia%5Farquivos%5Fsenado%5Fleg%5Fbr%2FDocuments%2FRelat%C3%B3rio%20Final%2FRelatorio%5FFinal%5Faprovado%2Epdf&parent=%2Fpersonal%2Fcpipandemia%5Farquivos%5Fsenado%5Fleg%5Fbr%2FDocuments%2FRelat%C3%B3rio%20Final. Acesso 14/01/2022, 19:58 H.

No dia 30 de janeiro de 2020, a OMS declarou emergência de saúde pública de importância internacional (ESPII), que é o nível mais elevado de alerta. Foi a 6ª. vez na história que tal alerta foi declarado.

No dia 11 de fevereiro de 2020, foi identificado o SARS – Cov-2, responsável pelo COVID 19;

No dia 26 de fevereiro de 2020, ocorreu a primeira morte por COVID 19 no Brasil. Na ocasião, o sistema de saúde da Itália já experimentava colapso e começava-se a adoção de quarentenas.

No dia 11 de março de 2020, a OMS classificou a Covid 19 como pandemia e UNESCO sugeriu a adoção de plataformas virtuais para educação.

A respeito dos três meses passados, ponderou o relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) instaurada pelo Senado Brasileiro⁴⁶¹:

Havia desconhecimento, no início, sobre o grau de transmissibilidade e letalidade do vírus, mas apenas três meses depois, a doença já era considerada, formalmente, uma pandemia, com infectados em quase todos os países do mundo. Na data em que este Relatório foi assinado, o mundo havia confirmado mais de 240 milhões de casos da doença, com mais de 4,9 milhões de mortos, o que tornou a pandemia de covid-19 uma das mais letais da história da humanidade.

Sobre o cenário mundial, relata a CPI:

No final do mês de março já são adotados protocolos médicos específicos para interromper o ciclo de transmissão da doença. Com a superlotação de hospitais em todo o mundo, a OMS publica um manual sobre como configurar e gerenciar um centro de tratamento de infecções respiratórias agudas graves e um centro de triagem de infecções respiratórias agudas graves em centros de saúde para otimizar o atendimento ao paciente. Medidas como o distanciamento social passam a ser rotina nos países mais afetados. Em meados de abril, a OMS novamente publica orientações sobre o ajuste de medidas sociais e de saúde pública, como restrições rigorosas de movimento, comumente chamadas de lockdown.

Em meados de abril, o número de casos mundiais ultrapassava a casa de dois milhões.

No Brasil, em virtude de iniciativa de governos estaduais, a curva de letalidade da doença estava, à época, menor que a mundial. Não obstante, por absoluta omissão do Governo Federal,

⁴⁶¹ BRASIL. Senado Federal. CPI da Pandemia. Relatório Final. 26 de outubro de 2021. Disponível em: https://senadofederal-my.sharepoint.com/personal/cpipandemia_arquivos_senado_leg_br/_layouts/15/onedrive.aspx?id=%2Fpersonal%2Fcpipandemia%5Farquivos%5Fsenado%5Fleg%5Fbr%2FDocuments%2FRelat%C3%B3rio%20Final%2FRelatorio%5FFinal%5Faprovado%2Epdf&parent=%2Fpersonal%2Fcpipandemia%5Farquivos%5Fsenado%5Fleg%5Fbr%2FDocuments%2FRelat%C3%B3rio%20Final. Acesso 14/01/2022, 19:58 H.

ausência de política centralizada no combate à pandemia, as mortes por COVID no Brasil alcançaram números alarmantes.

Pesquisadores de todo mundo apressavam-se na busca de vacina para imunização da população.

Em agosto de 2020, o Brasil recebeu oferta da Empresa Pfizer, para entrega do primeiro lote em dezembro, mas não deu andamento à proposta. Nesse sentido, afirmou a Empresa que⁴⁶²

A Pfizer encaminhou três propostas para o governo brasileiro, para uma possível aquisição de 70 milhões de doses de sua vacina, sendo que a primeira proposta foi encaminhada pela companhia em 15 de agosto de 2020 e considerava um quantitativo para entrega a partir de dezembro de 2020.

De igual forma, o Brasil não adere tempestivamente ao denominado Covax Facility ⁴⁶³, somente vindo a participar em setembro de 2020.

O relatório da citada CPI aponta que houve sonegação de informação pelo Governo Federal aos brasileiros, nos termos seguintes: “Importante informar que houve várias tentativas, algumas frustradas, outras não, do governo federal de dificultar o acesso da população à informação durante a pandemia.”

Até 12 de dezembro de 2020, o Brasil, país famoso pela erradicação de doenças através de programas de vacinação em massa, não tinha programa nacional de vacinação para imunização em face da COVID.

No dia 14 de janeiro de 2021, Manaus experimenta a tragédia de absoluto caos no sistema de saúde com falta de equipamento de oxigênio.

Somente no dia 17 de janeiro de 2021 o uso emergencial de vacinas é aprovado no país.

Não fossem os esforços de governos estaduais, o cenário seria ainda pior. Foi preciso que os Estados buscassem junto ao STF a declaração de autonomia por competência comum, para tratarem de questões de saúde.

Assim como nos casos de rompimento das barragens aqui relatados, também no caso da Pandemia, a classificação de risco foi realizada sem critério técnico fundamental ao seu controle; relata a Comissão⁴⁶⁴:

⁴⁶² CNN. BRASIL. Disponível em <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/pfizer-diz-que-ofereceu-proposta-para-brasil-comprar-vacinas-em-agosto/>. Acesso 14/01/2022, 19:50 H.

⁴⁶³ Segundo o relatório da CPI, tratava-se de um mecanismo projetado para promover acesso rápido, justo e equitativo às vacinas contra a covid-19 em todo o mundo – 150 países manifestaram interesse em 15/07/2020.

⁴⁶⁴ BRASIL. Senado Federal. CPI da Pandemia. Relatório Final. 26 de outubro de 2021. Disponível em: <https://senadofederal->

Diante dos trabalhos realizados por esta Comissão, foi possível colher elementos de prova suficientes para comprovar a existência de um gabinete paralelo, composto por médicos, políticos e empresários, que, ao longo dos anos de 2020 e 2021, prestava orientações ao Presidente da República sobre o modo como a pandemia da covid-19 deveria ser enfrentada, bem como participava de decisões sobre políticas públicas, ao arrepio das orientações técnicas do Ministério da Saúde, sem ter investidura formal nos cargos públicos responsáveis por essa função. Restou evidenciado que houve, por parte do referido grupo, aconselhamento para que fosse atingida a imunidade de rebanho pela contaminação natural no Brasil. A ideia era permitir que o novo coronavírus se propagasse livremente entre a nossa população, fazendo-se, quando muito, um isolamento vertical, a fim de se evitar a contaminação de idosos e pessoas com comorbidades.

Conforme se verificará ao longo deste Relatório, a estratégia pela busca da imunidade de rebanho por infecção levou o Presidente da República a resistir fortemente à implementação de medidas não farmacológicas, tais como o uso de máscara e o distanciamento social, bem como a não promover a celeridade necessária na aquisição de vacinas. Ademais, levou o chefe do Poder Executivo Federal a dar ênfase ao uso de medicamentos comprovadamente ineficazes no combate da covid-19. Tudo isso colaborou para a propagação do vírus da covid19.

Esse artigo pretende se deter nos aspectos técnicos das situações relatadas. Resta comprovado que os riscos foram apontados por técnicos, embasados na ciência e tecnologia modernas; houve possibilidade e tempo para minimizar as consequências ou corrigir falhas estruturais. Decisões foram tomadas ao alvitre do conhecimento científico.

Não há responsabilização bastante – ainda que solidária - que faça cessar o grito ensurdecedor do luto de nossa gente, pelos que se foram, pelo patrimônio histórico e cultural que não se restaura e pelos danos ambientais de alcance imensurável.

Propositadamente, intitulamos esse capítulo como “tragédias anunciadas”, para destacar a previsibilidade dos eventos, o que afasta qualquer tentativa de classificação como caso fortuito/força maior. Vejamos o que diz o Código Civil Brasileiro a respeito, art. 393, parágrafo único⁴⁶⁵: “O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.”

Sabemos que a responsabilidade pelos eventos narrados, no caso das barragens, é objetiva; também fica claro que inexistente excludente de responsabilidade. O alcance de tal responsabilidade deve obedecer ao artigo 944 do diploma legal citado. *In verbis*⁴⁶⁶: “A

my.sharepoint.com/personal/cpipandemia_arquivos_senado_leg_br/_layouts/15/onedrive.aspx?id=%2Fpersonal%2Fcpipandemia%5Farquivos%5Fsenado%5Fleg%5Fbr%2FDocuments%2FRelat%C3%B3rio%20Final%2FRelatorio%5FFinal%5Faprovado%2Epdf&parent=%2Fpersonal%2Fcpipandemia%5Farquivos%5Fsenado%5Fleg%5Fbr%2FDocuments%2FRelat%C3%B3rio%20Final. Acesso 14/01/2022, 19:58 H.

⁴⁶⁵BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 15/01/2022, 10:33 H.

⁴⁶⁶ IDEM.

indenização mede-se pela extensão do dano”. Resta mensurar os danos. Nesse sentido, cabe pensar um sistema de responsabilidade civil específico para danos ambientais como bem caminha a doutrina ambientalista, por todos, Annelise Monteiro Steigleder⁴⁶⁷. Sem uma nova concepção, não há que se falar em reparação integral do dano e o sistema deixa de cumprir sua função educativa e inibidora de novas ocorrências, como apontamos.

Proponho que a mesma visão seja aplicada pela violação do Direito Fundamental à Saúde, decorrente dos atos apurados e relacionados no relatório citado no presente artigo, a respeito do risco ampliado pela inércia do Estado Brasileiro na resposta à epidemia COVID 19.

A Pandemia Covid 19 ceifou mais de 600.000 vidas no Brasil. Ainda não há uma direttriz nacional de controle da pandemia. A omissão também é fato gerador de responsabilidade civil.

Observe-se a síntese da demanda impetrada pelo Ministério Público Federal em face da Vale, e, razão dos desastres narrados⁴⁶⁸:

Esta ação civil pública pretende obter a condenação da ré VALE S.A. a implementar uma completa reestruturação de suas políticas internas de segurança e prevenção de desastres, mediante a realização de intervenção judicial. Esse pleito decorre da constatação de que, apesar do que afirma publicamente, a VALE S.A. desenvolveu, ao longo do tempo, uma cultura interna de menosprezo aos riscos ambientais e humanos, decorrentes da atividade que desempenha, permitindo-se, sistematicamente, apropriar-se do lucro das suas operações, ao mesmo tempo em que externaliza, para a sociedade, os riscos e efeitos deletérios de seu comportamento, em uma verdadeira situação de irresponsabilidade organizada. Embora as manifestações mais visíveis desse comportamento sejam os desastres de Mariana e Brumadinho, esta petição apresenta evidências de que essa conduta está disseminada na cultura institucional da ré, conforme se depreende da situação de risco de diversos outros empreendimentos de sua responsabilidade. Diante desse quadro, a conclusão inevitável é a de que a VALE S.A. não tem nem interesse, nem condições culturais internas de conduzir, por si só, mudanças sistemáticas e significativas em sua política de prevenção de desastres. Pelo contrário, tudo indica que, ao longo do tempo, a Companhia trabalhou para depauperar medidas de prevenção e acobertar riscos graves, tudo em nome da ampliação do lucro. Isso caracteriza um litígio estrutural 1, cuja correção exige a elaboração e implementação de um plano, com medidas progressivas, capazes de alterar, de maneira duradoura, o comportamento empresarial. Por essa razão, entende o autor que a efetiva mudança de comportamento, capaz de garantir a segurança ambiental e das pessoas que residem em torno dos empreendimentos da VALE S.A. só poderá ser obtida mediante afastamento dos gestores encarregados dessas funções e sua substituição por um interventor judicial.

⁴⁶⁷ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **As dimensões do dano ambiental no direito brasileiro**. 2003. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2003.

⁴⁶⁸ Minas Gerais. Justiça Federal da 1ª. Região. 14ª. Vara Federal. Ação Civil Pública. Processo 1035519-02.2020.4.01.3800.

Ao classificar as espécies de risco, Annelise Steigleder destaca a espécie de risco que acaba sendo absorvida pela cultura, como padrão de normalidade. Segundo a autora⁴⁶⁹, “Os efeitos destes riscos normais são acumulativos e progressivos, como são exemplos as contaminações por elementos tóxicos nos alimentos e na água”.

A Ação Civil Pública aponta justamente essa constatação: a normalização do descaso com a vida, com o meio ambiente, com o patrimônio cultural da humanidade, pela certeza da impunidade, com institucionalização de um comportamento negligente bem como a necessidade de desconstruir tal cultura.

Esse artigo pretende dizer uma vez mais que essas tragédias não podem ser vistas como designio divino e por isso não são aceitáveis, não são normais. A cultura de inimizabilidade precisa ser rompida.

4. CONCLUSÃO

Ao iniciarmos a redação desse artigo, afirmamos: “No presente artigo falaremos de três tragédias recentes no cenário brasileiro que tem como pontos comuns a evitabilidade e a constatação de iminente repetição, na sociedade que opta cotidianamente pelo risco.”

Como profecia maldita, as notícias do mês de janeiro, além dos casos já relatados, apontam para novas ocorrências:

- Segundo o boletim mensal de barragens emitido pela Agência Nacional de Mineração (ANM), a Vale tem três barragens em situação de ruptura iminente.⁴⁷⁰

-No dia 13 de janeiro de 2022, um deslizamento de terra destruiu casarão histórico em Ouro Preto/MG. O casarão estava interditado desde 2012 em razão de outro deslizamento. O Solar estava sobre a proteção do IPHAN, foi entregue em 2010, após restauração⁴⁷¹. Apaga-se uma parte da memória do país por absoluta falta de política de prevenção.

-No dia 24 de dezembro de 2021, o Ministério da Saúde ainda se pronunciava no sentido de que a imunização de crianças pela vacinação contra COVID 19, dependeria de prescrição

⁴⁶⁹ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **As dimensões do dano ambiental no direito brasileiro**. 2003. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2003, p. 88.

⁴⁷⁰ CRESCITELLI, Giovanna. Vale tem três barragens prestes a romper, afirma relatório. Monitor do Mercado. Disponível em [https://monitordomercado.com.br/noticias/24788-vale-tem-tres-barragens-em-nivel-maximo-Acesso 13/01/2022](https://monitordomercado.com.br/noticias/24788-vale-tem-tres-barragens-em-nivel-maximo-Acesso%2013/01/2022), 19:20 H.

⁴⁷¹ MANSUR, Rafaela. Veja fotos do interior e saiba mais sobre o casarão destruído após deslizamento em Ouro Preto. G1. Minas Gerais. Aplicativo G1. Acesso em 13/01/2022, 19:32 H.

médica e autorização dos responsáveis, criando assim um entrave para controle da pandemia e acentuando as desigualdades sociais para acesso à saúde⁴⁷².

Multiplicam-se as situações de inequívoca negligência em relação ao meio ambiente, inclusive cultural, e às vidas humanas como parte do Meio Constitucionalmente protegido. O sistema de responsabilidade civil brasileiro precisa ser revisitado para pôr a comunidade a salvo de toda sorte de negligência quer de agentes privados, quer públicos.

Ao assistir os vídeos que retratam as devastações provocadas pelos rompimentos das barragens, ou as reportagens sobre a falta de oxigênio em Manaus, o poema de Castro Alves ecoa na minha mente⁴⁷³: Senhor Deus dos desgraçados, dizei-me vós, Senhor Deus, se é mentira ou se é verdade tanto horror perante os céus!

O horror é verdade. Os Direitos Fundamentais de Terceira Geração são cotidianamente ignorados. Apontam Motta e Barchet que duas são as origens básicas desses direitos⁴⁷⁴: “A degradação das liberdades ou a deterioração dos demais direitos fundamentais em virtude do uso nocivo das modernas tecnologias e o nível de desigualdades social e econômica existente entre as diferentes nações.”

O propósito da consagração constitucional desses direitos está claro. Cumpre-nos dar eficácia aos direitos constitucionalmente protegidos pela sua relevância e porque são condições de sustentabilidade da vida no nosso planeta; nossas ações determinarão a qualidade de vida das próximas gerações.

Retiremos das nossas avenidas o Carro de Jagrená. A vida pede passagem.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. Tragédia de Mariana completa 03 anos. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-11/tragedia-de-mariana-completa-3-anos-veja-linha-do-tempo>.

ALVES, Castro. O Navio Negreiro. Tragédia no Mar. Disponível em <https://www.escritas.org/pt/t/13073/o-navio-negreiro-tragedia-no-mar-v>. Acesso em 15/01/2022, 11:30 H.

BAUMAN, Zygmunt. Estranhos à nossa porta. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

⁴⁷² REVISTA EXAME. Disponível em exame.com/brasil/governo-vai-vacinar-criancas-mas-exigira-prescricao-medica-diz-queiroga/ Acesso em 15/01/2022, 12:35 H.

⁴⁷³ ALVES, Castro. O Navio Negreiro. Tragédia no Mar. Disponível em <https://www.escritas.org/pt/t/13073/o-navio-negreiro-tragedia-no-mar-v>. Acesso em 15/01/2022, 11:30 H.

⁴⁷⁴ BARCHET, Gustavo e MOTTA FILHO, Sylvio Clemente. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. P.152.
MOTTA, Filho

BECK, Ulrich . Word Risk Society. Cambridge: Polity Press, 1998

BECK, Ulrich, Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34,2011

BECK, Ulrich, Sociedade de Risco Mundial. Em Busca da Segurança Perdida. Lisboa: Edições 70,2015.

BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos Humanos. Relatório sobre o rompimento da barragem de rejeitos da mineradora Samarco e seus efeitos sobre o vale do rio doce. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/old/cndh/relatorios/RelatriodaBarragemdoRioDoce_FINAL_APROVADO.pdf. Acesso em 10/01/2022, 13:05 H.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 15/01/2022, 10:33 H.

BRASIL. Ministério Público Federal. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/desastre-da-vale-relatorio-elaborado-por-universidade-da-espanha-aponta-causas-do-rompimento-da-barragem-em-brumadinho-mg>>

BRASIL. Senado Federal. CPI da Pandemia. Relatório Final. 26 de outubro de 2021. Disponível em: https://senadofederal-my.sharepoint.com/personal/cpipandemia_arquivos_senado_leg_br/_layouts/15/onedrive.aspx?id=%2Fpersonal%2Fcpipandemia%5Farquivos%5Fsenado%5Fleg%5Fbr%2FDocuments%2FRelat%C3%B3rio%20Final%2FRelatorio%5FFinal%5Faprovado%2Epdf&parent=%2Fpersonal%2Fcpipandemia%5Farquivos%5Fsenado%5Fleg%5Fbr%2FDocuments%2FRelat%C3%B3rio%20Final. Acesso 14/01/2022, 19:58 H.

CNN Brasil. Diversos colaboradores. Disponível em <<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/veja-o-que-se-sabe-sobre-o-desabamento-de-rocha-em-capitolio-mg/>> Acesso 14/01/2022, 16:43 H.

CRESCITELLI, Giovanna. Vale tem três barragens prestes a romper, afirma relatório. Monitor do Mercado. Disponível em <https://monitordomercado.com.br/noticias/24788-vale-tem-tres-barragens-em-nivel-maximo-> Acesso 13/01/2022, 19:20 H.

FUNDAÇÃO RENOVA – Relatório sobre causas imediatas da ruptura da barragem de Fundão. Disponível em : <https://www.fundacaorenova.org/wp-content/uploads/2017/10/relatorio-sobre-as-causas-imediatas-da-ruptura-da-barragem-de-fundao.pdf>. Acesso em 10/12 de 2021, 13:00 H.

GIDDENS, Anthony As consequências da modernidade /Anthony Giddens; tradução de Raul Fiker. - São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GUIMARÃES, Juca. Brasil de Fato. Disponível em <https://www.brasildefato.com.br/2019/02/05/problemas-na-barragem-da-samarco-existiam-desde-sua-construcao-aponta-relatorio>.

MANSUR, Rafaela. Veja fotos do interior e saiba mais sobre o casarão destruído após deslizamento em Ouro Preto. G1. Minas Gerais. Aplicativo G1. Acesso em 13/01/2022, 19:32 H.

MINAS GERAIS. Justiça Federal da 1ª. Região. 14ª. Vara Federal. Ação Civil Pública. Processo 1035519-02.2020.4.01.3800.

REVISTA EXAME. Disponível em exame.com/brasil/governo-vai-vacinar-criancas-mas-exigira-prescricao-medica-diz-queiroga/ Acesso em 15/01/2022, 12:35 H.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **As dimensões do dano ambiental no direito brasileiro**. 2003. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2003.



9 786553 813052