

Revista de Estudos Jurídicos da UNESP

v. 27 | n. 46 | 2023



UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA
SÃO PAULO STATE UNIVERSITY

Reitor

Prof. Dr. Pasqual Barretti

Vice-Reitora

Profa. Dra. Maysa Furlan

Pró-Reitora de Pós-Graduação

Profa. Dra. Maria Valnice Boldrin

Pró-Reitor de Pesquisa

Prof. Dr. Edson Cocchieri Botelho

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS
SCHOOL OF HUMANITIES AND SOCIAL SCIENCES

Diretora

Profa. Dra. Fernanda Mello Sant'Anna

Vice-Diretor

Prof. Dr. Murilo Gasparido

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Prof. Dr. Victor Hugo de Almeida

Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Prof. Dr. Daniel Damásio Borges

Conselho do Programa de Pós Graduação em Direito

Prof. Dr. Victor Hugo de Almeida

Profa. Dra. Jete Jane Fiorati

Prof. Dr. Daniel Damásio Borges

Profa. Dra. Soraya Regina Gasparetto Lunardi

Prof. Dr. José Duarte Neto

Prof. Dr. Murilo Gasparido

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges

Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes

Profa. Dra. Ana Gabriela Mendes Braga

Profa. Dra. Kelly Cristina Canela

Profa. Dra. Elisabete Maniglia

Prof. Dr. Carlos Eduardo de Abreu Boucault

Ma. Ana Clara Tristão

Gabriel Chiusoli Ruscito

UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA
SÃO PAULO STATE UNIVERSITY

Revista de Estudos Jurídicos da UNESP

v. 27 | n. 46 | 2023

ISSN 2179-5177

Revista de Estudos Jurídicos da UNESP	Franca	v. 27	n. 46	2023
---------------------------------------	--------	-------	-------	------

© 2024 Faculdade de Ciências Humanas e Sociais

REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS DA UNESP

UNESP JOURNAL OF LEGAL STUDIES

Diagramação e Revisão (STAEPE)

Sandra Aparecida Cintra Ferreira / Guilherme Rezende da Silva

Diretor Científico e Editorial

Prof. Dr. José Duarte Neto

Editores-Chefe

Ma. Ana Clara Tristão

Editor-Adjunto

Me. Leonardo Eiji Kawamoto

Editores-Gerentes

Ma. Eduarda Camargo Sansão

Me. Kaique Souza Pedaes

Ma. Maiara Motta

Me. Matheus Conde Pires

Editores-Associados

Ma. Ana Júlia Pozzi Arruda

Me. Guilherme Burzynski Dienes

Ma. Luiza Macedo Pedroso

Ma. Maria Laura Bolonha Moscardini

Editores-Aprendizes

Isabela Maria Valente Capato

Júlia Martins Amaral

Mariana Pereira Siqueira

Raquel Colózio Zanardi

Conselho Científico

Prof. Dr. Agnaldo de Sousa Barbosa

Profa. Dra. Ana Gabriela Mendes Braga

Prof. Dr. Antonio Alberto Machado

Prof. Dr. Bruno Bastos de Oliveira

Prof. Dr. Carlos Eduardo de Abreu Boucault

Prof. Dr. Daniel Campos de Carvalho

Prof. Dr. Daniel Damásio Borges

Profa. Dra. Eliana dos Santos Alves Nogueira

Profa. Dra. Elisabete Maniglia

Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes

Profa. Dra. Flávia Piva Almeida Leite

Profa. Dra. Jete Jane Fiorati

Prof. Dr. José Carlos de Oliveira

Prof. Dr. José Duarte Neto

Profa. Dra. Kelly Cristina Canela

Profa. Dra. Luciana Lopes Canavez

Prof. Dr. Murilo Gasparido

Profa. Dra. Patricia Borba Marchetto

Prof. Dr. Paulo Cesar Correa Borges

Profa. Dra. Regina Claudia Laisner

Prof. Dr. Rubens Beçak

Profa. Dra. Soraya Regina Gasparetto Lunardi

Profa. Dra. Thais Amoroso Paschoal

Prof. Dr. Victor Hugo de Almeida

Endereço:

Av. Eufrásia Monteiro Petrágliã, 900 - Jardim Petrágliã - 14409-160 - Franca/SP

E-mail:

publica.franca@unesp.br / posgraduacao.franca@unesp.br / rej.unesp@gmail.com

Revista de Estudos Jurídicos da UNESP, 1996 - 2023, 26-46
Universidade Estadual Paulista (UNESP), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca
eISSN 2179-5177

SUMÁRIO

EDITORIAL 8

CIDADANIA CIVIL E POLÍTICA E SISTEMAS NORMATIVOS
CIVIL AND POLITICAL CITIZENSHIP AND NORMATIVE SYSTEMS

PESSOAS INVISÍVEIS: O SUBREGISTRO DE NASCIMENTO NO BRASIL
E A VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE 12

INVISIBLE PEOPLE: PEOPLE WITHOUT A BIRTH CERTIFICATE IN
BRAZIL AND THE VIOLATION OF PERSONALITY RIGHTS..... 13

Aimee Bortollo Petrocelli
Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão

INVISIBILIDADE E SUB-CIDADANIA NO BRASIL: UMA INTERPRETAÇÃO
CONSTITUCIONAL EVOLUTIVA DA VEDAÇÃO DO DIREITO AO VOTO
DE PRESOS E CONDENADOS CRIMINAIS..... 34

INVISIBILITY AND SUB-CITIZENSHIP IN BRAZIL: AN EVOLVING
CONSTITUTIONAL INTERPRETATION OF THE RESTRICTION OF
PRISONERS AND CONVICTED FELONS' VOTING RIGHTS 35

Gabriel Silveira de Queirós Campos

MANDATOS COLETIVOS: ANÁLISE LEGISLATIVA, QUALITATIVA
E DE REPRESENTATIVIDADE AMPLIADA DE GRUPOS
VULNERABILIZADOS 65

COLLECTIVE MANDATES: LEGISLATIVE, QUALITATIVE AND
EXTENDED REPRESENTATIVE ANALYSIS OF VULNERABILIZED
GROUPS..... 66

Danilo Henrique Nunes
Carlos Eduardo Montes Netto
Fernanda Heloisa Macedo Soares

**CIDADANIA SOCIAL E ECONÔMICA E SISTEMAS
NORMATIVOS**
SOCIAL AND ECONOMIC CITIZENSHIP AND NORMATIVE
SYSTEMS

**MORADIA ADEQUADA E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER:
ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA À LUZ DO SISTEMA ONU DE
PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS..... 92**

**ADEQUATE HOUSING AND DOMESTIC VIOLENCE AGAINST WOMEN:
ANALYSIS OF BRAZILIAN'S LEGISLATION IN THE LIGHT OF THE UN
SYSTEM FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS..... 93**

Thaís Magno Gomes de Oliveira
Raimundo Wilson Gama Raiol

**APLICATIVOS DE GASTAR GENTE: A GREVE DOS ENTREGADORES
DE APPS DIANTE DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA COM MARCAS
NEOLIBERAIS 116**

**APPS TO SPEND PEOPLE: THE STRIKE OF DELIVERS FROM APPS
BEFORE THE LABOR LEGISLATION WITH NEOLIBERAL STAINS .. 117**

Samuel Pedro Custodio Oliveira
Daniel Barile da Silveira

TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA CIDADANIA
PROTECTION AND EFFECTIVENESS OF CITIZENSHIP RIGHTS

**A IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL E O PODER PUNITIVO: REFLEXÕES
À LUZ DO PROJETO DE LEI Nº 2.822/2022 E DO BILL H.2333..... 141**

**THE IDEOLOGY OF SOCIAL DEFENSE AND PUNITIVE POWER:
REFLECTIONS IN LIGHT OF BILL NO. 2,822/2022 AND BILL
H.2333..... 142**

Lincon Coelho de Souza
Vinicius Wildner Zambiasi

**MODIFICAÇÃO E EDIÇÃO GENÉTICA PELO SISTEMA CRISPR-CAS9:
AS FRONTEIRAS ENTRE EUGENIA, AUTONOMIA, BENEFICÊNCIA E
NÃO-MALEFICÊNCIA..... 162**

**GENETIC MODIFICATION AND EDITING BY THE CRISPR-CAS9
SYSTEM: THE BOUNDARIES BETWEEN EUGENICS, AUTONOMY,
BENEFICENCE AND NON-MALEFICENCE..... 163**

Sthéfano Bruno Santos Divino
Isabela Gonçalves Almeida

**A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DOS SUJEITOS TRANS NO BRASIL E
OS PROCESSOS DIALÓGICOS DE JUDICIALIZAÇÃO..... 183**

**THE REALIZATION OF THE RIGHTS OF TRANS SUBJECTS IN BRAZIL
AND THE DIALOGICAL PROCESSES OF JUDICIALIZATION..... 184**

Amanda Brum
Renato Duro Dias

**RENASCIDOS NAS MÍDIAS: A AVATARIZAÇÃO DOS MORTOS E SUAS
CONSEQUÊNCIAS..... 196**

**REBORN IN THE MEDIA: THE AVATARIZATION OF THE DEAD AND ITS
CONSEQUENCES..... 197**

Danilo Porfírio de Castro Vieira
Dijeison Tiago Rios Nascimento

**A UNIDADE DO SISTEMA DECISÓRIO: O ENTENDIMENTO DO STJ
NA RECLAMAÇÃO 36.476/SP NO UNIVERSO DOS PRECEDENTES
VINCULANTES..... 214**

**THE DECISION-MAKING SYSTEM UNIT: AN ANALYSIS OF STJ
UNDERSTANDING IN CLAIM 36.476/SP IN THE UNIVERSE OF
PRECEDENTS BINDING..... 215**

Lucas Oliveira Faria
Marcelo Rodrigues Mazzei
Sebastião Sérgio da Silveira

EDITORIAL

É com grande satisfação que apresentamos o volume 27, número 46, da Revista de Estudos Jurídicos da UNESP. Esta edição continua nosso compromisso com a excelência acadêmica, trazendo reflexões jurídicas que dialogam com questões contemporâneas e relevantes para a sociedade.

A Revista de Estudos Jurídicos da UNESP (ISSN 2179-5177), vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual Paulista, publica, semestralmente, em seus números, trabalhos jurídicos na linha editorial **Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania**.

A REJ UNESP tem como missão compartilhar e construir um conhecimento jurídico crítico, original e inovador, sempre atento às diferentes realidades sociais e aos métodos de investigação contemporâneos, a fim de ser uma referência no cenário acadêmico jurídico nacional e internacional.

Nesta edição, os leitores encontrarão uma série de artigos que abordam questões contemporâneas e relevantes do direito.

No eixo **Cidadania Civil e Política e Sistemas Normativos**:

- **Pessoas Invisíveis: O Subregistro de Nascimento no Brasil e a Violação aos Direitos da Personalidade** por Aimee Bortollo Petrocelli e Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão.
- **Invisibilidade e Sub-cidadania no Brasil: Uma Interpretação Constitucional Evolutiva da Vedação do Direito ao Voto de Presos e Condenados Criminais** por Gabriel Silveira de Queirós Campos.
- **Mandatos Coletivos: Análise Legislativa, Qualitativa e de Representatividade Ampliada de Grupos Vulnerabilizados** por Danilo Henrique Nunes, Carlos Eduardo Montes Netto e Fernanda Heloisa Macedo Soares.

No eixo **Cidadania Social e Econômica e Sistemas Normativos**:

- **Moradia Adequada e Violência Doméstica contra a Mulher: Análise da Legislação Brasileira à Luz do Sistema ONU de Proteção dos Direitos Humanos** por Thaís Magno Gomes de Oliveira e Raimundo Wilson Gama Raiol.
- **Aplicativos de Gastar Gente: A Greve dos Entregadores de Apps diante da Legislação Trabalhista com Marcas Neoliberais** por Samuel Pedro Custodio Oliveira e Daniel Barile da Silveira.

No eixo **Tutela e Efetividade dos Direitos da Cidadania**:

- **A Ideologia da Defesa Social e o Poder Punitivo: Reflexões à Luz do Projeto de Lei nº 2.822/2022 e do Bill H.2333** por Lincon Coelho de Souza e Vinicius Wildner Zambiasi.
- **Modificação e Edição Genética pelo Sistema CRISPR-CAS9: As Fronteiras entre Eugenia, Autonomia, Beneficência e Não-Maleficência** por Sthéfano Bruno Santos Divino e Isabela Gonçalves Almeida.
- **A Efetivação dos Direitos dos Sujeitos Trans no Brasil e os Processos Dialógicos de Judicialização** por Amanda Brum e Renato Duro Dias.
- **Renascidos nas Mídias: A Avatarização dos Mortos e Suas Consequências** por Danilo Porfírio de Castro Vieira e Dijeison Tiago Rios Nascimento.
- **A Unidade do Sistema Decisório: O Entendimento do STJ na Reclamação 36.476/SP no Universo dos Precedentes Vinculantes** por Lucas Oliveira Faria, Marcelo Rodrigues Mazzei e Sebastião Sérgio da Silveira.

Gostaríamos de expressar nossos profundos agradecimentos a todos os colaboradores da Revista de Estudos Jurídicos da UNESP, incluindo pareceristas e membros da Equipe Editorial, cuja dedicação foi fundamental para a qualificação do periódico. Agradecemos, ainda, aos autores pelas valiosas contribuições e aos nossos leitores pela contínua confiança em nosso trabalho. Convidamos todos e todas a explorarem esta nova edição, que representa um marco na trajetória da Revista de Estudos Jurídicos da UNESP.

Ótima leitura!

Profa. Ma. Ana Clara Tristão

Editora-Chefe

Prof. Dr. José Duarte Neto

Diretor Científico e Editorial

**CIDADANIA CIVIL
E POLÍTICA
E SISTEMAS
NORMATIVOS**

**CIVIL AND
POLITICAL
CITIZENSHIP
AND NORMATIVE
SYSTEMS**

PESSOAS INVISÍVEIS: O SUBREGISTRO DE NASCIMENTO NO BRASIL E A VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Aimee Bortollo Petrocelli*

Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão**

RESUMO

Este artigo objetiva analisar o sub-registro de nascimento, a partir da abordagem do registro de nascimento como um garantidor aos direitos fundamental e da personalidade, imprescindível ao exercício pleno da cidadania. Para tanto, apresenta o panorama atual do sub-registro de nascimento, especialmente no Brasil, suas causas e consequências, apontando, ao final, algumas medidas passíveis de solucionar essa realidade que afeta inúmeras pessoas no Brasil e no mundo, tornando-as invisíveis perante o Estado e a sociedade, alheias ao sistema, às políticas públicas e ao exercício de direitos e garantias basilares, imprescindíveis ao desenvolvimento de uma vida minimamente digna e igualitária. Para tanto, desenvolve-se uma investigação bibliográfica e documental, com abordagem teórico-doutrinária, tendo por base o método de pesquisa dedutivo.

Palavras-chave: registro de nascimento; sub-registro de nascimento; direitos da personalidade; direitos fundamentais; invisibilidade social.

Data de submissão: 25/08/2022

Data de aprovação: 05/06/2023

* Mestre em Ciências Jurídicas pela Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR).

** Doutora em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).

INVISIBLE PEOPLE: PEOPLE WITHOUT A BIRTH CERTIFICATE IN BRAZIL AND THE VIOLATION OF PERSONALITY RIGHTS

Aimee Bortollo Petrocelli
Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão

ABSTRACT

This article is destined to analyze under-registration of births, based on the approach of birth registrations as a guarantor of fundamental and personality rights, essential for the full exercise of citizenship. Therefore, it presents the current panorama of under-registration of births, especially in Brazil, its causes and consequences, pointing out, in the end, some measures that can solve this reality that affects countless people in Brazil and in the world, making them invisible in the face of the State and society, alien to the system, public policies and the exercise of basic rights and guarantees, essential for the development of a minimally dignified and egalitarian life. To this end, a bibliographical and documental investigation is carried out, with a theoretical-doctrinal approach, based on the deductive research method.

Keywords: birth certificate; unregistered people; personality rights; fundamental rights; social invisibility.

Date of submission: 25/08/2022

Date of approval: 05/06/2023

INTRODUÇÃO

O registro do nascimento é essencial para o reconhecimento da existência do indivíduo perante o Estado e fundamental para o exercício da cidadania. É por meio dessa declaração perante o Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais que a pessoa passa a ser reconhecida como sujeito de direitos, podendo desempenhar e pleitear suas garantias fundamentais e basilares, como direitos políticos e educacionais, à saúde, à aposentadoria, ao trabalho formal, aos benefícios sociais e assistenciais concedidos pelo governo, entre outros constitucional e legalmente estabelecidos.

O registro de nascimento, ademais, possibilita a individualização do registrado, que passa a adquirir um nome, uma família, uma nacionalidade, gerando um pertencimento a certa comunidade.

É evidente a imprescindibilidade do registro de nascimento, que é a porta de entrada, não só para os direitos fundamentais, como também para os demais documentos pessoais, além de possibilitar que o Estado identifique o cidadão e sua realidade, servindo como estatística norteadora de políticas públicas direcionadas e precisas.

Ocorre que grande parte da população mundial (aproximadamente 166 milhões de pessoas, cf. dados fornecidos pela Unicef em 2019) não tem acesso a esse direito, sem o qual a dignidade humana é inalcançada e os direitos da personalidade são vulnerados.

As pessoas nascidas em determinado ano e não registradas no mesmo ano ou no ano seguinte, dentro de noventa dias do nascimento, enquadram-se nos índices de sub-registro de nascimento. No Brasil, enfoque deste estudo, embora essa realidade tenha apresentado significativa melhora desde o ano de 2010, os índices ainda merecem atenção. O último censo realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) apontou que, no ano de 2018, mais de setenta mil nascimentos não foram registrados.

Esse quantitativo sinaliza o quão distante o País está em reconhecer o recém-nascido como cidadão e fortalecer políticas públicas voltadas para tais registros, cuja ausência representa uma negação da existência do indivíduo, tornando-o invisível para o Estado, inabilitando-o de exercer direitos básicos para uma existência digna e uma convivência livre e igualitária, e impedindo seu acesso a programas de saúde, educação, água, saneamento, alimentação, recursos, entre outros que são básicos para o desenvolvimento humano.

Diante da realidade previamente apresentada, o presente artigo objetiva boquejar esse cenário nacional, que envolve minorias que permanecem invisíveis ao Estado ante a ausência de registro de nascimento, tendo violados seus direitos fundamentais e da personalidade, escancarando essa realidade latente e buscando alternativas para sua erradicação ou, ao menos, atenuação. Para tanto, será utilizado o método dedutivo de pesquisa, valendo-se de referências bibliográficas, com leituras em artigos científicos e livros, bem como exposição de dados oficiais fornecidos por órgãos estatísticos, notadamente a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Este artigo, ainda, buscará responder às seguintes problematizações: o registro de nascimento pode ele ser considerado um direito fundamental e da

personalidade humana? Quais as implicações de sua falta? Sendo sub-registro de nascimento uma realidade no Brasil, quais são suas principais causas? Há alternativas aptas a erradicar o sub-registro de nascimento?

Para responder tais questionamentos, inicialmente, far-se-á uma exposição do registro de nascimento como um essencial à garantia dos direitos da personalidade, passando-se para um estudo do registro propriamente dito, quando traçar-se-á um breve histórico a seu respeito, definindo registro de nascimento e apontando os desdobramentos e implicações de sua falta. Após, explanar-se-á o sub-registro de nascimento no Brasil, definindo o instituto e apontando seu panorama atual, bem como as suas principais causas, fundadas na desigualdade social. Ao final, serão apresentadas alternativas em prol da mudança dessa realidade brasileira.

O sub-registro de nascimento é uma barreira à plena existência do indivíduo e à sua convivência igualitária. A falta de registro de nascimento impede que a pessoa exerça integralmente seus direitos, implicando empasses no exercício de ações diárias, como acesso à educação, atendimento nas redes públicas de saúde, participação de benefícios econômicos governamentais, emissão de documentos, formalização do trabalho, entre outros.

Referido documento transforma a vida daquele que o tem. Daí a necessidade de discutir a presente temática, conscientizando toda população da importância da identificação legal, que abre caminhos para a construção de uma identidade pessoal e para o reconhecimento de si mesmo como indivíduo, sujeito de direitos, capaz de exercer prerrogativas até então negadas, possibilitando, inclusive, a reconstituição de trajetórias familiares.

1 REGISTRO DE NASCIMENTO COMO UM GARANTIDOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA PERSONALIDADE

Os direitos fundamentais são aqueles protetivos que garantem o mínimo necessário para que um indivíduo exista de forma condigna no seio social.

Dalmo de Abreu Dallari define direitos fundamentais como aqueles imprescindíveis à existência da pessoa. Nas palavras do referido autor:

Esses direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente na vida. Todos os seres humanos devem ter asseguradas, desde o nascimento, as condições mínimas necessárias para se tornarem úteis à humanidade, como também devem ter a possibilidade de receber os benefícios que a vida em sociedade pode proporcionar. Esse conjunto de condições e de possibilidades associa as características naturais dos seres humanos, a capacidade natural de cada pessoa e os meios de que a pessoa pode valer-se como resultado da organização social. É a esse conjunto que se dá o nome de direitos humanos (Dallari, 1999, p. 7).

Jáder Lúcio de Lima Pessoa (2006, p. 52), em complemento, conclui:

Ora, se os direitos fundamentais são aqueles indispensáveis à realização do homem, à convivência digna, livre e igual de todas as pessoas e, às vezes, imprescindíveis à própria sobrevivência humana, e se o registro civil é essencial na vida moderna para o alcance de tais necessidades, conclui-se que o registro civil de nascimento, hodiernamente, é um direito fundamental do homem.

Projeção dos direitos fundamentais, no campo do Direito Civil, são os direitos da personalidade. Estes protegem os atributos essenciais da pessoa no âmbito das relações privadas e, conseqüentemente, garantem a dignidade humana, que é um dos fundamentos da República Brasileira (art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988).

Os direitos de personalidade são aqueles que têm por objeto a própria pessoa que forma a personalidade humana, constituindo necessário e imprescindível rol de direitos para a existência do homem. São direitos relacionados à esfera privada, individual, relacionados à vida, à integridade física, à honra, à liberdade, à privacidade, entre outros (Fermentão, 2006).

Segundo Denise Hammerschmidt (2007, p. 74-75):

Predomina a doutrina da concepção dos direitos da personalidade como poderes que o indivíduo exerce sobre sua própria pessoa - *ius in se ipsum*. A subsistência da identidade biológica e psíquica de determinada pessoa está condicionada à posse de determinados bens ou valores de maneira que na ausência deles, embora se pudesse falar em existir um ente com vida biológica, não há que se falar em pessoa. Esses bens, denominados bens de personalidade, são essenciais, intrínsecos à pessoa, estando ligados a ela de modo íntimo e necessário, e de uma forma tal que se pode afirmar que tão fundamentais são eles, que a pessoa não tem condições de sem eles se desenvolver e exercer seu potencial, vindo a definhar. Por esse raciocínio, esses bens são coisas que pertencem aos correspondentes sujeitos, que delas têm de se valer necessariamente para lograr normal desenvolvimento de vivência social.

Cleide Aparecida G. R. Fermentão (2006, p. 245) defende:

Por meio dos direitos da personalidade, o ser humano tem tutelados pelo Direito a garantia e o respeito a todos os elementos, potencialidades e expressões da personalidade humana. Essa garantia abrange toda a esfera individual, acrescentando-lhe o respeito a valores como o sentimento, a inteligência, a vontade, a igualdade, a segurança e o desenvolvimento da personalidade.

Conforme ensina Arnaldo Rizzardo, os direitos da personalidade "são essenciais à plena existência da pessoa humana, à sua dignidade, ao respeito, à posição nas relações com o Estado e com os bens, à finalidade última que move

todas as instituições, eis que tudo deve ter como meta maior o ser humano” (Rizzardo, 2006, p. 151).

No mesmo sentido, Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2007, p. 21) pontua que:

Os direitos da personalidade são próprios do ser humano, direitos que são próprios da pessoa. Não se trata de direito à personalidade, mas de direitos que decorrem da personalidade humana, da codificação de ser humano. Com os direitos da personalidade, protege-se o que é próprio da pessoa, como o direito à vida, o direito à integridade física e psíquica, o direito à integridade intelectual, o direito ao próprio corpo, o direito ao nome, dentre outros. Todos esses direitos são expressões da pessoa humana considerada em si mesma. Os bens jurídicos mais fundamentais, primeiros, estão contidos nos direitos da personalidade.

Os Direitos da Personalidade, portanto, são uma categoria especial de direitos subjetivos, que, fundados na dignidade humana, objetivam garantir o mínimo para o desenvolvimento físico e moral e o respeito da pessoa. E, justamente por resguardarem a dignidade humana, são intransmissíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, inegociáveis, absolutos, universais e vitalícios.

A Constituição Federal de 1998 reformulou os valores da sociedade. Antes relacionados ao patrimônio, voltaram-se ao ser humano, que passou a ser o centro e o fim do ordenamento jurídico. Com isso, a personalidade passou a ser um valor fundamental, cuja base se encontra no princípio da dignidade humana, sendo compreendida como o atributo necessário para ser sujeito de direitos. Só tem direitos quem possui personalidade jurídica. De acordo com o artigo 2º do Código Civil pátrio, a personalidade começa com o nascimento com vida, sendo este fato comprovado pelo registro do nascimento. Dessa forma, para se ter formalmente a personalidade e os direitos dela decorrentes, é imprescindível que haja a formalização do nascimento, por meio de seu registro.

Em outras palavras, os direitos da personalidade estão estritamente relacionados à individualidade humana e destinados à proteção dos atributos essenciais da pessoa, garantias essas que são conferidas pelo registro de nascimento. Por isso, não há que se falar em direitos da personalidade sem que o nascimento da pessoa esteja registrado.

O registro de nascimento individualiza a pessoa, oficializa sua existência, possibilita seu reconhecimento como cidadã, apta a titularizar direitos e contrair obrigações essenciais para seu desenvolvimento digno. A partir desse ato registral, a pessoa passa a ter identidade e personalidade, adquirindo um nome, uma família e uma nacionalidade, passando a ter acesso a direitos fundamentais, como saúde e educação, bem como podendo participar de programas governamentais sociais e assistenciais, dentre outras prerrogativas relacionadas ao seu bem-estar e proteção.

Portanto, os direitos da personalidade, desdobramento dos direitos fundamentais, estão associados ao registro de nascimento, cabendo ao Estado garanti-lo a todos sem distinção de qualquer natureza. Essa obrigação Estatal é reforçada pelo Código Civil, que estabelece que todo homem é capaz de direitos

e obrigações na ordem civil. O ordenamento jurídico reconhece, a partir de tal disposição, a universalidade dos direitos da personalidade, que pertencem a todo ser humano, sem diferenciação, sendo responsabilidade do Estado garantir às pessoas uma condição de vida digna, protegendo a identidade e a integridade humana (Fermentão, 2006).

Para fazer valer referida obrigação, o artigo 5º da Constituição Federal, em seus incisos LXXVI e LXXVII, prevê a gratuidade do registro civil de nascimento para os reconhecidamente pobres e para os atos necessários ao exercício da cidadania, sendo que esse direito foi estendido a todos os brasileiros, independentemente da sua capacidade econômico-financeira, pela Lei nº. 9.534 de 1997.

Ante o exposto, verifica-se que o registro de nascimento é um direito constitucionalmente previsto, essencial à garantia dos direitos fundamentais e da personalidade, que deve ser garantido pelo Estado a todos e indistintamente.

2 DO REGISTRO DE NASCIMENTO

Para evidenciar, de forma mais exaustiva, a importância do registro de nascimento, necessária se faz uma breve exposição de seu histórico, para conhecimento de como surgiu e ganhou relevância, apresentando-se, ainda, suas implicações na garantia de uma vida minimamente digna.

Sobre essa temática o presente item passará a versar.

2.1 BREVE HISTÓRICO DO REGISTRO DE NASCIMENTO

O ato de registrar pessoas remonta à Antiguidade: na Grécia Antiga, havia o livro de registro de cidadãos livres; na China, dois séculos antes de Cristo, já havia registro civil; os Incas anotavam os nascimentos e óbitos.

No século XVI, por determinação do Concílio de Trento, os registros de nascimento, casamento e óbito passaram a ser competência da Igreja Católica e assim permaneceram por anos. Reflexo dessa realidade, no Brasil, durante a época Colonial até quase o final do Império, os registros ficaram a cargo da Igreja Católica. Nesse período não havia registro civil de nascimento, mas sim assentamentos de batismo, denominados registros paroquiais, eclesiásticos ou do vigário. Esses registros religiosos, feitos nos livros das paróquias, tinham valor de prova e perduraram longamente como forma de identificação. O problema da referida sistemática é que os registros eram restritos aos católicos e não possuíam padronização, carecendo de precisão informativa (Pessoa, 2006).

A substituição dos assentos paroquiais, com a conseqüente implantação de um Registro Civil laico no Brasil, foi um processo lento e difícil, motivado pelos ideais de liberdade da Revolução Francesa, que incentivou a ruptura entre o Estado e a Igreja (Pessoa, 2006). Somente em 1870, com a Lei nº 1.829, é que o Estado executou o primeiro recenseamento do Império e organizou os registros de nascimento, casamentos e óbitos para a população em geral, criando a Diretoria Geral de Estatística, responsável pelos trabalhos do censo e pela organização dos quadros anuais dos nascimentos, casamento e óbitos (Makrakis, 2000).

Posteriormente, em 1888, com o Decreto nº 9.886, foram instituídos os registros exclusivamente civis de nascimento, sob responsabilidade do Estado, que concedia às instituições cartorárias privadas a função de efetuar os registros. Foi nessa época que o Estado laico surgiu no Brasil, com a Proclamação da República em 1889 (Pessoa, 2006).

Desde o Império, os Cartórios funcionavam em regime de concessão governamental, com cargos vitalícios para seus dirigentes e repasse hereditário da função aos sucessores, propiciando um verdadeiro monopólio em razão das concessões esporádicas e segmentadas (Makrakis, 2000). Contudo, em 1988, com a Constituição Federal, se estabeleceu a proibição da nomeação de dirigentes de cartório por escolha governamental, passando a ser por meio de concurso público.

Reflexo desse cenário, em 1916, o Código Civil manteve a cargo do Estado, por meio dos Cartórios de Registro Civil das Pessoas Naturais, a inscrição de nascimentos. Os Registros Públicos passaram a ser disciplinados exclusivamente pela Lei nº 4.827 de 1924, posteriormente alterada pelo Decreto nº 4.847 de 1939. Atualmente, a matéria é regulamentada pela Lei nº 6.015 de 1973.

Vale ressaltar, ainda, que o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, elaborado em 1966 pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, que dispõe que todas as crianças devem ser registradas imediatamente após o nascimento e receber um nome (artigo 24, parágrafo 2º), foi aderido pelo Brasil com a Constituição Federal de 1988. Em consonância com tal entendimento, conforme preleciona a Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015 de 1973), em seu artigo 50, todos os nascimentos ocorridos em território nacional deverão ser levados a registro no cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais.

Assim surgiu e se formalizou a regulamentação do Registro Civil no Brasil, ficando a cargo dos cartórios registrais das pessoas naturais a formalização do registro de nascimento, com a emissão da respectiva certidão.

2.2 DEFINIÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO E SEUS DESDOBRAMENTOS NA VIDA DO INDIVÍDUO

O registro, em sentido amplo, é fundamental para garantir segurança da existência do fato que o origina. É essa certeza que possibilita a eficácia do conteúdo registral, que passa a surtir os efeitos legalmente previstos (Nalini, 1998). A ausência da lavratura do registro gera como consequência a não publicização do acontecimento pretendido, que poderá até existir, mas não será passível de conhecimento público, por terceiros.

Daí a necessidade de registrar os nascimentos. Sem que estes sejam inscritos e publicizados, é como se o nascido não existisse. Por isso, a falta de registro de nascimento merece tanta atenção, pois sua ausência torna a pessoa invisível perante o Estado e a sociedade.

Jáder Lúcio de Lima Pessoa, a partir de uma análise terminológica, define registro de nascimento da seguinte forma:

A inscrição da declaração de nascimento com vida de uma pessoa natural, em livros ou bancos de dados públicos, sob a

responsabilidade de delegados do Poder Público ou direta do próprio Estado, observando-se as formalidades legais, conferindo ao assentamento segurança, autenticidade, publicidade, eficácia, validade contra terceiros, existência legal e perpetuidade (Pessoa, 2006, p. 31).

O registro de nascimento é o primeiro registro de um indivíduo, essencial para que o Estado identifique e reconheça o seu cidadão. Nas palavras de Regina Fernandes, o registro de nascimento, materializado pela certidão de nascimento, é o “primeiro documento básico de cidadania”, sendo que o Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais é “a primeira porta para o exercício da cidadania, possibilitando a inserção do indivíduo em seu meio a partir do seu registro de nascimento, quando ele passa a existir juridicamente, bem como estabelecendo o vínculo parental, através do liame de filiação” (Fernandes, 2005, p. 31-32).

A certidão de nascimento é, deste modo, um documento fundador, que precede os demais. Assim, o Cadastro de Pessoa Física (CPF), o título de eleitor, o passaporte, a certidão de óbito, entre outros documentos, somente poderão ser expedidos quando o nascimento estiver formalizado. É o ato registral, finalizado com a emissão deste documento, que comprova a existência da pessoa, bem como o local e data de nascimento, filiação e parentesco, além de individualizá-la por meio de um nome. Além disso, é esse documento que permite que a pessoa estude, case, dirija, adquira e aliene bens, acesse serviços sociais básicos e programas assistenciais governamentais, vote e seja votada, trabalhe com carteira assinada e exerça entre tantos outros direitos (Fernandes, 2005).

Destarte, a aquisição de personalidade jurídica, que, segundo Clóvis Beviláqua, “é a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações” (Beviláqua, 1927, apud Gonçalves, 2014, p. 94), conforme previsto no artigo 2º do Código Civil, dá-se com o nascimento com vida, e é o registro de nascimento o documento que declara e comprova esse fato, sendo, portanto, essencial para a formalização da aquisição da personalidade jurídica dos indivíduos. O registro de nascimento possibilita o exercício da cidadania que, de acordo com Jáder Lúcio de Lima Pessoa, é o “direito a ter direitos”, sejam civis, políticos, sociais, coletivos, difusos e todos os demais que vierem a ser conquistados pelo homem” (Pessoa, 2006, p. 64). É o reconhecimento da personalidade jurídica, por meio do registro de nascimento, que permite ao indivíduo desfrutar de todas as liberdades básicas decorrentes de seu reconhecimento perante a lei.

O registro de nascimento, em razão de possibilitar ao Estado que identifique o cidadão e a realidade na qual está inserido, também serve como importante estatística norteadora de políticas públicas e programas de saúde, educação, moradia, água e saneamento, permitindo programas sociais mais eficientes. Trata-se de um documento fundador e imprescindível, que possibilita o acesso aos demais documentos, insere o registrado na família e na sociedade e garante os direitos mais basilares e essenciais para o desenvolvimento e uma vida digna.

Aliado a isso, a construção da identidade, o desenvolvimento da personalidade e a formação do indivíduo também estão relacionados ao registro do nascimento. É este documento que possibilita à pessoa ter uma identidade, por meio da aquisição de um nome, de uma família e de uma nacionalidade, gerando

um pertencimento a certa comunidade. Simon Szreter ensina que a identificação é um direito humano, o “direito de ter a identidade legal e suas relações com outras pessoas publicamente reconhecidas, seguramente registradas e acessíveis para seu uso pessoal” (Szreter, 2007, p. 75). O nome e o sobrenome são essenciais para estabelecer o vínculo entre membros da família com a sociedade e com o Estado.

Essa identificação está relacionada ao nome da pessoa, direito fundamental e da personalidade que não pode, em nenhum caso, ser suspenso, e cuja aquisição formal se dá pelo registro de nascimento. Mais uma vez, portanto, o registro de nascimento está associado aos direitos à intimidade e à personalidade jurídica, constituindo um elemento básico e indispensável à construção da identidade da pessoa, sem o qual não pode ser reconhecida pela sociedade e nem individualizada.

Sobre as implicações dessa falta de formalização do nascimento é que se passa a tratar a seguir, de forma mais pormenorizada.

2.3 IMPLICAÇÕES DA FALTA DE REGISTRO DE NASCIMENTO

Grande parte da população não possui registro civil de nascimento. Sem o referido documento, a pessoa permanece em condição de invisibilidade perante o Estado, não sendo contabilizada nas estatísticas nacionais ou contemplada por políticas públicas e programas governamentais, desenvolvendo-se em situação de contínua ilegalidade e vulnerabilidade social.

Nas lições de Jäder Lúcio de Lima Pessoa (2006, p. 51-52):

O registro civil de nascimento é um dos primeiros passos em direção à dignidade humana e à cidadania. O registro é um direito inerente à pessoa humana de ser reconhecida, pelo Estado e pela sociedade, como sujeito de direitos e obrigações, com um nome, uma filiação, uma história única de vida, e não como mais uma simples estatística nos bancos de dados governamentais (...).

A falta do registro de nascimento inabilita a pessoa de exercer direitos básicos de uma existência digna e de uma convivência livre e igualitária. Por outro lado, o registro civil de nascimento é um ponto de partida para a realização das necessidades modernas do homem e para uma participação mais efetiva e justa na distribuição dos recursos e dos serviços estatais.

A falta do referido documento representa a negação da existência daquele indivíduo como cidadão (Peirano, 2006, p. 26), visto que é a certidão de nascimento que oficializa e torna visível a existência do indivíduo para o Estado. Na grande maioria dos casos, os atingidos pela falta do registro de nascimento são pessoas humildes, segregadas socialmente, cuja situação precária de vida se agrava com o impedimento de acesso à programas de saúde, educação, água, saneamento, alimentação, recursos, entre outros que são básicos para o desenvolvimento humano, devido à falta de certidão de nascimento.

Essas violações tornam-se ainda mais graves quando se trata de menores, que ficam desprotegidos e mantidos como apátridas, tendo negada a sua

nacionalidade. Em consonância com o artigo 20 da Convenção Americana de Direitos Humanos, a nacionalidade vai além do direito a um vínculo jurídico político que liga uma pessoa a um Estado, sendo também uma garantia de proteção contra privação arbitrária da nacionalidade, visto que tal negação impossibilita o exercício dos direitos políticos e civis que se sustentam na nacionalidade do indivíduo.

Fernanda da Escóssia (2018, p. 11-12) aponta em seus estudos que “o não registrado tem sobre si a imagem de uma pessoa sem valor, sem direitos e desmerecedora de direitos e apresentam-se como ‘um nada’, um cachorro, ‘um zero à esquerda’, projetando no Estado a transformação de suas vidas por meio da documentação”. A ausência de documento é tida como marca do elemento desconhecido”, suscitando suspeitas (Ferreira, 2009).

Em entrevista com pessoas não registradas, a referida autora conclui que “não ter documento associa essas pessoas a alguma ilegalidade, expondo-as à constrangimentos, humilhações e preconceitos”.

Escóssia cita alguns depoimentos:

“Já fui pra delegacia porque não tenho documento. Dá até vergonha”; “No posto de saúde a gente tem de mentir que esqueceu os documentos. Acham logo que a gente fez alguma coisa ruim. É uma vergonha, né?”; “É vergonha. Perguntam por que não fiz serviço militar, como se fosse culpa minha”; “A gente não consegue trabalho. Acham que a gente fez algo de errado. Tenho vergonha de não ter documento” (Escóssia, 2018, p. 13).

Ter um registro e a identidade documentada, depois de anos na inexistência, ressignifica a vida das pessoas, possibilitando o reconhecimento de si mesmas como sujeitos de direitos, que, enfim, poderão ser exercidos, visto que até então eram negados pela falta de documentação. Esse processo de ressignificação é o que Pierre Bourdieu (1996) chama de rito instituição, que é quando um ente, seguindo regras previamente fixadas, declara algo que passa a ser verdade, tendo legitimidade e conferindo novo status àquela situação.

O registro de nascimento, portanto, enquadra-se no conceito rito instituição, visto que é por meio da declaração do nascimento, perante um ente público estatal, que segue um rito próprio para a colheita das informações prestadas e para emissão da respectiva certidão, que a pessoa passa a ser reconhecida e inserida na sociedade, tornando-se cidadã, tendo seus direitos adquiridos e aptos a serem exercidos, existindo oficialmente. A certidão de nascimento possibilita o acesso aos demais documentos, à educação, à saúde, ao trabalho formal, ao bolsa família e a diversas outras políticas públicas, permitindo uma mudança situacional da vida de quem tem o nascimento formalizado.

Tem-se, dessa forma, que o registro civil de nascimento pode ser reconhecido como sendo o primeiro instrumento de acesso aos direitos. Em contrapartida, o sub-registro de nascimento é a manifestação da negação do primeiro direito do indivíduo e, conseqüentemente, de todos os outros que asseguram a vida social, cultural e política (Gago, 2005), conforme será abordado no próximo tópico.

3 SUB-REGISTRO DE NASCIMENTO NO BRASIL

Como mencionado, o sub-registro de nascimento é caracterizado pelo número de pessoas nascidas em determinado ano e não registradas no mesmo ano ou no ano seguinte, dentro de noventa dias do nascimento.

Anualmente, no Brasil, milhares de pessoas são inseridas nessa realidade, tendo, diuturnamente, a dignidade e os direitos basilares violados. Esse cenário está diretamente relacionado à desigualdade social, que assola o país e exige a adoção premente de medidas em prol da mudança dessa realidade.

3.1 PANORAMA ATUAL DO SUB-REGISTRO DE NASCIMENTO NO BRASIL

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, o sub-registro de nascimento é um indicador fundamental para sinalizar quão distante o País está de cumprir com a exigência básica de reconhecer o recém-nascido como cidadão, e, conseqüentemente, fortalecer as ações de políticas públicas voltadas para o aumento de tais registros (IBGE, 2019).

O sub-registro de nascimento não se confunde com registro tardio, que é aquele efetuado fora do prazo legal, ou seja, após quinze dias do nascimento, ou após quarenta e cinco dias, se a mãe for a declarante, sendo que esses prazos passam para três meses quando a residência do declarante ou o local do parto estiverem a mais de trinta quilômetros de distância do Ofício de Registro Civil (cf. artigos 50, caput, e 52, 2º da Lei nº. 6.015 de 1973).

O Brasil, sendo um país altamente populoso e de dimensões continentais, enfrenta dificuldades para precisar o número de pessoas sem registro de nascimento, calculando-o com base em projeções. O responsável pelo referido cálculo é o IBGE, que o faz com base no pareamento de informações constantes da sua própria base de dados e das bases do Ministério da Saúde (Sistema de Informações sobre Nascidos Vivos - SINASC), obtendo uma estimativa dos nascimentos totais ocorridos no País e dos sub-registros de nascimento. Essas estimativas consideram os nascimentos ocorridos e não registrados até o primeiro trimestre do ano subsequente ao ano de nascimento, atendendo o prazo legal para realização do referido registro, não incluindo, portanto, os registros tardios (IBGE, 2019).

Para calcular os sub-registros de nascimento, o IBGE utiliza métodos de pareamento de dados e Técnica de Captura-Recaptura, fazendo a diferença entre a estimativa total de nascidos vivos em um determinado ano e os nascimentos informados pelos cartórios, calculando-se os respectivos sub-registros (IBGE, 2019).

Ao reunir esses microdados, foi possível realizar, primeiramente, o exercício de pareamento dos dados de nascidos vivos (...) presentes em cada uma das bases. Esse pareamento, além de ser uma etapa intermediária para a estimativa dos respectivos sub-registros, identifica as áreas com deficiência de cobertura dos eventos em cada uma das bases de dados consideradas, possibilitando, assim, a execução de políticas que visem a melhora da enumeração dos eventos vitais, o aprimoramento dos sistemas de informações e a erradicação do sub-registro

(IBGE, 2019).

A Corregedoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, contudo, ressalva que esse cálculo não revela todas as possibilidades de sub-registro, visto que se baseia em estatísticas e é difícil o alcance de situações como partos domiciliares, migração populacional, pessoas em situação de rua, o que impede o cálculo preciso do número de pessoas que não possuem registro de nascimento.

De acordo com o relatório “O Direito ao Nascer de Cada Criança: Desigualdades e Tendências no Registro de Nascimento”, do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), a taxa de registro de nascimento no Brasil aumentou substancialmente, saltando de 64% em 2000 para 93% em 2011, ultrapassando a média mundial de 65% e aproximando-se da média dos países da região da América Latina e Caribe, que é de 92% (ARPEN/SP, 2013, p. 30). No mesmo sentido, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no mesmo sentido, apontou no relatório “Estatísticas do Registro Civil” que, no ano de 2010, 599.000 (quinhentas e noventa e nove mil) crianças com menos de dez anos não possuíam registro, 2% do total da faixa etária.

Em 2015, o sub-registro de crianças caiu para 3,2% e a experiência brasileira foi reconhecida internacionalmente. Já em 2018, estimou-se o percentual do sub-registro de nascimento nacional em 2,37%. A região com maior índice foi a Norte, com 8,55%, com Roraima apresentando maior taxa (18, 3%) em relação às Unidades Federativas, sendo precedida pelo Amazonas (9,78%), Pará (9,48%) e Amapá (9,42%).

Apesar dos resultados animadores, o IBGE alerta que a redução do sub-registro sofre interferência da queda do número de nascimentos anuais. Portanto, é possível que haja uma diminuição mais significativa de nascimentos do que do total de sub-registros em determinados anos (IBGE, 2019).

Análises recentes feitas pelo IBGE, baseadas no acervo de registros de nascimentos das Estatísticas do Registro Civil e nas informações sobre notificações de nascimentos auferidas pelo Sistema de Informações sobre Nascidos Vivos - SINASC, indicam uma melhoria na cobertura do registro civil de nascimentos no Brasil desde os anos 2000 (IBGE, 2019). Victoria Netto afirma que referida melhoria decorre das políticas públicas realizadas pelo Estado, como a implantação de Unidades Interligadas aos Cartórios de Registro Civil das Pessoas Naturais dentro das maternidades (Netto, 2018), a gratuidade na emissão do referido documento (que passou a vigorar a partir de 1997, com a Lei n. 9.534) e outras medidas de sensibilização que foram adotadas na tentativa de erradicação do sub-registro de nascimento.

As políticas públicas existentes em prol da erradicação do sub-registro de nascimento no Brasil intensificaram-se em 2003, quando a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República passou a coordenar um programa de redução do sub-registro no Brasil, envolvendo a União, os Estados e Municípios. Posteriormente, em 2007, o governo brasileiro lançou o Compromisso Nacional pela Erradicação do Sub-Registro Civil de Nascimento e Ampliação do Acesso à Documentação Básica, plano que estabeleceu como documentação básica a certidão de nascimento, o Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), a Carteira de Identidade ou Registro Geral (RG) e a Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS).

Já em 2014, o Conselho Nacional de Justiça instituiu o Sirc (Sistema Nacional de Informações de Registro Civil), base de dados centralizada que capta registros de nascimento, casamento e óbitos, possibilitando o subsídio de políticas públicas (Escóssia, 2018).

As políticas de transferência de renda, entre elas, o Bolsa Família e o Benefício de Prestação Continuada (BPC), foram decisivas na queda dos índices de sub-registro brasileiros, visto que, para serem contempladas por essas políticas sociais, as famílias precisam ter seus integrantes documentados. O mais difícil tem sido obter estatística sobre os adultos sem registro: como não existem oficialmente, não podem ser contados. O IBGE não tem estimativa do total de adultos sem documentação no Brasil (Escóssia, 2018, p.5).

Apesar das políticas públicas adotadas e dos referidos dados apontarem para uma significativa melhora nos índices de sub-registro de nascimento, a batalha não está vencida. A estimativa de nascimentos ocorridos e não registrados em 2018 é de 77.495 (setenta e sete mil, quatrocentos e noventa e cinco) (IBGE, 2019). Em que pese esse número pareça pequeno, especialmente quando comparado à totalidade populacional brasileira, que é de 211,7 milhões de habitantes, não se pode simplesmente fechar os olhos para essa minoria e ignorar que mais de setenta mil pessoas, em um único ano, não foram registradas e estão destituídas do documento mais básico e garantidor de direitos mínimos para uma existência digna, permanecendo inexistentes perante o Estado.

3.2 O SUB-REGISTRO DE NASCIMENTO E A DESIGUALDADE SOCIAL BRASILEIRA

A Pesquisa Nacional de Amostra por Domicílios (PNAD-IBGE/2016) apontou a desigualdade socioeconômica do país com sendo a principal causa da falta de registro de nascimento no Brasil. Esse fator está relacionado à miséria e associa-se à distância dos cartórios, à dificuldade de acesso às serventias registras em localidades isoladas, ao custo de traslado, ao desconhecimento dos pais quanto à importância da documentação pessoal (falta de educação e de informação), às dificuldades de implementação de políticas de fundos compensatórios para os atos gratuitos do registro civil.

Estudos da UNICEF (ARPEN/SP, 2013) mostram que a falta de registro afeta mais crianças de grupos étnicos ou religiosos diferentes, crianças residentes em áreas rurais ou remotas, pobres e sem escolaridade. Isso fica comprovado ao se observar os dados do IBGE, que apontam que a região brasileira com maior índice de sub-registro de nascimento no ano de 2018 foi a Norte, com o índice de 8,55% (IBGE, 2019).

Crianças marginalizadas, que vivem em áreas remotas ou entre comunidades que frequentemente se mudam, têm o acesso aos serviços de registro de nascimento dificultado. Além disso, costumes ou práticas podem desencorajar o nascimento formal e processos de registro.

A miséria, compreendida como a falta de acesso a condições mínimas de sobrevivência e de existência condigna, acaba privando os inseridos nessa realidade de direitos fundamentais básicos. Para quem não tem nem o que comer,

a certidão de nascimento acaba não sendo prioridade. A urgência é a manutenção da sobrevivência. Estudos da Unicef (2019) apontam que crianças de famílias mais pobres têm maior probabilidade de não terem seus nascimentos registrados. Mesmo em países como o Brasil, onde o registro de nascimento é gratuito por lei, há custos de deslocamento até as serventias registrais, o que afeta diretamente os níveis de registro.

Globalmente, as crianças que compõem os 20% das famílias mais pobres, têm um quarto a menos de probabilidade de terem seus nascimentos registrados do que as mais ricas. Diante dessa realidade, programas governamentais de transferência de renda são essenciais, visto que os benefícios, para muitas famílias, acabam sendo a principal fonte de renda (Pessoa, 2006, p. 85-86), e, para serem contempladas por essas políticas públicas, é necessário que as famílias estejam devidamente documentadas, o que se torna um incentivo ao registro.

Outra causa que interfere diretamente nas taxas de sub-registro de nascimento é a inexistência de educação. Formar o cidadão, através de uma educação básica de qualidade, é garantir-lhe consciência de seus direitos e deveres, bem como o conhecimento de valores fundamentais sociais. Num país com uma massa considerável de analfabetos, torna-se realmente difícil informar o cidadão sobre seus direitos. Esta é, por si só, uma realidade advinda do não cumprimento, por parte do Estado, de um de seus deveres fundamentais - o direito à educação (Pereira, 1996, p. 201).

A falta de conhecimento sobre o processo de registro, por conseguinte, continua a ser um obstáculo ao registro de nascimento, estando diretamente relacionada com a falta de escolaridade, especialmente materna: globalmente, cerca de 80% das crianças menores de 5 anos cujas mães têm pelo menos o ensino médio têm seus nascimentos registrados em comparação com apenas 60% das crianças cujas mães não têm escolaridade (UNICEF, 2019).

Decorrente dessa falta de educação de qualidade e de acesso às informações, milhões de brasileiros não têm registro civil e sequer sabem da obrigatoriedade e gratuidade do referido serviço e da primeira certidão de nascimento (Lei nº 9.534/1997), que podem ser emitidos a qualquer momento, sem prejuízo para os responsáveis, independentemente da idade do registrado.

Jáder Lúcio de Lima Pessoa ensina (2006, p. 90):

Muitos certamente têm conhecimento da existência do registro civil, nem tantos da gratuidade. Se não se tomou consciência da importância do registro como marco inicial para o exercício da cidadania e pressuposto para o exercício de outros direitos, se não se chegou a exercer os direitos decorrentes, a certidão de nascimento não passa de uma folha de papel, sem utilidade prática na vida diária das pessoas.

Crianças que vivem em áreas urbanas têm cerca de 30% a mais de probabilidade de serem registradas do que as que vivem em áreas rurais. No entanto, nem todas as crianças urbanas se beneficiam igualmente, uma vez que tal vantagem é fortemente associada à riqueza da família. Estudos da Unicef (2019) apontam que crianças das famílias urbanas mais ricas são mais propensas a terem

seus nascimentos registrados do que aquelas de famílias urbanas mais pobres. Isso sugere que os custos indiretos de registro também devem ser abordados.

A raiz das barreiras e disparidades do sub-registro de nascimento no Brasil está na desigualdade. Cleide Aparecida G. R. Fermentão (2016, p. 880) ensina que “a desigualdade social e o desrespeito aos valores pessoais e aos direitos personalíssimos tem violado a dignidade da pessoa humana, fazendo com que a dor da injustiça aflore”. Todo homem é merecedor de respeito e deve ser tratado com igualdade, apesar das diferenças que individualizam cada pessoa.

Para Jean Jacques Rousseau (1999, p. 160) a desigualdade divide-se em duas:

Uma, a que chamo de natural ou física, por ser estabelecida pela natureza, e que consiste na diferença de idades, de saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito ou da alma; a outra, a que se pode chamar desigualdade moral ou política, por depender de uma espécie de convenção a ser estabelecida, ou pelo menos autorizada, pelo consentimento dos homens. Esta consiste nos diferentes privilégios que alguns usufruem em prejuízo dos outros, como serem mais ricos, mais reverenciados e mais poderosos do que lês, ou mesmo em se fazerem obedecer por eles.

A desigualdade social nada mais é que a diferença de possibilidades entre as pessoas, em que algumas vivem de forma digna, outras não; umas têm voz e são ouvidas, enquanto outras têm o grito sufocado (Fermentão, 2016). Desigualdade, portanto, é esse abismo que separa as pessoas, fazendo com que algumas tenham acesso às oportunidades que outras jamais terão.

Chaim Perelman, seguindo o ideal aristotélico, associa a ideia de justiça à igualdade. Trazendo o conceito de igualdade formal, para o referido autor, “ser justo é tratar de forma igualitárias seres que possuem características essenciais comuns” (Perelman, 2000). Nesse sentido, Cleide Aparecida G. R. Fermentão explica:

Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras. E, as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo: consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos (Fermentão, 2016, p. 886).

Para a mencionada autora, a desigualdade social fere a dignidade humana, porque todas as pessoas devem ter acesso às liberdades básicas (Fermentão, 2016). Dessa forma, considerando que o acesso às liberdades básicas só é possível com o reconhecimento do indivíduo por parte do Estado, por meio do registro de seu nascimento, o sub-registro de nascimento, fruto da desigualdade, representa um atentado à dignidade humana daquele não registrado, tido como inexistente.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, dignidade humana é:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser

humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (Sarlet, 2005, p. 60).

A dignidade humana por ser o centro do ordenamento jurídico brasileiro, é a nova teoria da Justiça. Em que pese ser regido por um sistema legal injusto e ineficaz, é esse princípio fundamental que valoriza a pessoa humana, protegendo a vida e todos os direitos personalíssimos, inclusive direitos futuros que eventualmente venham a surgir. É esse direito fundamental que tem impedido um colapso diante da crise de valores sociais, morais e éticos atualmente vivenciada pela sociedade, sustentando o mínimo de Justiça que ainda resta (Fermentão, 2016).

Assim, garantir a dignidade humana é uma forma de preservar a justiça. Considerando que o Direito busca a Justiça, tendo nela sua finalidade existencial, deve tal ciência ser o meio para que esta se realize. Para tanto, ambas - a ciência do Direito e a Justiça - devem estar em sintonia, acopladas, direcionadas à proteção das pessoas e de suas garantias personalíssimas (Fermentão, 2016), que só poderão ser resguardadas se o indivíduo for registrado e reconhecido formalmente.

Não basta informar a sociedade sobre a necessidade e importância do registro de nascimento, por exemplo, por meio de campanhas de mobilização. É preciso viabilizar a prestação do referido serviço de forma a atender a todos, garantindo o acesso universal aos cartórios de registro civil das pessoas naturais. Sabe-se que um elevado número de pessoas não possui registro civil de nascimento no Brasil em razão da dificuldade de acesso aos Cartórios de Registro Civil, principalmente em localidades isoladas, como comunidades ribeirinhas. Nesses casos, a inexistência de serventia próxima, a falta de recursos financeiros para deslocar-se até os cartórios, a ausência de meio transporte para chegar até lá, acabam por acentuar ainda mais a falta de registros de nascimento.

O Estado do Rio de Janeiro aderiu uma medida prática que é exemplo a ser seguido pelos demais estados da federação. Lá, o Tribunal de Justiça, em parceria com a Justiça Itinerante e o Sepec (Serviço de Promoção a Erradicação do Sub-registro de Nascimento e a Busca de Certidões), aspirando a facilitação do acesso populacional aos serviços extrajudiciais, implementou um cartório itinerante, consistente em um ônibus que circula pela cidade do Rio de Janeiro para assistir as pessoas.

Em um acompanhamento ao referido serviço, entre os anos de 2015 a 2017, Escóssia (2018, p. 6) aponta que foram emitidas 795 certidões de nascimento de pessoas que jamais haviam sido registradas, que obtiveram, então, o primeiro documento oficial de suas vidas. Isso demonstra que a propagação de informação e a facilitação do acesso ao registro levam as pessoas à busca pelo registro de nascimento, tanto próprio, quanto de seus filhos.

A pessoa sem registro de nascimento é tida como inexistente para o Estado. É a partir do referido documento que ela pode exercer sua cidadania, tendo os direitos decorrentes desse reconhecimento passíveis de serem exercidos. Como exposto, é a certidão de nascimento que possibilita a emissão de outros documentos, como carteira de identidade (RG), CPF, título de eleitor, certificado de reservista (para homens) e carteira de trabalho, fundamentais na garantia de direitos essenciais, como saúde e educação. É o registro de nascimento que possibilita o exercício de liberdades e direitos basilares ao ser humano, que somente serão nacionalmente garantidos quando o sub-registro for erradicado no Brasil, por meio de medidas voltadas para uma sociedade mais igualitária, onde prevaleça a justiça, tendo cada pessoa um direito igual de acesso ao mais abrangente sistema de liberdades básicas.

CONCLUSÃO

Diante do cenário apresentado, conclui-se que o Registro de Nascimento é mais que um documento fundante, que identifica o registrado: é um meio de garantir os direitos fundamentais e da personalidade.

Por meio da certidão de nascimento, a pessoa tem oficializada a existência perante o Estado, é individualizada, recebendo um nome, uma nacionalidade e um parentesco, sendo-lhe possibilitado o exercício da cidadania e garantidas prerrogativas essenciais para uma vida minimamente digna, como o acesso à saúde, educação, trabalho formal, direitos políticos, documentos pessoais, programas assistenciais governamentais.

A falta de registro de nascimento, em contrapartida, é um atentado aos Direitos Fundamentais, especialmente à dignidade humana, visto que configura um processo de exclusão social, que nega o reconhecimento da personalidade jurídica do indivíduo, impossibilitando-o de desfrutar de suas liberdades básicas, posto que não é reconhecido como um sujeito de direitos, permanecendo vulnerável face a inobservância de seus direitos por parte do Estado e de particulares, figurando como invisível socialmente.

Os nascimentos não registrados no ano da ocorrência, dentro de noventa dias do nascimento, são considerados sub-registros. Estes representam a negação da existência do indivíduo como cidadão, que é invisível para o Estado ante a falta de registro, ficando inabilitado de exercer direitos básicos de uma existência digna e de uma convivência livre e igualitária, impedido de acessar programas básicos para o desenvolvimento humano.

O sub-registro de nascimento sinaliza o quão distante o País está em reconhecer seus integrantes como cidadãos e fortalecer políticas públicas voltadas para o aumento da visibilidade das pessoas. Essa precariedade, fruto, especialmente, da desigualdade social, é uma realidade mundial e brasileira. Só no ano de 2018, mais de setenta mil nascimentos não foram formalizados no Brasil.

Portanto, medidas precisam ser tomadas, com urgência, para erradicar ou, ao menos, atenuar essa realidade latente, que atinge tantos indivíduos, colocando-os em situação de completa invisibilidade social e indignidade. A elaboração e implementação de tais medidas precisam ser realizadas levando-se em consideração as causas ensejadoras do sub-registro de nascimento: a falta de conhecimento sobre

o processo de registro; a falta de escolaridade, principalmente dos pais; a falta de informação; pobreza e miséria; dificuldade de acesso e custos de deslocamento às serventias registrais. Todas estas possuem um ponto de convergência, que é a desigualdade social, responsável por tornar a sociedade injusta e ferir os direitos mais imprescindíveis do indivíduo, especialmente a dignidade humana.

Justamente por ser a desigualdade social o cerne causador da falta de registro de nascimento no Brasil é que a erradicação do sub-registro se torna tão complexa e de difícil solução. Entretanto, tomando-se como exemplo medidas adotadas por países que estão avançando nesse sentido, como os do Norte da América e da Europa Ocidental, em que pese sejam realidades diferentes da nacional, é possível notar a melhora desses índices.

O Brasil, desde 2010, tem apresentado significativo aumento do número de registros de nascimento, entretanto, parte da população ainda permanece desamparada e vulnerada, exigindo a adoção premente de todas as políticas públicas possíveis, objetivando contemplar e amparar essas pessoas invisível perante o Estado. É preciso que sejam executadas ações conjuntas, concretas e articuladas entre o Poder Público, os registradores civis e a sociedade, direcionadas ao combate à evasão de registros, como, por exemplo, a capacitação dos pais, independentemente do sexo, para registrar seus filhos no nascimento; a vinculação do registro de nascimento aos serviços sociais; e investimentos em soluções de tecnologia segura e inovadora para facilitar o registro de nascimento.

Deve-se buscar a capilaridade efetiva das serventias registrais. Não basta estarem presentes em todos os municípios do país, é preciso, além disso, que sejam acessíveis a todos. Os Cartórios de Registro Civil das Pessoas Naturais devem ser mais próximos das comunidades, especialmente das distantes dos centros urbanos. Inovações como tecnologia e serviços móveis para redução dos custos de viagem e de tempo longe do emprego para registrar crianças podem ajudar nesse sentido.

Outra medida possível é a realização de campanhas publicitárias informativas da importância do registro de nascimento na vida das crianças, ressaltando que a emissão da certidão é gratuita e que não há prazo ou multa para que ela seja emitida. A informação e a educação sempre serão o melhor caminho para esclarecer as pessoas de seus direitos.

A vinculação do recebimento de benefícios assistenciais com a exigência de documentação familiar foi uma importante medida adotada pelo Brasil, que atenuou os índices de sub-registro. Esse tipo de campanha, por mais que reforce como o país é desigual e como as pessoas vivem na miséria, visto que necessitam ser contempladas por esmolas governamentais para terem o que comer, funciona como um incentivo ao registro, a exemplo do que ocorre com o bolsa família, que para ser concedido, exige que todos os membros das famílias estejam documentados.

No combate ao sub-registro de nascimento, é imprescindível a atuação conjunta de toda a sociedade. É preciso que as Unidades Federativas, as Associações de Registradores, os Oficiais de Registro, as Associações e Organizações Não Governamentais unam-se e estabeleçam parcerias, para que, através de ações compartilhadas entre si e permanentes, encontrem soluções para os problemas relacionados às vulnerabilidades dos indivíduos, como a não efetividade de seus

direitos civis, políticos e sociais, cujo principal demonstrativo é a falta do registro civil de nascimento.

Em um país cujo principal problema provavelmente seja a miséria, que aflige milhões de brasileiros, os direitos civis, políticos e sociais (incluindo o direito ao registro civil) são meras retórica para quem luta antes de tudo para sobreviver. Apesar disso, a falta de mais esse direito, que é o registro de nascimento, tende a tornar a vida da população ainda mais difícil. É necessário que os indivíduos sejam reconhecidos pelo Estado para que possam ser contemplados por eventuais benefícios e políticas públicas governamentais.

É preciso que as pessoas tenham sua existência oficializada para que possam pleitear seus direitos e terem o mínimo de suas liberdades e garantias asseguradas. Sem registro de nascimento o indivíduo é invisível, não tem voz, não tem sua situação social considerada, permanecendo à par do sistema e em condição de desigualdade, sem acesso a direitos e garantias fundamentais para uma vida minimamente digna.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO DOS REGISTRADORES DE PESSOAS NATURAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Brasil é destaque em relatório mundial do Unicef sobre combate ao subregistro. *ARPEN-SP*, ano 15, n. 142, dez. 2013. Disponível em: www.arpensp.org.br. Acesso em: 2 maio 2021.

BOURDIEU, P. *Razões Práticas: sobre a teoria da ação*. Campinas: Papirus, 2011.

BORGES, R. C. B. *Direitos da Personalidade e Autonomia Privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Erradicação do sub-registro*. Disponível em: <http://cgj.tjrj.jus.br/projetos-especiais/sub-registro-civil>. Acesso em: 15 abr. 2021.

DALLARI, D. A. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Moderna, 1999.

ESCÓSSIA, F. *Invisíveis: Uma etnografia sobre identidade, direitos e cidadania nas trajetórias de brasileiros sem documento*. Tese de Doutorado. Programa de Pós Graduação em História, Política e Bens Culturais do Centro de Pesquisa e Documentação em História Contemporânea do Brasil, Fundação Getúlio Vargas. Abril, 2019, p. 1-147. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27459/Tese%20Fernanda%20da%20Esc%C3%B3ssia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 11 maio 2021.

ESCÓSSIA, F. "Sou uma pessoa que não existe": identidade, direitos e cidadania nas trajetórias de brasileiros sem documento. In: *VII Colóquio Semiótica das Mídias.*, 7., 2018, Japaratinga. CISECO: Japaratinga, 2018. Disponível em: http://www.ciseco.org.br/images/coloquio/csm7/CSM7_FernandaEscossia.pdf. Acesso em: 4 maio 2021.

FERMENTÃO, C. A. G. R. Os direitos da personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do Direito. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 6, n. 1, p. 241-266, 2006.

FERMENTÃO, C. A. G. R. Análise filosófica sobre o Princípio da Dignidade Humana como uma nova Teoria de Justiça. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 16, n. 3, p. 877-896, set./dez. 2016.

FERNANDES, R. F. M. *Registro Civil das Pessoas Naturais*. Porto Alegre: Norton, 2005.

FERREIRA, L. C. M. *Dos autos da cova rasa: a identificação de corpos não-identificados no Instituto Médico-Legal do Rio de Janeiro, 1942-1960*. Rio de Janeiro: FINEP, 2009.

GAGO, P. E. M. *Serviço social e cidadania: um estudo sobre o registro civil de nascimento*. 2005. Monografia (Graduação em Serviço Social) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, 2005.

GONÇALVES, C. R. *Direito Civil Brasileiro*. Parte Geral. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HAMMERSCHMIDT, D. *Intimidade genética & direitos da personalidade*. Curitiba: Juruá, 2007.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Estatística do Registro Civil. *Estimativa do Sub-registro de Nascimentos*. Rio de Janeiro: IBGE, 2019. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9110-estatisticas-do-registro-civil.html?=&t=o-que-e>. Acesso em: 15 abr. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Coordenação de População e Indicadores Sociais. *Estatísticas do registro civil: esclarecimentos sobre o sub-registro de nascimentos*. Rio de Janeiro: IBGE, 2019. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=73099>. Acesso em: 16 abr. 2021.

MAKRAKIS, S. *O Registro Civil no Brasil*. Dissertação de Mestrado apresentada no Mestrado em Administração Pública da Fundação Getúlio Vargas, 2000. Disponível em http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/3405/Dissertacoes_Solange.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 4 maio 2021.

NALINI, J. R. Registro Civil das Pessoas Naturais: usina de cidadania. In: DIP, R. H. M. (org.). *Registros Públicos e Segurança Jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

NETTO, V. Brasil está próximo de erradicar o subregistro civil de nascimentos. *Humanista - Jornalismo e Direitos Humanos*, Porto Alegre, jul. 2018. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/humanista/2018/07/16/brasil-esta-proximo-de-erradicar-o-subregistro-civil-de-nascimentos/>. Acesso em: 16 abr. 2021.

PEIRANO, M. De que serve um documento? In: PALMEIRA, M.; BARREIRA, C. (org.). *Política no Brasil: visões de antropólogos*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, NuAP/UFRJ, 2006. p. 25-50.

PEREIRA, A. C. A. *O acesso à Justiça e a adequação da legislação brasileira aos instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos. A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. San José de Costa Rica: Antonio Augusto Cançado Trindade, 1996.

PERELMAN, C. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PESSOA, J. L. L. *Registro Civil de Nascimento: direito fundamental e pressuposto para o exercício da cidadania. Brasil, 1988-2006*. Campos dos Goytacazes, Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Dissertacoes/Integra/JaderLucioLimaPessoa.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2021.

RIZZARDO, A. *Parte geral do código civil: Lei n. 10.406, de 10.01.2002*. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SARLET, I. W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SZRETER, S. The Right of Registration: Development, Identity Registration, and Social Security: a Historical Perspective. *World Development*, 2007, v. 35, n. 1, p. 67-80.

UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND. *Birth Registration for Every Child by 2030: Are we on track?* New York: UNICEF, 2019. Disponível em: <https://www.unicef.org/media/62981/file/Birth-registration-for-every-child-by-2030.pdf>. Acesso em: 11 maio 2021.

INVISIBILIDADE E SUB-CIDADANIA NO BRASIL: UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL EVOLUTIVA DA VEDAÇÃO DO DIREITO AO VOTO DE PRESOS E CONDENADOS CRIMINAIS

Gabriel Silveira de Queirós Campos*

RESUMO

No Brasil e em inúmeros países, as constituições parecem restringir o direito ao voto de presos e condenados criminais, excluindo-os temporariamente do corpo de eleitores. No presente estudo, investigamos, com base na “teoria do reconhecimento” (Honneth), a condição de invisibilidade social vivenciada por eles, buscando compreender como experiências subjetivas de ausência de reconhecimento podem motivar, psiquicamente, uma luta por mudanças sociais. Reconhecendo, entretanto, as dificuldades enfrentadas por tal grupo social, o presente estudo desenvolve uma interpretação constitucional evolutiva, apoiada na “metódica estruturante” (Müller), acerca da vedação ao direito de voto de presos e condenados criminais. É analisado o artigo 15 da Constituição Federal de 1988, indo além de seu texto (elemento linguístico) para agregar, na concretização da norma, uma leitura sistemática de outros dispositivos constitucionais; também são analisados dados importantes da realidade brasileira (elemento empírico), tais como o significado social de cidadania e o problema do crescimento da população carcerária no país.

Palavras-chave: direitos políticos; voto; condenação criminal; teoria do reconhecimento; interpretação constitucional.

Data de submissão: 26/06/2023

Data de aprovação: 27/09/2023

* Mestre em Criminologia e Justiça Criminal pela Universidade de Oxford.

INVISIBILITY AND SUB-CITIZENSHIP IN BRAZIL: AN EVOLVING CONSTITUTIONAL INTERPRETATION OF THE RESTRICTION OF PRISONERS AND CONVICTED FELONS' VOTING RIGHTS

Gabriel Silveira de Queirós Campos

ABSTRACT

In Brazil and other countries, constitutions seem to restrict the voting rights of prisoners and convicted felons, temporarily excluding them from the electorate. Building on Axel Honneth's 'recognition theory', our study analyses the social invisibility experienced by people who lose their voting rights due to the conviction of a criminal offense. It sets out to explore how subjective experiences of lack of recognition can psychically motivate a struggle for social change. Taking the Federal Constitution of Brazil as an example, we propose an evolving constitutional interpretation, based on Friedrich Müller's 'structuring legal theory' (*Strukturierende Rechtslehre*). We examine Article 15 of the Brazilian Constitution, moving beyond the text (linguistic element), therefore enriching the constitutional interpretation by adding both a systemic reading of other constitutional provisions and some relevant empirical data related to Brazil (factual element), such as a comprehensive social meaning of citizenship, and the growth of the prison population in Brazil over the last decades.

Keywords: political rights; vote; criminal conviction; recognition theory; constitutional interpretation.

Date of submission: 26/06/2023

Date of approval: 27/09/2023

INTRODUÇÃO

Há uma antiga tradição constitucional, não apenas no Brasil, mas em boa parte do mundo, de impedir a participação política, através do voto em eleições, de pessoas que sofreram condenação criminal, presas ou não. Independentemente das justificativas apresentadas para tal restrição, trata-se de uma prática anacrônica, incompatível com a evolução das sociedades democráticas e com a noção moderna de cidadania enquanto verdadeira identidade política.

No presente estudo, buscaremos responder ao seguinte problema de pesquisa: a suspensão do direito de voto de condenados criminais é compatível com uma interpretação democrática da Constituição?

A abordagem desenvolvida acerca do problema assim definido unirá um enfoque sociológico, mais apto a facilitar uma correta compreensão da condição social vivenciada por presos e condenados criminais, e uma análise jurídico-constitucional, essencial para o objetivo do estudo, qual seja, propor uma interpretação evolutiva e democrática da hodierna Constituição brasileira, que amplie o direito ao sufrágio de modo a reconhecer o direito ao voto a indivíduos condenados criminalmente, estejam cumprindo pena de prisão ou qualquer outra espécie de sanção.

O artigo encontra-se dividido em três partes. Na primeira, ofereceremos um breve histórico da experiência constitucional brasileira no tema do direito ao voto de condenados criminais, apresentando as principais regras pertinentes desde o Império (Constituição de 1824) até o momento democrático atual (Constituição de 1988). Ainda nesta parte, a trajetória brasileira será contextualizada no panorama internacional, com a apresentação de alguns importantes estudos de direito comparado, destacando-se as políticas de *disenfranchisement* vigentes nos Estados Unidos da América, que constituem um caso interessante. Os principais discursos justificadores da restrição do direito de voto também serão sumariados de modo sucinto, a fim de viabilizar um melhor entendimento do problema.

Em uma segunda parte, adotando como principal referência teórica o pensamento de Axel Honneth, buscaremos compreender como as experiências subjetivas de denegação de direitos e de reconhecimento colocam presos e condenados criminais em situação de *invisibilidade social*, não só no Brasil, mas em sociedades modernas de todo o mundo. A partir da teoria social honnethiana, será possível entender como a ausência de reconhecimento (jurídico e social) elimina qualquer igualdade entre indivíduos em uma coletividade e retira deles a imputabilidade moral e a própria dignidade. A “luta por reconhecimento” de condenados criminais, entretanto, é dificultada por algumas razões, debatidas nesta parte do estudo. Nela, também, desenvolveremos o conceito de cidadania, desde um ponto de vista, ao mesmo tempo, sociológico e jurídico, enfatizando sua relação com a construção da identidade política de indivíduos e de comunidades.

Finalmente, a última parte do artigo destina-se a propor uma interpretação constitucional evolutiva, fazendo uma opção clara pela “metódica estruturante” de Friedrich Müller. Partindo de uma concepção pós-positivista da norma jurídica, segundo a qual a norma é construída na atividade de interpretação, tentaremos identificar os dados concretos presentes na realidade brasileira que constituem verdadeira parte integrante, seguindo a visão de Müller, dos comandos normativos

da Constituição Federal de 1988. Assim, será possível apresentarmos uma proposta de *concretização normativa*, que, levando em consideração a evolução da ideia de cidadania nas sociedades democráticas modernas, bem como o quadro de progressiva expansão da população carcerária no Brasil, pode revelar a incompatibilidade da suspensão do direito de voto dos condenados criminais com uma interpretação democrática da atual Constituição.

1 A RESTRIÇÃO DE DIREITOS POLÍTICOS DOS CONDENADOS CRIMINAIS NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Ao longo de sua história, o Brasil já teve seis diferentes constituições, exclusive a atual. Todos os textos constitucionais, inclusive o vigente, prescreveram a suspensão dos direitos políticos em virtude de sentença penal condenatória até a extinção desta, por cumprimento da pena. Há, entretanto, diferenças sutis, porém significativas, na forma como as constituições brasileiras trataram do tema dos direitos políticos e, particularmente, do direito ao voto pelos condenados criminais.

A primeira Constituição brasileira, de 1824, editada quando o país ainda vivia sua fase imperial, estabelecia: “Suspende-se o exercício dos Direitos Politicos (...) Por Sentença condemnatoria a prisão, ou degredo, enquanto durarem os seus efeitos” (art. 8, *caput* e II). Em outra passagem, o texto constitucional permitia expressamente o voto aos “Cidadãos Brasileiros, que estão no gozo de seus direitos políticos” (art. 91, I).

Este foi o único texto constitucional vigente no Brasil a limitar a suspensão dos direitos políticos a duas espécies de penas, a saber, a prisão e o degredo. Quanto a este último tipo de punição, que hoje não passa de um resquício histórico, o Código Penal Imperial, de 1830, prescrevia, em seu artigo 51: “A pena de degredo obrigará os réos a residir no lugar destinado pela sentença, sem poderem sahir dele, durante o tempo, que a mesma lhes marcar” (Brasil, 1830). Afora a prisão e o degredo, para todas as demais modalidades de penas (açoitos, galés, banimento, desterro, multa, suspensão e perda de emprego), o condenado mantinha seus direitos políticos.

Já na fase republicana, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 manteve a regra de suspensão dos “direitos de cidadão brasileiro” por condenação criminal, enquanto durarem os seus efeitos (art. 71, § 1º, *b*). Desta vez, porém, não se distinguiu os tipos de pena passíveis de privar o indivíduo de direitos políticos.

O mesmo ocorreu no texto constitucional de 1934 (art. 110, *b*), com o acréscimo de que o alistamento eleitoral - requisito para a condição de eleitor - não seria possível aos brasileiros “que estiverem, temporária ou definitivamente, privados dos direitos políticos” (art. 108, parágrafo único, *d*).

A Constituição brasileira de 1937, por sua vez, repetiu a regra da suspensão dos direitos políticos por condenação criminal, enquanto durarem seus efeitos (art. 118, *b*), trazendo ainda, a exemplo do texto constitucional antecessor, a previsão de que o gozo dos direitos políticos seria condição necessária para o voto (art. 117).

Idênticas previsões constaram também das Constituições de 1946 (art. 132, III, e art. 135, *caput* e § 1º, II) e de 1967 (art. 142, § 3º, *c*, e art. 144, I, *b*).

O atual texto constitucional, de 1988, possui a seguinte prescrição: “É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: (...) III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos” (art. 15). A exemplo das anteriores - à exceção do texto de 1824 -, a Constituição de 1988 não diferencia a espécie de pena que ensejaria a suspensão de direitos políticos, em um rol de sanções admissíveis que inclui privação da liberdade (prisão), perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos (art. 5º, XLVI).

A respeito da Constituição vigente, podem ser observadas duas importantes distinções com relação aos textos constitucionais que a antecederam. A primeira diferença fundamental é que a Constituição de 1988 adotou, no *caput* do artigo 15, a expressão “cassação *de* direitos políticos, cuja perda ou suspensão (...)”, não falando em perda ou suspensão *dos* direitos políticos, como em todas as anteriores. Assim, a linguagem constitucional permite defender uma interpretação segundo a qual a condenação criminal transitada em julgado suspenderia alguns direitos políticos, não todos eles. Deste modo, o voto poderia ser legitimamente assegurado mesmo na vigência de uma sentença criminal condenatória.

Uma segunda diferença relevante no texto de 1988 é que nele não há regra expressa excluindo do alistamento eleitoral ou do voto os condenados criminais, como nas Constituições de 1824 (art. 91, I), de 1934 (art. 108, parágrafo único, *d*), de 1937 (art. 117), de 1946 (art. 132, III) e de 1967 (art. 142, § 3º, *c*). Apenas a primeira Constituição republicana, de 1891, à semelhança da vigente, não continha previsão clara proibindo o alistamento eleitoral por força da suspensão dos direitos políticos.

Muito embora esses dois traços distintivos autorizassem, teoricamente, interpretar o texto constitucional atual de modo a permitir a participação dos condenados criminais nas eleições, na condição de votantes, a legislação ordinária e a prática constitucional de juízes criminais e da Justiça Eleitoral no Brasil mantêm-se presas à tradição de textos constitucionais pretéritos. Com efeito, o Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65) considera a suspensão dos direitos políticos como causa de cancelamento do alistamento eleitoral, como previsto no inciso II, de seu artigo 71 (Brasil, 1965). Na prática forense, as sentenças criminais condenatórias costumam determinar a comunicação do trânsito em julgado ao juiz ou ao tribunal eleitoral competente (art. 71, § 2º, da Lei nº 4.737/65), mesmo sem fundamentação específica. Como consequência, o nome do réu é excluído do corpo de eleitores da circunscrição. Em outras palavras, a condenação criminal acarreta, de forma automática, a suspensão do direito ao voto, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal (RE nº 601.182, j. em 8/5/2019).¹

Voltaremos à questão das possibilidades interpretativas do artigo 15 da Constituição de 1988 na parte final deste estudo. Por ora, pretendeu-se traçar um

¹ No acórdão, redigido pelo Min. Alexandre de Moraes, ficou expressamente registrado que “a regra de suspensão dos direitos políticos prevista no art. 15, III, é autoaplicável, pois trata-se de consequência imediata da sentença penal condenatória transitada em julgado” e “a opção do legislador constituinte foi no sentido de que os condenados criminalmente, com trânsito em julgado, enquanto durar [sic] os efeitos da sentença condenatória, não exerçam os seus direitos políticos” (Brasil. Supremo Tribunal Federal. 1. Turma. *Recurso Extraordinário 313060/SP*. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Frederico Adão Filho. Relator: Min. Marco Aurélio, 8 de maio de 2019).

breve panorama descritivo da regra constitucional que determina a suspensão de direitos políticos em razão de condenação criminal, presente nas constituições brasileiras desde o Império até o momento atual. Destacou-se as peculiaridades do texto vigente, que, seja em uma interpretação literal, seja analisado de forma sistemática diante de outros dispositivos constitucionais, franquearia, ao menos em tese, o direito de voto aos condenados criminais. A seguir, abordaremos o tratamento do problema no direito comparado, a partir de dados disponíveis em alguns estudos científicos e em *sites* de entidades civis e *think tanks* na Internet. O objetivo será contextualizar a experiência constitucional brasileira de proibição do sufrágio a condenados criminais diante de outros países democráticos mundo afora.

2 BREVE PANORAMA INTERNACIONAL SOBRE O DIREITO AO VOTO PELOS CONDENADOS CRIMINAIS

O direito ao voto pode ser considerado um dos mais importantes atos de exercício da cidadania em uma democracia. Pode-se dizer que o sufrágio universal representa um verdadeiro ideal democrático. A evolução histórica da maioria das nações democráticas tem sido marcada por uma crescente expansão do corpo de eleitores. Grupos anteriormente excluídos da participação eleitoral, como mulheres e minorias étnicas e raciais passaram a ser gradativamente incorporados. As restrições ao voto de presos e condenados criminais, entretanto, persistem em muitos países, tais como o Brasil.

Há alguns importantes estudos comparativos sobre o direito ao voto e suas restrições em virtude de condenação criminal. Relevantes distinções metodológicas separam os principais estudos publicados sobre o tema, como, por exemplo, a abrangência geográfica das nações investigadas: algumas pesquisas restringem-se a Europa (Ispahani, 2009), enquanto outras possuem escopo mundial (Rottinghaus, 2005; Rottinghaus; Baldwin, 2007; Uggen; Van Brakle; McLaughlin, 2009). Os estudos costumam classificar os países de acordo com a presença/ausência de regras proibindo que presos e condenados criminais em geral votem. Alguns estudos, porém, examinam os mecanismos adotados em cada país na implementação do sufrágio a esse grupo (Ispahani, 2009); outros buscam identificar as principais características nacionais associadas à negativa do voto aos presos, como, por exemplo, baixo nível de desenvolvimento econômico e elevadas taxas de encarceramento (Uggen; Van Brakle; McLaughlin, 2009). A relação entre fatores estruturais (requisitos para o alistamento eleitoral, obrigatoriedade do voto), políticos (histórico democrático, nível de liberdade política) e culturais (legados coloniais, grau de punitivismo na sociedade) com a questão da participação eleitoral de presos e condenados também já foi investigada a fundo (Rottinghaus; Baldwin, 2007). Para os fins do presente estudo, contudo, importa apenas conhecer a realidade de outros países no que se refere à presença ou ausência, em suas regras constitucionais, do veto à participação de condenados criminais no sufrágio na condição de eleitores.

No levantamento feito por Uggen, Van Brakle e McLaughlin (2009), foram examinados os regimes jurídicos de 105 nações e, mais detalhadamente, de 39 países europeus. O estudo identificou que 40 nações permitem, como regra, o

voto de presos e condenados criminais², enquanto 65 nações possuem restrições vigentes. De modo geral, o estudo concluiu que a maioria dos países europeus já admite a participação dos condenados no sufrágio; por outro lado, regras proibitivas ainda são comuns nas Américas. Os pesquisadores encontraram restrições ao voto nos seguintes países da América do Sul: Argentina, Brasil, Chile, Equador, Peru, Uruguai e Venezuela. Já na América Central, foram encontradas restrições nas seguintes nações: Bahamas, Barbados, Belize, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, Panamá, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas e Trinidad e Tobago. Na América do Norte, os Estados Unidos possuem restrições vigentes, diferentemente do Canadá; não houve dados disponíveis sobre o México.

Já a pesquisa feita por Rottinghaus e Baldwin (2007) agrupou os países em quatro categorias: países que permitem o voto aos condenados sem restrições; países que permitem o voto aos condenados com restrições; países que proíbem o voto aos condenados; e, por último, países que proíbem o voto aos condenados mesmo após o término da pena. Em geral, 22% dos países estendem o sufrágio aos presos e condenados; 23% permitem o voto, porém com restrições; 48%, ou seja, quase a metade, proíbe o voto durante os efeitos da condenação criminal; finalmente, 8% possuem alguma forma de proibição mesmo após o cumprimento da pena. No grupo das nações que vedam a participação eleitoral no curso do cumprimento da pena (48%), predominam os países da África e da América do Sul, como o Brasil.

Um terceiro importante estudo foi feito por Ispahani (2009) e levou em consideração apenas países europeus. Utilizando dados coletados, em 2006, pela Associação Americana das Liberdades Civis (*American Civil Liberties Union*)³, Ispahani concluiu que, dos 40 países analisados, quase a metade admite que presos votem (17 países); doze proíbem que apenas um grupo de presos votem, em geral os que cumprem penas mais longas por crimes graves; e onze países vedam a participação eleitoral a qualquer condenado. Neste último grupo, todos os países ficam no Leste Europeu, à exceção da Espanha e do Reino Unido.⁴

Em qualquer análise das restrições ao direito de voto no cenário internacional, os Estados Unidos da América constituem um caso interessante. Trata-se da nação com maior população prisional no mundo, com mais de dois milhões de

²De acordo com a metodologia do estudo, porém, seriam enquadrados nesta primeira categoria não apenas países que autorizam, sem qualquer restrição, o voto dos condenados criminais, mas também países que proíbem o voto quando a condenação for por crimes mais graves, com pena superior a cinco anos de prisão, e por alguns tipos específicos de crimes, como delitos eleitorais e *treason*, uma espécie grave de infração penal encontrada nos países de origem anglo-saxã (Estados Unidos e Inglaterra, por exemplo) e que significa, grosso modo, traição à pátria.

³No relatório intitulado "*Out of Step with the World: An Analysis of Felony Disfranchisement in the U.S. and other Democracies*", a ACLU compara a situação dos Estados Unidos com as principais democracias ocidentais na restrição do direito ao voto a condenados criminalmente. Disponível em: https://www.aclu.org/sites/default/files/pdfs/votingrights/outofstep_20060525.pdf. Acesso em: 21 jun. 2022.

⁴O caso do Reino Unido é peculiar. O país possui uma restrição ao direito de voto dos presos em sua legislação (*Representation of the People Act*, de 1983), porém o Tribunal Europeu de Direitos Humanos decidiu, em duas oportunidades, que a proibição geral, automática e indiscriminada encontrada na lei inglesa violava as regras sobre o direito ao voto do Protocolo nº 1 à Convenção Europeia de Direitos Humanos (artigo 3) e ultrapassava a margem de apreciação aceitável dos países europeus (*Hirst v. United Kingdom*, nºs 1 e 2).

pessoas encarceradas em 2019, de acordo com dados divulgados pela *World Prison Population List* (Fair; Walmsley, 2021). Além disso, estima-se que mais de cinco milhões de americanos, o equivalente a 2% da população adulta, encontra-se proibida de votar por força de condenação criminal (Uggen *et al.*, 2020), o que, por si só, revela a dimensão do problema naquele país.

Há, nos Estados Unidos, inúmeras entidades civis dedicadas à defesa dos direitos de presos e condenados criminais que alertam para a gravidade das *disenfranchisement laws*, ou seja, leis que excluem determinados cidadãos do corpo de eleitores (*electoral franchise*). Com efeito, a maioria dos estados norte-americanos possuem leis que retiram o direito ao voto de pessoas que receberam uma condenação criminal. De acordo com dados publicados pelo *think tank Brennan Center for Justice*, 48 estados negam o direito ao voto a presos durante o cumprimento da pena de prisão. Apenas em dois estados - Maine e Vermont -, presos podem votar. Na capital federal (*District of Columbia*), o direito ao voto é assegurado por uma lei temporária. Em 11 estados, em algumas hipóteses nem mesmo após o cumprimento de toda a pena o direito de votar é recuperado, ou seja, a condenação criminal gera a perda da condição de eleitor. No Alabama, por exemplo, condenados pelos crimes de homicídio e estupro, dentre outros, jamais poderão votar novamente. Na Florida, a proibição permanente vale para homicidas e abusadores sexuais (Brennan Center for Justice, 2019).

As peculiaridades dos Estados Unidos diante das demais nações democráticas ocidentais podem ser sintetizadas da seguinte maneira: a) como consequência da elevada taxa geral de encarceramento naquele país, calculada em 629 presos por cem mil habitantes no ano de 2019, de acordo com a *World Prison Population List* (Fair; Walmsley, 2021), a estimativa de cidadãos proibidos de votar é alarmante, alcançando, como visto, cerca de 2% de toda a população adulta; b) trata-se do principal, quiçá único, país democrático do mundo que aplica a proibição do voto (*voting ban*) para toda a vida do ex-condenado criminal, excluindo-o do corpo de eleitores indefinidamente;⁵ e c) a política de *disenfranchisement* atinge, de modo desproporcional, homens negros pobres, afetando aproximadamente 13% dos adultos deste grupo populacional (Mauer, 2002), dado que serve de argumento empírico para uma importante tese acadêmica, segundo a qual o sistema de justiça criminal norte-americano tem a função social de manter um verdadeiro sistema de castas, inaugurado com a escravidão (Alexander, 2017).

No tópico seguinte, examinaremos as principais justificativas encontradas na literatura especializada, no Brasil e no exterior, para a restrição do direito ao voto a presos e condenados criminais. E, logo após, buscaremos dimensionar os impactos de tal restrição, sobretudo sociais e políticos, na realidade brasileira. Tal esforço é importante porque, como será exposto nas partes seguintes deste estudo, o crescimento exponencial da população carcerária no Brasil, aliado às transformações do conceito de cidadania, recomendam a adoção de uma

⁵ A perda permanente do direito de voto é apenas uma das “punições invisíveis” (Travis, 2002) resultantes da condenação criminal nos Estados Unidos. Leis estaduais norte-americanas retiram de ex-condenados direitos típicos do *welfare state*, tais como financiamentos públicos para aquisição de imóvel próprio e acesso à educação subsidiada (Alexander, 2017; Travis, 2002). Os efeitos da condenação criminal, portanto, diminuem a proteção social dada pelo poder público à população em geral, agravando um quadro de exclusão social.

interpretação constitucional evolutiva que, alinhada às demandas dos novos tempos, auxilie na luta pelo reconhecimento de direitos de presos e condenados criminais.

3 PRINCIPAIS DISCURSOS JUSTIFICADORES DA RESTRIÇÃO AO VOTO E A DIMENSÃO DO PROBLEMA NO BRASIL

Embora a restrição do direito ao voto para presos e condenados criminais ainda goze de uma certa aceitação internacional, paradoxalmente é difícil encontrar na literatura especializada argumentos que a justifiquem. De modo geral, os discursos justificadores da negativa do voto ao condenado podem ser agrupados em duas categorias: discursos de ordem ética ou moral, que negam o *status* de “bom cidadão” a quem sofreu uma condenação criminal; e discursos contratualistas, segundo os quais o cometimento de um delito, por constituir uma afronta grave à ordem jurídica, violaria a vontade geral e o pacto social presentes em uma sociedade (Ferrarini, 2021).

Com relação aos argumentos de fundo ético ou moral, prevalecem opiniões no sentido de considerar o condenado criminal, por força da prática do crime, indigno ou moralmente inapto ao exercício da cidadania. Faltaria nele uma idoneidade cívica que o habilitasse a participar da vida pública. A pureza do processo eleitoral ficaria comprometida se fosse permitida a participação política do condenado; ele poderia, quiçá, praticar fraudes nas eleições ou interferir no processo de votação, dado seu comportamento antissocial (Manza; Uggen, 2008; Ferrarini, 2021). A fragilidade de tal linha argumentativa é patente. Primeiro, não há como determinar empiricamente o que seriam cidadãos dignos, éticos e morais, tratando-se claramente de um juízo subjetivo. Segundo, a imensa maioria dos crimes, à exceção óbvia dos delitos eleitorais, não possui qualquer relação com o processo de votação, sendo artificial o *link* sugerido entre a condenação criminal e um potencial perigo à integridade das eleições.

Por outro lado, em uma vertente contratualista, defende-se, com uma certa dose de julgamento moral, que aquele que optou por desobedecer às leis estabelecidas pelo “contrato social” perde o direito de participar das decisões políticas fundamentais da comunidade. Novamente, não é difícil responder criticamente a essa justificativa: a consequência essencial da violação do pacto social pelo autor de um crime deve ser a pena criminal, proporcional à gravidade do delito cometido. A restrição ao direito de voto acrescenta uma camada adicional de punição, violando a individualização da pena e excluindo o condenado criminal da cidadania de modo desproporcional. Trata-se de medida pouco razoável, especialmente em regimes democráticos que, de forma progressiva, buscam ampliar a participação popular nas decisões políticas relevantes, sendo a escolha dos representantes através do voto o principal instrumento da democracia.

A superficialidade e o anacronismo dos discursos justificadores da restrição ao voto evidenciam a necessidade de aprofundar o exame da condição social e jurídica dos condenados criminais. No Brasil, os dados oficiais mais recentes (Conselho Nacional de Justiça, 2022), atualizados até julho de 2022, revelam a existência de 1.345.332 processos de execução penal em trâmite no país, sendo

que 784.890 tratam de penas privativas de liberdade.⁶ Cerca de 32% dos presos encontram-se em regime fechado; outros 68% já experimentam algum tipo de liberdade (regimes semiaberto e aberto). Além disso, 287.394 processos de execução penal constituem condenações a penas alternativas (prestação de serviços comunitários, prestação pecuniária e limitação de final de semana). Há, ainda, 9.554 sentenciados a cumprimento de suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal) e 132,074 sentenciados a cumprimento de livramento condicional (art. 83 do CP). Todo esse quantitativo de indivíduos - e não apenas os presos - se encontra excluído do cadastro de eleitores, destituídos da participação na vida democrática.

A situação dos presos provisórios também merece atenção. Até dezembro de 2021, os presos provisórios totalizavam 196.830 pessoas, o que representa cerca de 30% de toda a população carcerária do país, de acordo com dados públicos oficiais (Departamento Penitenciário Nacional, 2022). Os presos provisórios não são proibidos de votar. A Constituição brasileira de 1988 não lhes nega o direito ao voto. A Justiça Eleitoral tenta instalar seções eleitorais especiais no interior de estabelecimentos prisionais para que os presos provisórios tenham a oportunidade de participar de eleições. Mas, por razões diversas, dificilmente eles conseguem votar. Nas eleições de 2020, por exemplo, estimou-se que apenas 1% do total de presos provisórios exerceu seu direito ao voto (Siemsen, 2021).

Nas próximas partes deste artigo, será adotado, como referencial teórico, a teoria social de Axel Honneth (2001, 2009) e seus conceitos de reconhecimento e invisibilidade, o que nos permitirá construir a ideia de *invisibilidade social*, caracterizadora do *status* de presos e condenados criminais nas sociedades modernas em todo o mundo e, seguramente, também no Brasil.

4 RECONHECIMENTO E INVISIBILIDADE NO PENSAMENTO DE AXEL HONNETH

Representante da terceira geração da chamada Escola de Frankfurt e, portanto, adepto da teoria social crítica, Axel Honneth escreveu, em 1992, sua famosa obra, *Kampf um Anerkennung*, publicada no Brasil sob o título "Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais". A teoria social de Honneth contribuiu significativamente para a compreensão dos processos de mudança social e da evolução da sociedade. Para tanto, seus conceitos-chave são reconhecimento e desrespeito nas relações intersubjetivas.

Por certo, outros pensadores, como Taylor (1994) e Fraser (1995, 1998), também se dedicaram ao tema do reconhecimento na sociologia e na teoria política contemporânea. Inúmeros problemas sociais concretos, como os desafios do multiculturalismo na educação, a definição dos direitos de minorias étnicas e sexuais e as reivindicações por autodeterminação nacional revelam a importância do tema do reconhecimento (Amadeo, 2017). A análise conjunta de suas obras, particularmente de Honneth e Fraser, fornece importantes subsídios para o estudo de conflitos reais da sociedade, como o que envolve as demandas concretas de

⁶Os números, todavia, devem ser significativamente maiores, pois não incluem os processos do Tribunal de Justiça de São Paulo, o maior do país.

reconhecimento (de tipo cultural) e de redistribuição (de tipo econômico). Não se está diante de problema simples; o próprio conceito de justiça social dependerá da forma como são conciliadas ambas as reivindicações. O presente estudo, no entanto, não tem a pretensão de examinar criticamente tais referências teóricas, nem mesmo todos os desdobramentos do pensamento de Taylor, Honneth e Fraser. O objetivo deste trabalho é lançar um novo olhar para a questão da negação do direito ao voto aos condenados criminais, a partir do marco teórico de Axel Honneth e de seus conceitos de reconhecimento e invisibilidade (2001, 2009).

Em linhas gerais, Honneth retoma a ideia da filosofia moral hegeliana, que atribui os conflitos sociais a impulsos morais causados por lesões nas relações recíprocas de reconhecimento. Contudo, ele desenvolveu uma tese própria sobre reconhecimento, identidade e desrespeito, sustentando-a empiricamente na psicologia social de George Mead. Interessava a Honneth investigar, em síntese, se é possível atribuir às formas de reconhecimento recíproco experiências correspondentes de desrespeito social, e, além disso, se há demonstração empírica sobre se tais formas de desrespeito social servem de fonte motivacional para conflitos sociais.

No presente estudo, defendemos a utilidade analítica dos conceitos de reconhecimento e autorrespeito, presentes na tese sociológica de Honneth, na compreensão da situação de dupla invisibilidade, social e jurídica, vivida pelos presos e condenados criminais. Questão mais complexa é a da possibilidade de que a experiência de desrespeito ante a denegação do direito à participação política pelo voto constitua uma força moral impulsionadora de mudança na sociedade. Apontaremos dificuldades específicas de indivíduos que foram condenados criminalmente na luta pelo reconhecimento descrita por Honneth, destacando um verdadeiro paradoxo que envolve a questão identitária de tal grupo social.

Algumas das premissas psicológicas da construção teórica de Honneth derivam de Hegel e de Mead: primeiro, a identidade de um indivíduo forma-se a partir de suas experiências intersubjetivas de reconhecimento; segundo, o reconhecimento em uma coletividade é essencial também para a aquisição da consciência do próprio valor, ou seja, o autorrespeito. Este último refere-se à “atitude positiva para consigo mesmo que um indivíduo pode adotar quando reconhecido pelos membros de sua coletividade como um determinado gênero de pessoa” (Honneth, 2009, p. 137).

A partir de tais premissas, Honneth desenvolve o tema dos três diferentes padrões de reconhecimento recíproco: o amor, o direito e a solidariedade. Para os fins do presente estudo, o reconhecimento jurídico adquire especial importância. Para Honneth (2009, p. 179), toda relação jurídica é uma forma de reconhecimento mútuo, na medida em que “(...) só podemos chegar a uma compreensão de nós mesmos como portadores de direitos quando possuímos, inversamente, um saber sobre quais obrigações temos de observar em face do outro”. Compreender-se como pessoa de direito significa estar seguro de que os demais indivíduos cumprirão certas pretensões individuais.

De modo interessante, Honneth traça uma breve historiografia dos direitos individuais, atribuindo à passagem para a “modernidade” a nova feição do reconhecimento jurídico: se, antes, os direitos individuais eram ligados aos papéis sociais de cada indivíduo e, assim, à respectiva estima que cada um goza

dentro da coletividade, atualmente a ideia de “direito” vincula-se diretamente à qualidade de todo homem como ser livre, em razão da “propriedade universal que faz dele uma pessoa” (Honneth, 2009, p. 187). Reconhecimento jurídico, portanto, supõe igualdade.

A questão da igualdade, aliás, explica um outro desenvolvimento histórico significativo: a ampliação dos sujeitos de direito ou a expansão do reconhecimento jurídico. Como afirma Honneth (2009, p. 194), “(...) a relação jurídica é universalizada no sentido de que são adjudicados a um círculo crescente de grupos, até então excluídos ou desfavorecidos, os mesmos direitos que a todos os demais membros da sociedade”. Não se trata de um processo histórico isento de obstáculos, contudo. A expansão do *status* de portador de direitos, ou seja, a ampliação tanto do conteúdo material (mais direitos) como do alcance social (mais pessoas) das relações jurídicas, ocorre, de forma contínua, através de experiências de reconhecimento denegado e desrespeito, que se atenuam à medida que os direitos são universalizados. As relações jurídicas, portanto, constituem um espaço para a luta por reconhecimento.

Se o reconhecimento jurídico tem relação direta com a conquista do autorrespeito, fica fácil entender por que, para Honneth, o estudo das formas de desrespeito é tão essencial. Segundo ele, mesmo no nível do senso comum, isto é, na linguagem cotidiana, conceitos negativos como “ofensa” ou “rebaixamento” se referem a formas de desrespeito, ou seja, formas de “reconhecimento recusado”. Trata-se de “comportamento lesivo pelo qual as pessoas são feridas numa compreensão positiva de si mesmas, que elas adquiriram de maneira intersubjetiva” (Honneth, 2009, p. 213). E, para Honneth (2009, p. 214), a experiência de desrespeito traz consigo “o perigo de uma lesão, capaz de desmoronar a identidade da pessoa inteira”.

Tornou-se famosa a formulação de Honneth segundo a qual aos três tipos de reconhecimento - amor, direito e solidariedade - correspondem outros tantos modos de desrespeito. Quanto ao mundo dos direitos, uma das experiências de rebaixamento capazes de afetar o autorrespeito moral de um indivíduo se refere “aos modos de desrespeito pessoal, infligidos a um sujeito pelo fato de ele permanecer estruturalmente excluído da posse de determinados direitos no interior de uma sociedade” (Honneth, 2009, p. 216). Esse tipo de desrespeito, que significa uma privação coletiva de direitos e exclusão social, Honneth caracteriza metaforicamente como “morte social” (Honneth, 2009, p.218).

A partir do conceito fundamental de reconhecimento, Honneth pôde desenvolver algumas ideias provocativas sobre invisibilidade, compreendida não em um sentido literal, mas sim figurativo ou metafórico. Definindo-a como uma espécie de não existência em um sentido social, Honneth (2001) explica que a compreensão do fenômeno da invisibilidade passa pelos conceitos de percepção e expressão nas interações intersubjetivas. Assim, “tornar alguém visível” não significa apenas o ato cognitivo de identificação individual através de expressões públicas, como ações, gestos e expressões faciais. É preciso um reconhecimento afirmativo adequado ao relacionamento entre as pessoas envolvidas, uma forma de expressão empática. A falta deste tipo qualificado de reconhecimento é interpretada como sinal de invisibilidade e humilhação. “Tornar visível”, portanto, constitui uma forma elementar de reconhecimento. Nesse sentido, reconhecer implica dar “validade social” ou “confirmação social” a alguém. Validade social representa o aspecto moral do reconhecimento (Honneth, 2001).

O que poderíamos denominar, assim, “invisibilidade social” (Honneth, 2001, p. 115) representaria uma forma grave de desrespeito moral. Já podemos concluir que a denegação de determinados direitos em uma sociedade e, com ela, a ausência de reconhecimento jurídico, além de minar a desejável igualdade de posições dos indivíduos em uma coletividade, retira destes mesmos indivíduos ou de grupos inteiros marginalizados sua imputabilidade moral, sua visibilidade e, seguramente, sua dignidade. Sem dúvida, a condição de invisibilidade social, ocasionada pelo reconhecimento denegado de direitos e pelas experiências de desrespeito, é vivenciada pelo grupo social objeto de nossa investigação, qual seja, os presos e condenados criminais.

5 AUSÊNCIA DE RECONHECIMENTO E DESRESPEITO COMO FORÇAS MORAIS NO PROCESSO DE MUDANÇA SOCIAL: DIFICULDADES ESPECÍFICAS DOS PRESOS E CONDENADOS CRIMINAIS

A compreensão da dimensão intersubjetiva do reconhecimento e do autorrespeito e, conseqüentemente, do elemento psíquico que surge da vivência individual do reconhecimento denegado e do desrespeito, permitiu que Honneth desenvolvesse sua tese fundamental: os conflitos e lutas sociais por reconhecimento constituem a “força estruturante na evolução moral da sociedade” (Honneth, 2009, p. 156). As transformações da sociedade, segundo Honneth, resultam das lutas moralmente motivadas de grupos sociais e sua tentativa de conquistar esferas ampliadas de reconhecimento. Os protestos do movimento negro por direitos civis nos Estados Unidos nos anos 1950 e 1960, motivados pela tolerância de setores da sociedade ao “subprivilégio jurídico” (Honneth, 2009, p. 198), são um exemplo prático da teoria social honnethiana.

Honneth procura analisar como a experiência de desrespeito, que ocorre no plano psíquico, pode constituir a base motivacional afetiva para uma luta por reconhecimento. Em outros termos, investiga como as pessoas passam do mero sofrimento à ação ativa no mundo real. Reações emocionais negativas, como a vergonha, a humilhação, a ira e o desprezo compõem os sintomas psíquicos através dos quais o indivíduo compreende que o reconhecimento social lhe é denegado injustificadamente (Honneth, 2009).

Nem sempre, contudo, a experiência negativa do desrespeito levará o indivíduo ou o grupo à ação efetiva, senão quando algumas condições estiverem empiricamente preenchidas. A capacidade de transformação do sentimento de vergonha social em “convicção política e moral” (Honneth, 2009, p. 224) sofre condicionantes políticas e culturais. Honneth (2009, p. 224) não desenvolve essa asserção, limitando-se, em uma dada passagem, a indicar o poder de articulação dos movimentos sociais como condição para a resistência política. No escopo do presente estudo, podemos investigar brevemente as dificuldades e os obstáculos enfrentados pelos presos e condenados criminais na luta pelo reconhecimento do direito político ao voto. Tal esforço exige uma reflexão possivelmente inédita sobre a questão do reconhecimento denegado e da formação de uma identidade própria desse grupo de indivíduos.

De fato, podemos apontar dois principais entraves à mudança do *status* político de presos e condenados criminais, historicamente excluídos do corpo de eleitores no Brasil e em diversos países do mundo: (i) a dificuldade estrutural de tais indivíduos de se organizarem como grupo identificado por sua condição e apto a lutar por seu reconhecimento; e (ii) a própria questão da identidade como grupo, pois, diferentemente de outros grupos ou movimentos sociais (negros, mulheres, LGBTQIA+, dentre outros), os condenados não parecem desejar uma identidade própria; sua luta é pela manutenção da identidade anterior ao processo criminal e ao cumprimento da pena. Esse último ponto revela-se especialmente complexo, na medida em que, no estágio atual de desenvolvimento da sociedade, a identificação de um indivíduo como preso ou condenado traz consigo uma inegável carga de estigma social (Goffman, 1963), que já foi referida como “punições invisíveis” (Travis, 2002, p.15), “calamidades colaterais” (Barkow, 2021, p. 88) ou “dilema de Jean Valjean” (Harding, 2003, p.571) em alusão ao protagonista da célebre obra de Victor Hugo.

Com relação ao entrave político (i), é importante perceber que, apesar de todo indivíduo ter constitucionalmente assegurada sua liberdade de associação, direito este exposto no art. 5º, inciso XVII, da Constituição Federal (Brasil, 1988), parece pouco provável que tal direito seja reconhecido dentro da prisão. Novamente, assim como na questão central do voto, a negação de um direito inviabiliza a mobilização coletiva de presos e condenados criminais em geral na luta por reconhecimento.

Por outro lado, quanto ao problema identitário (ii), alguns estudos sociológicos, desde a tradição iniciada por Sykes (2007), abordam a questão da perda da confiança da sociedade, do *status* de cidadão e do respeito próprio como resultado da experiência do cárcere sob a ótica das “dores do aprisionamento” (Sykes, 2007, p. 63). Não só a autoimagem do preso, mas sua identidade inteira sofre danos na prisão. A psicologia social e a sociologia relatam que pessoas presas experimentam processos de “prisionalização” e desindividualização, assimilando costumes, valores e regras do ambiente prisional e adquirindo rótulos e conceitos negativos sobre si mesmas (Barcinski; Cúnico, 2014; Gonçalves; Gonçalves, 2012; Wilson, 1974). Ademais, sabe-se que indivíduos em privação de liberdade desenvolvem estratégias pessoais visando a lidar com diversos aspectos da experiência do encarceramento (*coping*), tais como a perda da autonomia, a solidão, a falta de privacidade, a violência e até mesmo o envelhecimento. Formas de adaptação incluem o aprendizado de novos padrões de comportamento, o desenvolvimento de uma linguagem própria e, em termos psicológicos, a luta para manutenção do *self* individual (Crawley; Sparks, 2011; Einat, 2011; Guimarães; Meneghel; Oliveira, 2006; Liebling; Maruna, 2011; Resende, 2013; Sykes, 2007). Mesmo após recuperarem a liberdade, os condenados se deparam com dificuldades na vida pessoal e profissional que exigem o desenvolvimento de uma nova *persona* socialmente aceitável como estratégia, por exemplo, no mercado de trabalho (Harding, 2003).

O grupo social objeto de nosso estudo, portanto, sofre um processo de perda da identidade durante o cumprimento da pena - de prisão -, buscando recuperá-la em liberdade. Porém, os desafios impostos pelo retorno ao convívio comunitário, sobretudo em virtude do estigma, muitas vezes impõem a construção

de novas identidades que possam ser aceitas pelo restante da sociedade. Essa é uma conclusão importante, pois, diferentemente de outros grupos ou movimentos sociais politicamente articulados, os condenados criminais evitam assumir esse rótulo como parte de suas identidades pós-encarceramento. Estabelece-se, assim, uma condicionante negativa à luta por reconhecimento no sentido honnethiano, como vimos sustentando.

Após termos investigado diversos aspectos da condição social e jurídica de presos e condenados criminais no Brasil, inclusive as questões do reconhecimento e da (des)construção da identidade de tais indivíduos, à luz do pensamento de Axel Honneth, avançamos no próximo tópico em outra direção, examinando a utilidade do conceito de cidadania para melhor compreensão da importância da identidade política em sistemas democráticos, como o brasileiro.

6 A CIDADANIA COMO REQUISITO PARA CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE POLÍTICA (DE INDIVÍDUOS E DE COLETIVIDADES)

Cidadania é um conceito polissêmico (Abowitz; Harnish, 2006; Clemente, 2020), utilizado com múltiplos sentidos e diferentes intenções (Dagnino, 2004). Desde o final da década de 1940, com a obra clássica de T.H. Marshall, a cidadania tem sido conceitualizada como um *status* legal, uma condição jurídica que dota os indivíduos, supostamente em igualdade de condições, de determinados direitos perante o Estado. Em tal concepção, a luta pela cidadania é tradicionalmente definida como um processo de progressiva inclusão ou “universalização” da cidadania (Marshall; Bottomore, 2021).

De fato, ganhou notoriedade a definição de cidadania em Marshall, composta de três aspectos ou elementos: civil, político e social. A cidadania abrangeria a posse e o gozo dos direitos necessários à liberdade individual (direitos civis), à participação no exercício do poder político (direitos políticos) e ao usufruto de um mínimo de bem-estar e segurança econômicos (direitos sociais). Também se tornou famosa a trajetória histórica da ideia de cidadania na Inglaterra traçada por Marshall, como uma progressiva e contínua expansão do rol de direitos reconhecidos aos homens, iniciando pelos direitos civis, seguindo-se os direitos políticos e, finalmente, alcançando os direitos sociais. Assim, a cidadania poderia ser definida como “*status* outorgado àqueles que são membros plenos de uma comunidade” (Marshall; Bottomore, 2021, p. 42). Ser portador das três espécies de direitos, portanto, caracterizaria uma “cidadania ideal” (Marshall; Bottomore, 2021, p. 42). Cidadão seria aquele que detém plenamente a titularidade de direitos, o que talvez seja um ideal normativo inatingível na maioria das sociedades (Carvalho, 2021), mas sem dúvida possui força para gerar mobilização em favor da ideia de cidadania (Botelho; Schwarcz, 2012).

A concepção marshalliana de cidadania traz em si uma pretensão de generalização, que, embora tenha sido historicamente fundamental para a ampliação de direitos, não convive bem com a complexidade e o pluralismo das sociedades contemporâneas. Realmente, a teoria clássica de Marshall sofre inúmeras críticas, sendo a primeira delas relacionada ao fato de que a trajetória histórica da cidadania narrada por ele foi limitada a um único país, no caso a Inglaterra, ao passo que cada país tem sua própria história de evolução do conceito (Isin; Turner, 2007),

inclusive o Brasil (Botelho; Schwarcz, 2012; Carvalho, 2021). Indubitavelmente, o conceito de cidadania sofre alterações ao longo do tempo, inclusive dentro de um mesmo país. Muda a abertura, maior ou menor, do estatuto do cidadão para sua população, como, por exemplo, na questão da incorporação dos imigrantes à cidadania. O grau de participação política de diferentes grupos, como mulheres e analfabetos, dentre outros, também varia historicamente. Por fim, o nível de proteção social oferecida pelo Estado aos mais necessitados, ou seja, os direitos sociais, dificilmente se mantém imutável (Pinsky, 2021).

Mais importante, contudo, é a crítica referente às transformações em uma sociedade cada vez mais plural. O conceito marshalliano de cidadão não consegue acomodar a diversidade social e cultural crescente das sociedades modernas, dando ênfase exclusiva à cidadania social (Isin; Turner, 2007) e, conseqüentemente, ignorando questões relacionadas ao reconhecimento das diferentes identidades (Kymlicka; Norman, 1994). Marshall teria negligenciado gênero, raça e etnia em suas formulações (Isin; Turner, 2007).

No campo acadêmico, inúmeras mudanças sociais ocorridas a partir da década de 1990 causaram impacto nos estudos sobre cidadania: o fim do comunismo e a globalização econômica (Abowitz; Harnish, 2006); o ressurgimento de movimentos nacionalistas no Leste Europeu, o aumento do multiculturalismo na Europa Ocidental e o neoliberalismo inglês sob o governo de Thatcher (Kymlicka; Norman, 1994); questões sociais complexas como imigração, povos aborígenes, refugiados, justiça ambiental e o direito à moradia (Isin; Turner, 2007). No Brasil, todas as transformações sociais pelas quais passava o mundo justificaram a alusão a uma “nova noção de cidadania” (Dagnino, 2004).

Paralelamente, o trabalho acadêmico de autores como Axel Honneth, ao desenvolverem uma teoria do reconhecimento que serve de base conceitual para diversas novas demandas sociais, coloca em posição central a questão da identidade na evolução social e na teoria política contemporânea. A partir deste referencial teórico, é possível defendermos uma noção mais ampla de cidadania, encarada não como mero *status* legal, mas como verdadeira identidade (política). Podemos afirmar, assim, que a condição de sujeito de direito, isto é, o reconhecimento jurídico é um dos requisitos da cidadania, mas não o único: a cidadania passa por um processo de construção de identidades, tanto nas relações intersubjetivas como na relação entre cada indivíduo e a ordem jurídica vigente. Em outras palavras, a cidadania possui um aspecto objetivo, consistente no reconhecimento de direitos, e um aspecto subjetivo, psíquico, consubstanciado na formação da identidade política dos indivíduos e, quiçá, de coletividades/sociedades.

Entendida dessa forma, a cidadania não se esgota na definição e nos limites do *status* legal, passando a ser compreendida como uma autêntica forma de identificação ou “um tipo de identidade política” (Mouffe, 1997, p. 63).

Nas ciências sociais brasileiras, Botelho e Schwarcz (2012) já defenderam que a cidadania é uma identidade política construída dentro de uma sociedade, ou uma “identidade social politizada”. Para eles, “a extensão dos direitos da cidadania democrática deve ser pensada como resultados possíveis das contendas concretas de grupos sociais, e que essas contendas são, por sua vez, fontes poderosas de identificação intersubjetiva e reconhecimento entre as pessoas” (Botelho; Schwarcz, 2012, p. 12-13). Cidadania e identidade, portanto, são conceitos complementares.

A negativa do direito ao voto aos presos e condenados criminais, ao retirar de tais indivíduos a possibilidade de participarem da vida pública, elegendo seus representantes, significa a denegação da própria cidadania. A tais indivíduos, portanto, não é apenas denegado o *status* legal de cidadãos; sua cidadania é inteiramente esvaziada, afetando-se, psiquicamente, a formação da identidade política de tais grupos sociais. Em sociedades democráticas, nas quais a participação no sufrágio costuma ser vivida como um direito fundamental em progressiva expansão, a exclusão do corpo de eleitores em razão de condenação criminal configura verdadeira política pública invisibilizadora de um grupo de cidadãos, que perpetua as injustiças e o sofrimento a eles infligidos pela ausência de reconhecimento.

Nesse ponto, vale ressaltar que a concepção de cidadania por nós adotada é mais ampla, por exemplo, que a famosa proposição de Hannah Arendt, que, a partir de uma preocupação inteiramente distinta - a negação da própria humanidade por regimes totalitários como o nazismo -, definia cidadania como “direito a ter direitos” (Arendt, 1989, p. 332). Embora a tese arendtiana também abranja a noção de pertencimento do indivíduo a uma comunidade política, disso decorrendo um certo *status* jurídico, não há no pensamento de Arendt qualquer correlação entre o problema da ausência de reconhecimento legal e a questão da identidade, como em Axel Honneth. A cidadania arendtiana, por outro lado, tem sido especialmente útil em discussões envolvendo, por exemplo, os direitos humanos no plano global (Lafer, 1988).

7 O PAPEL DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NA LUTA PELO RECONHECIMENTO DA CIDADANIA PLENA DOS CONDENADOS CRIMINAIS

Pode não ser tarefa simples interpretar a Constituição em uma sociedade progressivamente complexa e plural. Ninguém deve imaginar que a Constituição seja um texto perfeito, que contém regras claras e isentas de contradições e ambiguidades, capazes de regular as vidas de todos os cidadãos da atual e das próximas gerações. Assim como a sociedade evolui, a leitura da Constituição também deve evoluir, para responder à nova realidade social.

Na tradição jurídica da *common law*, mais particularmente nos Estados Unidos da América, essa ideia de adaptação da Constituição às mudanças sociais encontra-se presente na noção de *living constitution*. Utilizada pioneiramente pelo juiz da Suprema Corte norte-americana Oliver Wendell Holmes no julgamento do caso *Missouri v. Holland*, em 1920, a ideia de “Constituição viva” pressupõe uma autorização dada pelos *framers* para que as futuras gerações interpretem o texto constitucional de maneira adequada às novas condições de vida (Rehnquist, 2006). Há, todavia, um intenso debate entre “originalistas” e “evolucionistas”: para o originalismo, a leitura da Constituição deve ser literal (textualista), atentando para o significado original das regras criadas pelos *founding fathers* ou por sua intenção original (*original intent*); por sua vez, evolucionistas (ou não originalistas) defendem que a interpretação da Constituição possa mudar com o passar do tempo, adaptando-se a novas realidades. O significado do texto constitucional seria construído paulatinamente, fruto de precedentes jurisprudenciais. Diferentemente

da abordagem originalista, que somente aceita alterações formais da Constituição, a visão evolucionista admite a legitimidade da chamada “mudança constitucional” (Murphy *et al.*, 2008, p. 425). As emendas formais à Constituição dos Estados Unidos contariam apenas uma parte pequena da história constitucional daquele país, sendo importante conhecer os precedentes jurisprudenciais de interpretação do texto constitucional (Ackermann, 2007).⁷

No plano internacional, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos adotou perspectiva similar, vindo a considerar a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) como um *living document*. Desde o famoso precedente *Tyler v. Reino Unido*, em 1978, a Corte de Estrasburgo vem interpretando de modo dinâmico os direitos consagrados na CEDH, “à luz das condições dos dias atuais” (Grover, 2020; Letsas, 2013). A atividade criativa do tribunal é vista como forma mais efetiva de proteção dos direitos dos cidadãos europeus (Mowbray, 2005; Theil, 2017).

No Brasil e, de modo geral, nos países que seguem a tradição jurídica romano-germânica, as doutrinas da Constituição dos Estados Unidos e da CEDH como “documentos vivos” ganham contornos distintos. Fala-se, mais propriamente, em interpretação constitucional *evolutiva*.

Em nosso estudo, adotamos, para fins de interpretação da restrição constitucional do direito de voto aos presos e condenados criminais, a “teoria estruturante do Direito”, de Friedrich Müller. Em comparação aos modelos da *living constitution* e do *living instrument*, a teoria de Müller apresenta duas grandes vantagens: (i) não se trata apenas de uma teoria sobre interpretação jurídica, mas uma autêntica teoria legal, de cunho pós-positivista (Adeodato, 2012; Pedra, 2020; Pedron; Ommati, 2022), segundo a qual a norma não é um “comando pronto” (Müller, 2008, p. 192), sendo o resultado da atividade interpretativa de textos normativos; e (ii) ela fornece uma metodologia razoavelmente bem definida para a aplicação da norma e do Direito, através do processo de concretização, que é, na verdade, um processo de “produção de uma norma jurídica no marco da solução de um caso determinado” (Pedra, 2020, p. 66).

Müller diferencia texto e norma. Para ele, o texto normativo é apenas a “forma linguística de uma norma” (Müller, 2008, p. 192). O teor literal de uma prescrição normativa é, portanto, apenas a “ponta do *iceberg*” (Müller, 2005, p. 38) ou um ponto de partida para a interpretação de que resultará a construção da norma (Grau, 2021; Pedra, 2020). Um texto normativo precisa de interpretação independentemente de ser destituído de clareza, mas, sobretudo, porque deve ser aplicado a um caso, real ou fictício (Müller, 2005). Aliás, como explica Pedra (2020, p. 7), “(...) a suposta clareza não é uma propriedade do texto, mas fruto da interpretação. Ou seja, até para se afirmar que um enunciado normativo é claro

⁷ É interessante perceber que a discussão entre originalistas e não originalistas faz sentido nos Estados Unidos, onde a Constituição é, do ponto de vista formal, a mesma desde o século XVIII, apesar de ter sofrido algumas poucas emendas. Parece razoável a pretensão de constitucionalistas como Bruce Ackermann, que defende uma espécie de “atualização” da Constituição para o século XXI, que leve em consideração toda a trajetória histórica da sociedade norte-americana desde o trabalho dos *founding fathers* até os dias atuais (Ackermann, 2007). No Brasil, a vigente Constituição remonta a 1988, o que não elimina, todavia, a necessidade de interpretar seus comandos à luz das mudanças sociais de cada momento histórico.

faz-se necessário interpretá-lo". É a interpretação que propicia a construção do sentido da norma.

Na visão de Müller, a atividade interpretativa ocorre sempre em um dado contexto, o que implica a importância essencial da realidade na construção da norma jurídica. Assim, "(...) o texto e a realidade estão em constante inter-relação" (Adeodato, 2012, p. 272), ou ainda, "não há texto sem contexto" (Pedra, 2020, p. 27). É essa íntima relação entre norma e realidade que justifica uma interpretação evolutiva do ordenamento jurídico e, sobretudo, da Constituição. Os sentidos da Constituição vão mudando com o tempo, adaptando-se às mudanças ocorridas na sociedade. Nas palavras de Pérez Luño (1984, p. 94), "a interpretação não se realiza no vazio, pois se trata de uma atividade contextualizada, isto é, leva-se a cabo em condições determinadas social e historicamente".

A partir dessas conceituações iniciais, Müller desenvolve dois aspectos inovadores de sua tese: a) a estrutura da norma jurídica, inclusive a constitucional, compreende não apenas o texto (elemento linguístico), chamado de "programa normativo", abrangendo também os dados da realidade (elemento empírico), ou, para Müller, o chamado "âmbito normativo"; por fim, a "norma de decisão" seria o somatório do programa e do âmbito normativo (Müller, 2005, 2008; Pedra, 2020); e b) a aplicação/interpretação do Direito consiste em um processo de concretização normativa, crucial para a chamada "metódica estruturante" de Müller (2005, 2008).

O programa normativo representa a análise do texto normativo, compreendendo a dicção literal do enunciado como "ponto de partida" (Müller, 2005, p. 205), mas também outros elementos ligados a modos de interpretação tradicionais, como a genética, a história, a sistemática e a teleologia do texto (Hesse, 1998; Pedra, 2020). Há alguma identificação entre tais elementos e aqueles utilizados para a interpretação da Constituição dos Estados Unidos, como a "estrutura constitucional", a história e os valores da nação (Tribe, 2000). Já o âmbito normativo abrange os dados da realidade, os "fatos da vida concretos" (Hesse, 1998, p. 65) ou "elementos fáticos do caso" (Pedron; Ommati, 2022); é um "recorte da realidade social" (Müller, 2005, p. 42), parte componente da norma. A articulação das duas dimensões - programa e âmbito normativo - resulta na norma de decisão, como resultado da atividade de interpretação/aplicação do Direito e da constituição. Partindo necessariamente do enunciado literal e chegando à norma de decisão, o intérprete conclui a concretização normativa, que, portanto, significa um "caminhar do texto da norma para a norma concreta" (Pedra, 2020, p. 82).

No campo específico da interpretação constitucional, a integração do texto normativo e seu contexto social, variável no tempo e distinto em cada país, permite a construção de uma "Constituição viva", cujo conteúdo precisa ser, necessariamente, interpretado de forma evolutiva (Pérez Luño, 1984). O dinamismo de uma interpretação evolutiva é responsável pela manutenção da "força normativa da Constituição" (Hesse, 1991, p. 23).

A partir da metodologia desenvolvida por Müller, sugerimos uma interpretação democrática da regra presente no artigo 15 da Constituição de 1988, reunindo, na concretização do comando constitucional, elementos relacionados à evolução do próprio texto normativo e do contexto fático vivido pela sociedade brasileira. Não se trata, é verdade, de abordagem inédita. A aplicação da metódica

estruturante na interpretação da Constituição no campo dos direitos políticos já foi desenvolvida por Pedra (2011), em exame à questão da inelegibilidade do analfabeto no contexto brasileiro. De modo distinto, nossa análise sobre a questão do direito de voto de presos e condenados criminais abordará: (i) quanto ao texto (programa normativo): i.1) a dicção literal do artigo 15 da Constituição vigente; e i.2) a evolução do texto constitucional, com clara ampliação do estatuto jurídico da cidadania e seus reflexos nos direitos políticos; e (ii) quanto ao contexto (âmbito normativo): ii.1) as mudanças no conceito e na experiência social da cidadania, à luz da ideia de “luta por reconhecimento” (Honneth, 2009); e ii.2) a crescente expansão da justiça criminal no Brasil (e do encarceramento), que põe em risco a participação política de um número cada vez maior de pessoas.

A primeira etapa de nossa empreitada, consistente na delimitação do programa normativo, envolve a literalidade do enunciado constitucional, que deve ser sempre o ponto de partida e limite de interpretação ou “fronteira de concretização permitida” (Müller, 2008, p. 205). Com efeito, o artigo 15 do atual texto constitucional possui a seguinte redação: “É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: (...) III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos” (Brasil, 1988). Importante observar que a Constituição vigente adotou a expressão “cassação de direitos políticos”, e não *dos* direitos políticos, como em todas as constituições anteriores. O uso da partícula “de”, e não “dos”, permite compreender que a condenação criminal transitada em julgado suspenderia alguns direitos políticos - caberia à própria Constituição ou à legislação comum especificar quais direitos -, mas não a totalidade deles. Deste modo, o voto poderia ser legitimamente assegurado mesmo na vigência de uma sentença criminal condenatória.

Saindo da mera dicção literal do próprio artigo 15, que trata apenas da questão da restrição (perda ou suspensão) de direitos políticos, também é necessário perceber que, no atual texto constitucional, não há regra expressa excluindo do alistamento eleitoral ou do voto os condenados criminais, como nas constituições brasileiras de 1824, 1934, 1937, 1946 e 1967. Com efeito, o artigo 14, § 2º, da Constituição de 1988 proíbe de se alistarem, como eleitores, apenas os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos (Brasil, 1988). Em uma interpretação sistemática da Constituição, que também integra a fase de delimitação do programa normativo (Pedra, 2020), se o alistamento eleitoral é possível mesmo após uma condenação criminal, a conclusão lógica diz que o voto não é um dos direitos políticos suspensos por força da regra do artigo 15 da Constituição Federal.

Ainda quanto ao texto normativo, um exame das Constituições brasileiras revela que a própria noção de cidadania e seus efeitos sobre os direitos políticos passa por um processo contínuo e progressivo de ampliação, tanto subjetivamente (quanto a seus beneficiários) como de um ponto de vista objetivo (quanto a seu conteúdo). No primeiro caso, o universo de brasileiros com direito reconhecido à participação nas eleições, isto é, o corpo nacional de eleitores, cresceu significativamente, abandonando o sufrágio censitário da época do Império (previsto no artigo 92, inciso V da Constituição de 1824) e passando a incluir as mulheres (ampliação esta que foi disposta, pela primeira vez, no art. 108 da Constituição de 1934) e os analfabetos (incluídos no rol de eleitores pelo art. 14, § 1º, II, “a” da Constituição

de 1988). O critério etário para o exercício do direito ao voto também mudou: a idade mínima era 25 anos na Constituição de 1824 (art. 92, I); passou para 21 anos, no texto constitucional de 1891 (art. 70); depois para 18 anos, na Constituição de 1934 (art. 108); e finalmente se tornando 16 anos, na atual Lei Maior (art. 14, § 1º, II, "c").

Sob a ótica do conteúdo da cidadania, sabe-se que os direitos políticos também incorporaram, de forma progressiva, novos instrumentos à disposição dos cidadãos para o exercício da soberania popular e a fiscalização dos atos de seus representantes. Além do sufrágio, essencial para a democracia representativa, algumas poucas Constituições brasileiras históricas estabeleceram, de modo episódico, plebiscitos e referendos para temas específicos (art. 5º, parágrafo único, art. 174, § 4º e art. 187, da Constituição de 1937; art. 2º da Constituição de 1946); coube ao hodierno texto constitucional, porém, mencionar expressamente o plebiscito e o referendo como formas diretas de participação popular na vida política em seu artigo 14 (Brasil, 1988). Também é possível, dentro de certos requisitos constitucionais (art. 61, *caput* e § 2º, da Constituição de 1988), que o processo de criação das leis tenha origem no corpo de cidadãos. Esse último direito surgiu apenas no escopo da Constituição de 1988. Por fim, a ação popular assegura a qualquer cidadão o direito de obter, por via judicial, a invalidação de atos ou contratos administrativos ilegais ou lesivos do patrimônio público. Presente em todos os textos constitucionais, à exceção de 1937, a ação popular atingiu seu ápice de desenvolvimento na atual Constituição (art. 5º, LXXIII), que assegura seu uso como forma de tutela não apenas do patrimônio público, mas também da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural (Brasil, 1988).

Assim, fica concluída a demarcação do programa da norma, na metodologia estruturante proposta por Müller, levando-se em conta sobretudo os elementos de interpretação gramatical (literal), histórico e sistemático.

Nossa proposta precisa avançar a uma segunda etapa, que busca construir a norma para além do simples texto normativo. Trata-se fase metodológica essencial para dar significado à Constituição, unindo-a à realidade de seu país. De fato, ir além do enunciado normativo (elemento linguístico), olhando para os dados sociais concretos (elemento empírico), parece ser a melhor maneira de "dar vida ao texto" (Pedra, 2020, p. 39).

Assim, podemos dizer que os seguintes dados concretos fazem parte do âmbito normativo do tratamento constitucional do direito de voto de presos e condenados criminais: a) a ampliação do significado social de cidadania, que passou de mero conceito jurídico, identificado com a titularidade de determinados direitos, para verdadeira identidade política, construída a partir de relações de reconhecimento recíproco, na linha do pensamento de Axel Honneth; e b) o fenômeno de expansão do alcance da justiça criminal e do encarceramento, afetando a cidadania de um grupo progressivamente maior de pessoas.

É inegável, quanto à evolução da ideia de cidadania, que a Constituição brasileira de 1988 avançou na enumeração de direitos de várias espécies (civis, políticos e sociais), indo na direção da cidadania plena de T. H. Marshall (Botelho; Schwarcz, 2012). Na esfera dos direitos à participação política, estendeu o sufrágio aos analfabetos, tradicionalmente excluídos, e aos jovens com idade entre dezesseis

e dezoito anos, em ambos os casos determinando ser facultativo o voto, e não obrigatório. Às mulheres já havia sido reconhecido esse direito desde 1934.⁸ Interpretar a Constituição de 1988, popularmente conhecida como “Constituição cidadã”, de modo a impedir a participação no sufrágio de condenados criminais, presos ou não, caminha na direção oposta da valorização da luta por reconhecimento de grupos sociais marginalizados. Esvazia-se por completo a própria cidadania de tais indivíduos, prejudicando-se, em sentido psíquico, a formação de sua identidade política. Especialmente em sociedades ditas democráticas, a exclusão do corpo de eleitores caracteriza-se como política pública invisibilizadora de um grupo de cidadãos, contrária à evolução da própria democracia.

Portanto, interpretar o texto constitucional de forma evolutiva, ampliando o sufrágio em direção à universalização, reconhecendo a identidade e a cidadania de presos e condenados criminais, é uma exigência da justiça e da democracia na sociedade brasileira atual.

Outro dado concreto indispensável em qualquer análise sobre a questão do tratamento dado pela Constituição brasileira aos direitos políticos de presos e condenados criminais é o que diz respeito ao tamanho da população carcerária no país. Segundo os dados oficiais mais recentes (Departamento Penitenciário Nacional, 2022), o número de presos no Brasil chega a 671.224, correspondendo a uma taxa de encarceramento de 312,42 presos por 100.000 habitantes. Em termos absolutos, o Brasil somente prende menos que os Estados Unidos da América e a China; proporcionalmente, o país fica atrás dos Estados Unidos e de outros 13 países, quase todos na América Central e no Caribe, de acordo com dados da *World Prison Population List* (Fair; Walmsley, 2021).

Além disso, como aponta Semer (2019), a quantidade de pessoas presas no Brasil cresceu exponencialmente a partir da década de 1990, coincidindo, de modo paradoxal, com a entrada em vigor da nova “Constituição cidadã”: de 1990 a 2014, a população prisional cresceu 575%, enquanto a população absoluta do país aumentou apenas 38% no mesmo período. Há inúmeros estudos criminológicos que buscam explicar os fatores causais do “grande encarceramento” (Semer, 2019): alguns adotam uma perspectiva preponderantemente socioeconômica, associando o hiperencarceramento ao capitalismo (De Giorgi, 2006; Melossi; Pavarini, 2010; Rusche; Kirchheimer, 2004) e, mais recentemente, ao neoliberalismo (Wacquant, 2007); outros, como Garland (2001), entendem o punitivismo como fenômeno cultural; há uma perspectiva institucional, que enxerga o aumento da repressão à criminalidade como instrumento de governo (Simon, 2007); por fim, nas últimas décadas, o aumento do encarceramento vem sendo fortemente associado à questão racial, em especial na chamada “guerra às drogas” (Alexander, 2017; Tonry, 2011). Independentemente da explicação causal, o fato é que a realidade mostra um crescimento excessivo da população carcerária no Brasil, o que significa dizer que existe hoje um universo cada vez maior de cidadãos que, além de cumprirem suas penas criminais, vivem excluídos da participação política, sem direito ao voto e, portanto, impossibilitados de exercer plenamente sua cidadania.

⁸ A verdade é que o Código Eleitoral de 1932 já conferia o direito de votar às mulheres.

A construção da norma constitucional que regula os direitos políticos de condenados criminais, com um correto entendimento acerca de seu programa e âmbito normativo a partir da metodologia estruturante de Friedrich Müller, permite chegar à conclusão de que, no atual momento constitucional brasileiro, não é mais possível entender que o direito ao voto é automaticamente suspenso em virtude de sentença penal condenatória.

CONCLUSÃO

A sociologia e outras disciplinas afins desenvolveram e utilizam os conceitos de reconhecimento e invisibilidade de Axel Honneth, expoente da Escola de Frankfurt. Dentro dos limites de nosso estudo, foi possível compreender a noção de “invisibilidade social” (Honneth, 2001, p. 115) como forma grave de desrespeito moral. A denegação de direitos básicos como o voto, essencial à democracia, abala a própria identidade de presos e condenados criminais em geral. A teoria social honnethiana, além de servir para um melhor entendimento dos processos psíquicos relacionados à experiência de desrespeito pela falta de reconhecimento (social e jurídico), também apresenta como propósito entender a força das mudanças em sociedade a partir do problema do reconhecimento. Importantes demandas por identidade têm avançado nas últimas décadas, tais como as lutas pelos direitos de negros, mulheres e da comunidade LGBTQIA+, dentre outros. No caso dos condenados criminais, entretanto, uma mudança social parece ser mais difícil de acontecer.

Dentro desse contexto social, a interpretação constitucional pode ter um papel relevante em permitir que tais indivíduos gozem de uma cidadania plena. Com efeito, é preciso ter em mente que a Constituição não é apenas um documento histórico, que possa ser aplicado de modo imutável ao longo do tempo. Ela precisa ser interpretada a todo momento, a fim de que seja efetivamente vivida por todos os seus cidadãos. Em sociedades democráticas, a interpretação constitucional precisa ser igualmente democrática: no campo específico dos direitos políticos, a participação na vida pública deve ser sempre estimulada e não restringida. Em tempos de notável ampliação do significado de cidadania e, paralelamente, de uma triste expansão da justiça criminal e do encarceramento, interpretar a Constituição para excluir todos os condenados criminais do direito de voto nas eleições mostra-se anacrônico e contrário à democracia. Por isso, procuramos oferecer uma interpretação da Constituição brasileira de 1988 adequada ao contexto atual, a partir de metodologia de trabalho desenvolvida pelo jurista alemão Friedrich Müller.

Os limites do presente estudo não permitiram a abordagem da questão do impacto real da exclusão da participação política de presos e condenados criminais. Manza e Uggen (2008) utilizaram a técnica estatística de análise de regressão para estimar o impacto das políticas de *disenfranchisement* nos Estados Unidos, em uma ousada tentativa de calcular quantos condenados teriam efetivamente votado nas eleições presidenciais e para o Congresso norte-americano desde 1972 até 2000, se tivessem tido a chance. Concluíram que a taxa de comparecimento (*turnout*) em tal grupo seria superior à da população geral; como exemplo, nos pleitos de 2000 e 2004, cerca de 1/3, ou um milhão e meio de pessoas com

condenações criminais teriam votado se pudessem. A limitação da participação política representa a perda de grande número de vozes e votos (Manza; Uggén, 2008).

A influência da exclusão dos condenados criminais do corpo de eleitores no resultado das eleições é outro ponto complexo. No contexto das eleições presidenciais brasileiras de 2018, que resultou na vitória da extrema direita com Jair Bolsonaro, Ferrarini (2021) registra que, embora, no primeiro turno, Bolsonaro tenha obtido 46% dos votos válidos entre a população geral, contra 29,3% do esquerdista Fernando Haddad, o quadro revelado por dados do Departamento Nacional Penitenciário e do Tribunal Superior Eleitoral seria o oposto: entre presos provisórios, que conseguiram votar, Haddad teria vencido a eleição com 67,5% dos votos válidos, contra apenas 15,5% de Bolsonaro. Já no segundo turno, enquanto Jair Bolsonaro venceu com cerca de 55% dos votos, entre os presos provisórios ele obteve somente 17,4% de votantes, perdendo para Fernando Haddad, com 82,6% dos votos.

Embora o presente estudo não tenha visado a enfrentar a questão do efetivo impacto da restrição do direito de voto aos condenados criminais na vida política nacional, os dados acima mostram a importância de discussão mais aprofundada do tema. Trata-se de um campo promissor para futura pesquisa empírica, no Brasil e no mundo.

Finalmente, outro limite intransponível de nosso estudo foi a própria opção pela investigação de apenas um direito político, o voto, dentre inúmeros outros previstos constitucionalmente. Não obstante, reconhecemos a importância de outros direitos políticos de presos e condenados criminais, como o ajuizamento de ação popular (disposta no art. 5º, LXXIII, da Constituição de 1988) e a iniciativa legislativa popular (prevista no art. 61, § 2º da atual Constituição), como instrumentos legítimos para reivindicação de melhores condições de encarceramento e aprovação de leis penais mais benéficas. Maior atenção a tais direitos políticos pode ser objeto de novas pesquisas.

REFERÊNCIAS

- ABOWITZ, K. K.; HARNISH, J. Contemporary discourses of citizenship. *Review of Educational Research*, v. 76, n. 4, 2006, p. 653-690.
- ACKERMANN, B. The Holmes Lectures: the living Constitution. *Harvard Law Review*, v. 120, n. 7, 2007, p. 1737-1812.
- ADEODATO, J. M. *Ética & retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ALEXANDER, M. *A nova segregação racial: racismo e encarceramento em massa*. São Paulo: Boitempo, 2017.
- AMADEO, J. Identidade, reconhecimento e redistribuição: uma análise crítica do pensamento de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser. *Política & Sociedade*, v. 16, n. 35, jan./abr. 2017, p. 242-270.
- ARENDT, H. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- BARCINSKI, M.; CÚNICO, S. D. Os efeitos (in)visibilizadores do cárcere: as contradições do sistema prisional. *Revista Psicologia*, v. 28, 2014, p. 63-70.
- BARKOW, Rachel Elise. *Prisoners of politics: breaking the cycle of mass incarceration*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2021.
- BOTELHO, A.; SCHWARCZ, L. M. Cidadania e direitos: aproximações e relações. In: BOTELHO, A.; SCHWARCZ, L. M. (org.). *Cidadania, um projeto em construção: minorias, justiça e direitos*. São Paulo: Claro Enigma, 2012.
- BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)*. Brasília, DF: Presidência da República, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 11 set. 2023.
- BRASIL. *Lei de 16 de dezembro de 1830*. Manda executar o Código Criminal. Rio de Janeiro, RJ: Imperador Constitucional D. Pedro I, 1830. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 11 set. 2023.
- BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)*. Brasília, DF: Presidência da República, 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 11 set. 2023.
- BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. Brasília, DF: Presidência da República, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937*. Brasília, DF: Presidência da República, 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)*. Brasília, DF: Presidência da República, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Brasília, DF: Presidência da República, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. *Lei n. 4737, de 15 de julho de 1965*. Institui o Código Eleitoral. Brasília, DF: Presidência da República, 1965. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737compilado.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Recurso Extraordinário 601.182/MG*. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Frederico Adão Filho. Relator: Min. Marco Aurélio, 8 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1474365/Jurisprud%C3%Aancia+Criminal+Recurso+Extraordin%C3%A1rio+n%C2%BA+601.182+MG.pdf>. Acesso em: 11 set. 2023.

BRENNAN CENTER FOR JUSTICE. *Criminal disenfranchisement laws across the United States*, maio 2019. Disponível em: <https://www.brennancenter.org/issues/ensure-every-american-can-vote/voting-rights-restoration/disenfranchisement-laws>. Acesso em: 25 jun. 2022.

CARVALHO, J. M. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 27. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2021.

CLEMENTE, A. J. *Cidadania: um conceito inútil?* Curitiba: Appris, 2020.

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *Hirst v United Kingdom (No 2)*. Application n. 74025/01. 6 out. 2005.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Estatística de execução penal: dados carregados em tempo real pelos tribunais que operam o Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU)*. Brasília, DF: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/paineis-estatisticos/>. Acesso em: 12 jul. 2022.

CRAWLEY, E.; SPARKS, N. Older men in prison: survival, coping and identity. In: LIEBLING, A.; MARUNA, S. (ed.). *The effects of imprisonment*. London: Routledge, 2011.

DAGNINO, E. Os movimentos sociais e a emergência de uma nova noção de cidadania. In: DAGNINO, E. (org.). *Os anos 90: política e sociedade no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 2004.

DE GIORGI, A. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. Brasília, DF: DEPEN, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: 12 jul. 2022.

EINAT, T. 'Soldiers', 'sausages' and 'deep sea diving': language, culture and coping in Israeli prisons. In: LIEBLING, A.; MARUNA, S. (ed.). *The effects of imprisonment*. London: Routledge, 2011.

FAIR, H.; WALMSLEY, R. *World prison population list*. 13. ed. 2021. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_13th_edition.pdf. Acesso em: 25 jun. 2022.

FERRARINI, L. G. B. *Cárcere e voto: a morte social pela suspensão dos direitos políticos do condenado*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

FRASER, N. From redistribution to recognition? Dilemmas of justice in a 'post-socialist' age. *New Left Review*, n. 212, jul. 1995, p. 68-149.

FRASER, N. Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition, and participation. *WZB Discussion Paper*, FS I 98-108, dez. 1998, p. 1-14. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/44061/1/269802959.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2022.

GARLAND, D. *The culture of control*. New York: Oxford University Press, 2001.

GOFFMAN, E. *Stigma: notes on the management of spoiled identity*. New York: Touchstone Books, 1986.

GONÇALVES, L. C.; GONÇALVES, R. A. Agressividade, estilo de vida criminal e adaptação à prisão. *Psicologia USP*, v. 23, 2012, p. 559-584.

GRAU, E. R. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

GROVER, S. C. *Judicial activism and the democratic rule of law: selected case studies*. New York: Springer International Publishing, 2020.

GUIMARÃES, C. F.; MENEGHEL, S. N.; OLIVEIRA, C. S. Subjetividade e estratégias de resistência na prisão. *Psicologia: Ciência e Profissão*, v. 26, 2006, p. 632-645.

HARDING, D. J. Jean Valjean's dilemma: the management of ex-convict identity in the Search for employment. *Deviant Behavior*, v. 24, n. 6, 2003, p. 571-595.

HESSE, K. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSE, K. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HONNETH, A. Invisibility: on the epistemology of 'recognition'. *Aristotelian Society Supplementary Volume*, v. 75, jul. 2001, p. 111-126. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/1467-8349.00081>. Acesso em: 23 jun. 2022.

HONNETH, A. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009.

IGNATIEFF, M. The myth of citizenship. In: BREINER, R. (ed.). *Theorizing citizenship*. Albany: State University of New York Press, 1995.

ISIN, E. F.; TURNER, B. S. Investigating citizenship: an agenda for citizenship studies. *Citizenship Studies*, v. 11, n. 1, fev. 2007, p. 5-17.

ISPAHANI, L. Voting rights and human rights: a comparative analysis of criminal disenfranchisement laws. In: EWALD, A.; ROTTINGHAUS, B. (org.). *Criminal disenfranchisement in an international perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

KYMLICKA, W.; NORMAN, W. Return of the Citizen: a survey of recent work on citizenship theory. *Ethics*, v. 104, jan. 1994, p. 352-381.

LAFER, C. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LETSAS, G. The ECHR as a living instrument: its meaning and legitimacy. In: FØLLESDAL, A.; PETERS, B.; ULFSTEIN, G. (ed.). *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a national, european and global context*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

LIEBLING, A.; MARUNA, S. Introduction: the effects of imprisonment revisited. In: LIEBLING, A.; MARUNA, S. (ed.). *The effects of imprisonment*. London: Routledge, 2011.

MANZA, J.; UGGEN, C. *Locked out: felon disenfranchisement and American democracy*. New York: Oxford University Press, 2008.

MARSHALL, T. H.; BOTTOMORE, T. *Cidadania e classe social*. São Paulo: Editora Unesp, 2021.

MAUER, M. Mass imprisonment and the disappearing voters. In: MAUER, M.; CHESNEY-LIND, M. (org.). *Invisible punishment: the colateral consequences of mass imprisonment*. New York: The New Press, 2002.

MELOSSI, D.; PAVARINI, M. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI - XIX)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

MOUFFE, C. A cidadania democrática e a comunidade política. *Estudos de sociologia*, v. 2, n. 2, 1997, p. 59-68.

MOWBRAY, A. The creativity of the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review*, v. 5, n. 1, 2005, p. 57-79.

MÜLLER, F. *Métodos de trabalho no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MÜLLER, F. *Teoria estruturante do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MURPHY, W. F.; FLEMING, J. E.; BARBER, S. A.; MACEDO, S. *American constitutional interpretation*. 4. ed. New York: Thomson West/Foundation Press, 2008.

PEDRA, A. S. A. La inelegibilidad del analfabeto en Brasil: por una lectura más democrática. *Estudios constitucionales*, ano 9, n. 1, 2011, p. 227-244.

PEDRA, A. S. A. *Mutação constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

PEDRON, F. Q.; OMMATI, J. E. M. *Teorias contemporâneas do direito: análise crítica das principais teorias jurídicas da atualidade*. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2022.

PÉREZ LUÑO, A. E. La interpretación de la Constitución. *Revista de las Cortes generales*, n. 1, 1984, p. 82-132. Disponível em: <https://revista.cortesgenerales.es/rcg/article/view/227>. Acesso em: 5 jul. 2022.

PINSKY, J. Introdução. In: PINSKY, J.; PINSKY, C. B. (org.). *História da cidadania*. 6. ed. São Paulo: Contexto, 2021.

REHNQUIST, W. H. The notion of a living Constitution. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 29, n. 2, 2006, p. 401-415.

RESENDE, S. H. Narrativas de presos condenados: um vocabulário da prisão. *Revista Eletrônica de Educação*, v. 7, 2013, p. 361-368.

ROTTINGHAUS, B.; BALDWIN, G. Voting behind bars: explaining variation in international enfranchisement practices. *Electoral Studies*, v. 26, 2007, p. 688-298. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0261379407000182>. Acesso em: 19 jun. 2022.

RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SEMER, M. *Sentenciando tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

SIEMSEN, P. A eleição atrás das grades. *Revista Piauí*, 7 jan. 2021. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/eleicao-atras-das-grades/>. Acesso em: 12 jul. 2022.

SIMON, J. *Governing through crime: how the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear*. New York: Oxford University Press, 2007.

SYKES, G. M. *The society of captives: a study of a maximum security prison*. Princeton: Princeton University Press, 2007.

TAYLOR, C. The politics of recognition. In: GUTMANN, A. (org.). *Multiculturalism: examining the politics of recognition*. Princeton: Princeton University Press, 1994.

THE SENTENCING PROJECT. *Felony disenfranchisement*. abr. 2014. Disponível em: <https://www.sentencingproject.org/wp-content/uploads/2015/12/Felony-Disenfranchisement-Laws-in-the-US.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2022.

THEIL, S. Is the 'living instrument' approach of the European Court of Human Rights compatible with the ECHR and International Law? *European Public Law*, v. 23, n. 3, 2017, p. 587-614.

TONRY, M. *Punishing race: a continuing American dilemma*. New York: Oxford University Press, 2011.

TRAVIS, J. Invisible punishment: as instrument of social exclusion. In: MAUER, M.; CHESNEY-LIND, M. (org.). *Invisible punishment: the collateral consequences of mass imprisonment*. New York: The New Press, 2002.

TRIBE, L. *American constitutional law*. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000.

UGGEN, C. VAN BRAKLE, M.; MCLAUGHLIN, H. Punishment and social exclusion: national differences in prisoner disenfranchisement. In: EWALD, A.; ROTTINGHAUS, B. (org.). *Criminal disenfranchisement in an international perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

UGGEN, C.; LARSON, R.; SHANNON, S.; PULIDO-NAVA, A. Locked out 2020: estimates of people denied voting rights due to a felony conviction. *The Sentencing Project*, out. 2020. Disponível em: <https://www.sentencingproject.org/publications/locked-out-2020-estimates-of-people-denied-voting-rights-due-to-a-felony-conviction/>. Acesso em: 25 jun. 2022.

WACQUANT, L. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WILSON, T. A. Institution's impact on inmate identity. *California Youth Authority Quarterly*, v. 27, n. 3, 1974, p. 21-27.

MANDATOS COLETIVOS: ANÁLISE LEGISLATIVA, QUALITATIVA E DE REPRESENTATIVIDADE AMPLIADA DE GRUPOS VULNERABILIZADOS

Danilo Henrique Nunes*
Carlos Eduardo Montes Netto**
Fernanda Heloisa Macedo Soares***

RESUMO

Desde as eleições de 2010 observa-se o aumento do número de candidaturas coletivas. Elas, que são consideradas instrumento de ampliação da representatividade sociopolítica de grupos vulnerabilizados e historicamente marginalizados. No entanto, até o presente momento, não há legislação específica que verse sobre a candidatura e funcionamento dos mandatos coletivos. O objetivo do estudo investiga os mandatos coletivos como fenômeno jurídico, social e político na contemporaneidade, passando tanto pela análise qualitativa e quantitativa dos mandatos em vigência com base na doutrina, bem como a análise legislativa de projetos de lei e propostas que almejam disciplinar a questão no ordenamento jurídico pátrio (PL n.1422/2021, PEC n. 379/2017, PL n. 4724/2020 e PL n. 4475/2020). Sob o método hipotético-dedutivo e com base em revisão de literatura sobre o tema, os resultados alcançados confirmaram a possibilidade e a expansão das candidaturas coletivas nas eleições nacionais e a tendência de aumento do número de pleitos coletivos a partir da crise de representatividade política de grupos vulnerabilizados como mulheres, pessoas negras, indígenas, pessoas LGBTQI+ e pessoas com deficiência, relacionando-se com lutas de movimentos sociais e ondas de renovação política. Desta forma, é crucial que os mandatos coletivos sejam formalizados no texto da lei, fixando regras e critérios voltados para as candidaturas e, em caso de eleição, para seu funcionamento.

Palavras-chave: crise de representatividade política; democracia participativa; mandatos coletivos.

Data de submissão: 10/09/2022

Data de aprovação: 09/05/2023

* Doutor em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP).

** Doutor em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP).

*** Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM).

COLLECTIVE MANDATES: LEGISLATIVE, QUALITATIVE AND EXTENDED REPRESENTATIVE ANALYSIS OF VULNERABILIZED GROUPS

Danilo Henrique Nunes
Carlos Eduardo Montes Netto
Fernanda Heloisa Macedo Soares

ABSTRACT

Since the 2010 elections, there has been an increase in the number of collective candidacies. They, which are considered an instrument for expanding the socio-political representation of vulnerable and historically marginalized groups. However, to date, there is no specific legislation dealing with candidacy and the functioning of collective mandates. The aim of the study is to investigate collective mandates as a legal, social and political phenomenon in contemporary times, going through both the qualitative and quantitative analysis of the mandates in force based on doctrine, as well as the legislative analysis of bills and proposals that aim to discipline the issue. in the national legal system (PL n. 1422/2021, PEC n. 379/2017, PL n. 4724/2020 and PL n. 4475/2020). Under the hypothetical-deductive method and based on a literature review on the subject, the results achieved confirmed the possibility and expansion of collective candidacies in national elections and the tendency to increase the number of collective elections from the political representativeness crisis of vulnerable groups such as women, black people, indigenous people, LGBTQI+ people and people with disabilities, relating to social movement struggles and waves of political renewal. In this way, it is crucial that the collective mandates are formalized in the text of the law, setting rules and criteria for candidacies and, in case of election, for their functioning.

Keywords: crisis of political representation; participatory democracy; collective mandates;

Date of submission: 10/09/2022

Date of approval: 09/05/2023

INTRODUÇÃO

Na atualidade, constata-se a existência de condições assimétricas de recursos políticos e sociais que constituem a estrutura social dos espaços, as quais tendem a não operar de modo igualitário dentro dos procedimentos institucionalizados, comprometendo a capacidade de inserção dos indivíduos e grupo sociais que se encontram marginalizados. Essas ausências de inserção geram crises de representatividade, a envolver grupos vulnerabilizados nas arenas políticas, sem haver igualdade de participação, embora esse seja um dos pressupostos do Estado Democrático de Direito (Silva, 2014).

Países da América Latina - como o Brasil - se desenvolveram a partir de "projeto de modernidade "eurocentrado"", sendo que a consequência desse ato foi um resultado que sobrepõe povos, territórios e identidades, que se sustentou na escravidão negra e na servidão indígena, de forma a produzir reflexos que ecoam por séculos a fio e que acabam transformando a política nacional em um instrumento de desigualdade política, no qual grupos historicamente silenciados acabam sem contar com representantes de seus direitos e interesses na arena política de um modo geral e no debate público como um todo (Sepúlveda, 2020, p. 823).

Uma das possibilidades para o enfrentamento dessa crise de representatividade política dos vulnerabilizados consiste no mandato coletivo, que pode ser compreendido como candidatura eleita, nas quais grupos de pessoas se posicionam como pleiteantes, de modo conjunto, a um mesmo cargo público (Xerez, 2019, p. 20). Nas eleições de 2020, por exemplo, foi observado aumento significativo de associados à necessidade de maior representatividade sociopolítica de grupos como: mulheres; pessoas negras; indígenas; pessoas LGBTQI+ e pessoas com deficiência, relacionando-se com lutas de movimentos sociais e de ondas de renovação política (Trotta, 2020; Secchi; Leal, 2020, p. 14).

Isso posto, o objetivo geral do estudo consiste em investigar e analisar, do ponto de vista legislativo, qualitativo e de representatividade dos mandatos coletivos em prol dos grupos vulnerabilizados, contemplando aspectos relacionados à democracia participativa, tanto na doutrina jurídica sobre o tema, quanto em projetos e propostas em tramitação que buscam disciplinar a matéria na forma dos seguintes instrumentos: PL n.º 1422/2021, PEC n.º 379/2017, PL n.º 4724/2020 e PL n.º 4475/2020.

Quanto aos objetivos específicos, os mesmos foram delimitados na seguinte estrutura: (a) investigar aspectos relevantes da vulnerabilidade social e da hipervulnerabilidade (esta última, nos termos das decisões recentes do Supremo Tribunal Federal) da questão da representatividade nas arenas políticas, destacando a crise de representatividade que acomete grupos vulnerabilizados como mulheres; pessoas pretas, pardas e afrodescendentes; indígenas; quilombolas; pessoas LGBTQI+; pessoas com deficiência; dentre outros; (b) analisar no que consistem os mandatos coletivos a partir da doutrina jurídica, distinguindo-os dos mandatos compartilhados; (c) apresentar o crescimento das candidaturas coletivas no caso brasileiro, dando ênfase para o aumento consistente das mesmas no pleito das eleições municipais de 2020; e, (d) realizar análise sobre as propostas e projetos de

lei que buscam disciplinar os mandatos coletivos no ordenamento jurídico pátrio (PL n.º 1422/2021, PEC n.º 379/2017, PL n.º 4724/2020 e PL n.º 4475/2020).

A pesquisa foi realizada com o emprego do método dedutivo, por meio de revisão de literatura, pesquisa legislativa e jurisprudencial, buscando a identificação do tema, levantando problemas e representando suas implicações (Walliman, 2015). O problema de pesquisa, ou seja, a questão norteadora que se busca desenvolver a partir do artigo científico, consiste na seguinte indagação: como a regulamentação dos mandatos coletivos pode contribuir para o reconhecimento de tais instrumentos como ampliadores da representatividade social e política de grupos vulnerabilizados?

A justificativa para a elaboração do estudo parte: (a) do aumento da quantidade de candidaturas coletivas a partir de 2010 e de seu crescimento significativo nos pleitos municipais de 2020; (b) da presença de projetos e propostas que buscam disciplinar essa questão; (c) da possibilidade de fazer uso concreto dos mandatos coletivos para o enfrentamento da crise e responsabilidade política dos grupos objeto de análise neste trabalho, gerando condições que possam proporcionar transformações sociais e jurídicas no país, de maneira a considerar os direitos e garantias conferidos aos indivíduos e grupos historicamente marginalizados e silenciados.

A possibilidade da consagração deste instituto democrático-jurídico seria uma possibilidade de ampliação da democracia representativa e do pluralismo político, fundamentados no art. 1º, inciso V e parágrafo único da CRFB/1988.

1 VULNERABILIDADE SOCIAL E REPRESENTATIVIDADE NAS ARENAS POLÍTICAS

De acordo com Sepúlveda (2020, p. 822) as sociedades modernas no ocidente “segundo a tradição gramsciana, experienciaram a expansão da democracia, com suas variantes locais, como um fenômeno mais ou menos geral a partir da segunda metade do século XX”, sobretudo com a ascensão do modelo predominantemente da democracia liberal ou representativa, pautada pelo sufrágio universal, parlamentarismo e na expansão da ideia de cidadania. Contudo, a autora defende que esse fenômeno gerou crise de representação, a qual se manifesta na distância, na descrença ou apatia entre representantes e representados, em um cenário dramático de um neoliberalismo que solapa os sentidos da cidadania.

É possível citar, a título de exemplo, a questão da dominação masculina, a qual é descrita por Bourdieu (2012) como resultado de uma discriminação simbólica, que por gerações, citou diferenças de gênero e a falta de reconhecimento da mulher como sujeito de transformação que pode contribuir para a criação de novos modelos de sociedade. Para isso, o autor defende que as mulheres devem ocupar espaços e representarem a si próprias no contexto político.

Ao se pensar sobre espaços como o Congresso Nacional, por exemplo, é comum refletir sobre o que se vê nos jornais e na televisão: arena composta por homens brancos, que pouco ou nada sabem sobre as mazelas dos diferentes grupos sociais. Mesmo com avanços importantes ocorridos ao longo dos últimos anos e com pessoas que representam os mais vulnerabilizados se posicionando

e ocupando espaços nas arenas e no debate público, trata-se de uma imagem ainda bastante presente no imaginário social coletivo.

O mesmo ocorre se pensado no cenário da presidência da República: até o presente momento, o Brasil contou com trinta e seis presidentes da República (Aidar, 2022), dos quais apenas uma foi mulher - Dilma Rousseff, entre 2011 a 2016 (quando sofreu um processo de *impeachment*), tendo sido eleita com apoio maciço de seu antecessor, Luiz Inácio Lula da Silva, que a época contava com popularidade. No rol de presidentes da República constata-se ausência generalizada de figuras que podem apresentar mais representatividade destes grupos, considerando nessa equação não tão somente a presença de uma única mulher, mas também a ausência de outras figuras mais representativas, como um presidente negro ou um presidente indígena.

É justamente sobre isso que discorre Silva (2014, p. 15), em seu estudo no qual abrange a vulnerabilidade social como um desafio da democracia participativa: em sua visão, há pouca capacidade inclusiva na política a partir dos estratos mais alijados da população, contemplando que a existência de uma democracia participativa (na qual, em tese, os grupos marginalizados possuiriam igualdade para elegerem seus representantes) não cria, por si só, oportunidades equânimes entre grupos e indivíduos.

Para a autora supramencionada (2014, p. 84-85), as condições assimétricas de recursos políticos e sociais, que constituem a estrutura social dos espaços, tendem a não operar de modo igualitário dentro dos procedimentos institucionalizados, comprometendo a capacidade de inserção dos indivíduos e grupo sociais que e encontram marginalizados. É assim que se cria a crise de representatividade envolvendo os grupos vulnerabilizados nas arenas políticas: não há igualdade de participação, embora esse seja um dos pressupostos do Estado Democrático de Direito. Permitir que representantes desses grupos possam participar de eleições, nesse contexto, não pressupõe um duelo igualitário no campo político.

Sepúlveda (2020, p. 823) afirma que no contexto da América Latina, em virtude de sua formação colonial, instaurou-se um “projeto de modernidade eurocentrado”, e trata-se de um resultado que sobrepõe povos, territórios e identidades. Esse projeto se sustentou a partir da escravidão negra e da servidão indígena, promovendo em países como o Brasil, juntamente com a pilhagem de materiais e pedras preciosas, parte da acumulação originária, necessária ao próprio desenvolvimento capitalismo:

O processo de construção democrática nos países que compõem esse território é marcado pela violência, mandonismo político, patrimonialismo, dando vida a sociedades extremamente hierarquizadas e autoritárias. O liberalismo, ao chegar ao continente, acaba por ser filtrado pelas elites locais, o que dificultou mesmo aqueles ganhos restritos, de que se beneficiaram trabalhadores em outros países ocidentais, relegando grandes parcelas da população a uma condição de não cidadão. A ideia de uma esfera pública, de garantia de direitos, de cidadania, fora nesse sentido, frequentemente espoliada em nome de negociações, de acordos e manobras realizadas no interior do Estado, capturado por interesses privados. Ao

mínimo lampejo de uma vontade popular organizada, uma reação das classes dominantes forçava uma restauração, com a devida exclusão das forças populares, ao que se seguia alguma renovação (Sepúlveda, 2020, p. 823).

A crise de representatividade e de participação social de indivíduos e grupos marginalizados ao longo da história nacional não consistem em meros “acidentes” na concepção do Estado Democrático de Direito, mas sim de um esforço sistematizado de manutenção do poder por parte das elites, algo que nos remete à chegada do homem branco no Brasil, posicionando-se como um conquistador e como classe dominante em função das demais.

Assim, nota-se que não é apenas “interessante” para as elites da política que não haja representatividade, como a própria existência de uma representatividade social dos vulnerabilizados represente um risco para a manutenção das elites de poder, bem como da ampliação do debate público. Dessa forma, cria-se um contexto no qual a democracia participativa, apesar do nome, acaba gerando um formato - ou um sistema - no qual a representatividade deve ser limitada.

Na visão de Fraser (2006) o reconhecimento consiste na auto identificação de si no outro, como forma de se ver representado e legitimado como parte de um processo social, gerando identidade, autoconfiança, autoconsciência de grupo (e de classe) e capacidade de se ver no outro como um ente transformador da realidade sociopolítica. Na mesma direção, o Diploma Constitucional de 1988 estabelece em seu artigo 14¹ que soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, sendo necessário também destacar os termos do artigo 1º, em seu parágrafo único no qual consta que todo o poder emana do povo e que seu exercício ocorrerá por meio de representantes eleitos. No entanto, o texto frio da legislação, por mais louvável que seja a intenção constituinte, não assegura de nenhuma forma a representatividade sociopolítica dos grupos vulnerabilizados, sendo esse um fenômeno multifacetado, inclusive na perspectiva histórica aqui abordada.

Segundo Jorge, Liberato e Rodrigues (2016, p. 37) a concepção de democracia, que dá norte aos estudos do Direito Eleitoral, na forma de princípios, fundamentos e regras de conduta, deve se estabelecer a adequação entre a atividade governamental e a vontade do povo, fazendo-se valer de normas que regulam direitos políticos que não incluem apenas o direito de votar e ser votado, mas também o direito de se ter representatividade. Essa concepção social e jurídica da democracia pressupõe representatividade, o que não ocorre na prática dentro das arenas políticas e espaços de poder.

As minorias, nesse sentido, acabam sendo afastadas do jogo “democrático”, gerando e aprofundando essa crise de representatividade. Sepúlveda (2020, p. 823) destaca que mesmo com as transformações importantes ocorridas nesse

¹ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.

contexto com o advento da Constituição de 1988, com condições internas favoráveis para a minoração do autoritarismo social, o que se viu na prática foi uma dinâmica neutralizada da negação do direito, com irrupção na cena política de sujeitos coletivos e com a tematização de questões fundamentais (como o direito à saúde, à moradia, proteção à infância, direito das minorias e assim por diante) se tornando mais maduras na esfera pública, em um sentido habermasiano.

A autora afirma que a superação de uma relação entre o Estado e as demandas populares se deu em um contexto de recorrente exclusão da participação popular nos processos de decisão política, o que faz surgir um novo pacto social, uma inflexão na cultura política brasileira que imprime uma racionalidade do direito a ter direitos, sempre reforçando que uma linguagem de direitos não garante igualdade real. Diante disso, afirma e indaga:

Numa sociedade tão desigual quanto a brasileira a conservação de um modelo representativo montado sobre bases elitistas, serve apenas a reprodução de tal desigualdade. O desenvolvimento histórico nos possibilitou alguns mecanismos que, se não capazes de superar essa realidade, ao menos poderiam minorá-la, entre eles, os Conselhos de Direito e de Política, as Conferências, os orçamentos participativos. Embora conquistas importantes no rumo da democratização da nossa sociedade, não deixam de estarem sujeitos àqueles que legislam. No cenário atual essa constatação assume ares ainda mais problemáticos, pela imposição de reformas restritivas, pela disseminação de um ideário minimalista quanto aos direitos outrora conquistados. Mais do que nunca, os sentidos da representação partidária sob uma democracia burguesa (em si mesmo limitada), passam a ser questionados. Quem, de dentro do poder, de fato nos representa? (Sepúlveda, 2020, p. 829).

Há inúmeros fatores que contribuem para essa crise de representatividade e pelo afastamento de possíveis lideranças da arena política. Tais fatores não são acidentais, mas sim resultado de um projeto de país, pautado por ideias neoliberais, no qual a existência de representatividade implica em um risco para as elites, ávidas pela manutenção de poder e com desprezo por formas consistentes de transformação social inclusiva.

Silva (2014, p. 84-85), nesse sentido, defende que a legitimidade de participação ainda é um dos grandes desafios no contexto contemporâneo do Brasil e da América Latina como um todo, já que estratos que contam com menor capital social tendem não somente a participarem menos do que às classes e camadas sociais dominante, como também se encontram em condições de vantagem, tendendo a se refletir no interior dos espaços participativos, contribuindo para uma realidade sociopolítica heterogênea, que obstaculiza o nível de participação dos estratos socialmente marginalizados. No mesmo sentido, Paixão e Saliba (2021, p. 122) identificam que a desigualdade social serve como uma mola propulsora para a desigualdade de representação política, vide passagem:

[...] a pesquisa traz como síntese conclusiva que a existência

deum sistema político democrático é necessária, porém, não é suficiente para assegurar a igualdade política substantiva, pois esta depende de avanços estruturais e de transformações sociais que sejam capazes de quebrar os degraus que desnivelam os cidadãos e hierarquizam as relações na vida em sociedade. Assim, fica aqui lançado um manifesto à igualdade como forma de ampliar os horizontes da democracia, e de suplantar toda condição de vulnerabilidade humana. E quiçá um dia as sociedades caminhem para mais perto de uma democracia ideal.

Os autores supra referenciados (2021, p. 121-122) alcançaram em seu estudo conclusões importantes para a discussão acerca da crise de representação social no contexto dos indivíduos e grupos socialmente vulnerabilizados, as quais são apresentadas de modo sintetizado assim: (a) o povo é considerado a peça-chave na arquitetura dos regimes e sistemas políticos democráticos; (b) não é possível afirmar categoricamente e de modo generalizado que todos os cidadãos estejam recebendo a oportunidade para exercer o poder de modo equânime; (c) sociedades plurais e globalizadas, em que surgem novas demandas e grupos com interesses conflitante e minoritários, é desafiador definir e clarificar a face genérica de um “povo”; (d) é igualmente desafiador a discussão do grau de justiça da conveniência e viabilidade da regra do consenso da maioria diante de vozes que ficam sufocadas e silenciadas durante o processo deliberativo; (e) há relações anteriores às relações políticas que comprometem a participação e a representatividade das pessoas vulnerabilizadas, o que coloca em xeque os valores democráticos; (f) relações econômicas são reconhecidamente influenciadoras dos debates políticos e públicos, dificultando o acesso dos grupos às arenas públicas de deliberação; (g) constata-se desequilíbrio na distribuição de riquezas, inferindo-se na distribuição igualitária de recursos políticos; (h) igualdade política e própria democracia podem ser compreendidos sobre as dimensões formais e substantivas, sendo que a dimensão formal (técnica) ostentada por ela não tem sido suficiente para suplantar a desigualdade política em sua dimensão material; e que; (i) por influência econômica e de múltiplas relações de desigualdade, geram-se condições que desagregam a sociedade, corroendo as bases do sistema político democrático, com a democracia real se vendo comprometida e a democracia ideal permanecendo distante.

Percebe-se que todos esses pontos se confirmam na prática, com amparo nos referenciais utilizados anteriormente para a elaboração do capítulo. Ao considerar o argumento “d”, acima mencionado, é possível citar o exemplo da escravidão: por muitos e muitos anos, a escravidão era considerada uma prática adequada, sendo inclusive uma forma de ostentação das pessoas brancas, com os africanos não sendo compreendidos como seres humanos, mas sim como objetos. É o que expõe Vasconcelos (2012, p. 138-139), no qual, ao cita do tratamento do escravo como “coisa” (ou como “animal), ser privado de direito, explora o Direito Romano Civil, que previa uma categoria comum na qual era possível classificar tanto animais como escravos (*res mancipii* ou *mancipia*), da qual faziam parte os objetos de propriedade passíveis de compra e venda. A coisa (*res*) não constituía qualquer direito próprio ou subjetivo, sendo objeto à disposição de seus senhores.

Compreender essa normalização é fator-chave para desconstruir o mito de que a vontade da maioria gera condições de justiça: em virtude das diferenças, o homem branco alçou o homem africano na categoria de ‘animal’ ou ‘coisa’, tirando-lhe por completo sua humanidade. Slenes (1999) afirma que foi necessário o emprego de um longo esforço histórico para mudar esse paradigma, já que as imposições sociais da época, por muitas vezes, faziam com que os próprios escravos enxergassem a si próprios como ‘coisas’, o que ecoou ao longo dos séculos.

Outros argumentos poderiam ser utilizados para reafirmar as mazelas de uma suposta democracia da maioria, na qual por muito tempo as mulheres não tinham sequer o direito ao voto. Sepúlveda (2020, p. 828) reconhece que avanços importantes foram realizados no que compreendemos como a democracia ideal, mas que ainda estamos distantes dela, em grande parte, pela ausência quase absoluta de representatividade sociopolítica, na qual indivíduos e grupos vulnerabilizados contam com poucas vozes que efetivamente o representam. Essa democracia ideal, também analisada por Paixão e Saliba (2021, p. 122), parece assim um sonho distante, quase uma utopia, mesmo com ampla demanda de tais pessoas e grupos por mais representatividade na política. A compreensão do cenário político e social atual e o entendimento das raízes históricas que acabam influenciando e minando a possibilidade de representatividade sociopolítica é fundamental para o enfrentamento dos problemas em prol dos grupos vulnerabilizados. Dentre essas possibilidades dentro do jogo democrático encontra-se o objeto do presente estudo: os mandatos coletivos. Isso posto, é crucial compreender que a crise de representatividade política dos vulnerabilizados é um processo multifacetado e um esforço intencional pela manutenção das elites políticas e sociais (classes dominantes) em desfavor das minorias.

As falsas noções de democracia real e ideal, nessa concepção, devem ser consideradas nas investigações para explorar os problemas dessa crise de representatividade. No capítulo seguinte, será discutido o fenômeno dos mandatos coletivos como possibilidade para a concreção para uma representatividade ampliada dos grupos e indivíduos vulnerabilizados.

2 MANDATOS COLETIVOS: ANÁLISE QUALITATIVA (E QUANTITATIVA) PARA A REPRESENTATIVIDADE AMPLIADA DE GRUPOS SOCIALMENTE VULNERABILIZADOS

Xerez (2019, p. 15) afirma que o primeiro marco a ser considerado para uma compreensão dos mandatos coletivos consiste em seu surgimento como “estratégias políticas inseridas em uma ordem democrática e que têm sua natureza pautada nos mecanismos oficiais de representação, ainda que de forma relativamente inovadora”, com reflexões fulcrais envolvendo a concreção de avanços nos campos dos direitos sociais e políticos, sobretudo ao considerar a participação das minorias no âmbito do debate público. Para o autor (2019, p. 18), a popularização do formato do mandato coletivo ocorreu apenas em pleitos eleitorais mais recentes, sendo “uma questão consideravelmente tenra, fato que finda por interferir também no nível incipiente do debate acadêmico”.

O autor supramencionado aponta que as duas modalidades políticas de representação coletiva mais conhecidas e discutidas nas atualidades são: os

mandatos coletivos e os mandatos compartilhados. Nesse sentido, mandatos compartilhados são as experiências nas quais a candidatura desde o início se apresenta com ligação a um sujeito específico, que se compromete a guiar sua atuação parlamentar, caso eleito, com base naquilo que for decidido por um grupo de cidadãos ao qual o mesmo está vinculado. Já os mandatos coletivos, foco do presente estudo, podem ser definidos da seguinte forma:

[...] seriam aquelas candidaturas nas quais um grupo de pessoas se posiciona como pleiteante, em conjunto, a um mesmo cargo público. É dizer, embora a vaga em almejo seja apenas uma e a candidatura também seja uma, seus componentes são múltiplos. Nessa segunda modalidade, o candidato durante a campanha aparece como sendo o próprio coletivo formado por diferentes pessoas, e não como apenas um postulante individual que se compromete a tomar decisões pautado no que for decidido por um grupo ao qual aquele se vinculará (Xerez, 2019, p. 20).

A perspectiva de mandatos coletivos, de modo sumário, pode ser apresentada como a concepção na qual o próprio coletivo de pessoas vulnerabilizadas pleiteiam a candidatura, para que os grupos possam alcançar representatividade política de uma forma mais equânime e justa. Trotta (2020, p. 1.293) afirma que “mandatos coletivos surgem como um novo formato para descentralizar e despersonalizar a política”, constituindo-se como arranjos que surgiram como respostas à insatisfação de interesse político a partir de 2016, intensificando-se no pleito de 2018, diante da necessidade de uma maior representatividade sociopolítica de grupos como mulheres, pessoas negras, indígenas, pessoas LGBTQI+ e pessoas com deficiência, relacionando-se com lutas de movimentos sociais e de ondas de renovação política.

Sepúlveda (2020, p. 829) destaca que os “mandatos coletivos nascem, dessa forma, da urgência política, sobretudo da descrença nos partidos e nos seus personagens tradicionais”, sendo instrumento recente e ainda sem aparato legal, demandando o acompanhamento do processo de sua efetivação na prática, seus limites e potenciais, bem como as implicações de uma possível formalização. A autora em tela comenta (2020, p. 821) os defende como “um instrumento em prol da socialização da política, ao mesmo tempo uma reação no campo progressista à Crise Orgânica, que se instaura no Brasil a partir do segundo mandato do governo Dilma Rousseff”.

Segundo Rossini (2021, p. 42) mandatos coletivos em sentido estrito se “constituem de poucas pessoas, entorno de uma ideologia política ou por algumas pautas específicas desde a fase pré-eleitoral e permitem debates amplos na busca de consensos, muitas vezes tomados em reuniões presenciais”, não se confundindo com os mandatos compartilhados, nos quais há uma composição geralmente acima de 100 pessoas, que independem de ideologias políticas, com decisões tomadas por meios eletrônicos genéricos ou próprio do parlamentar que representa o grupo, com cada interessado possuindo o mesmo peso de voto.

Rossini (2021, p. 47-48) ainda contempla dez dimensões que devem ser analisadas considerando a conjuntura qualitativa dos mandatos coletivos e compartilhados: (1) a iniciativa se refere aos autores ou autor das propostas (grupo de pessoas ou indivíduo); (2) o tamanho via contabilizar o número de

co-parlamentares; (3) elegibilidade envolve os requisitos formais para a participação das pessoas do grupo; (4) o acesso permeia o momento de início de participação dos co-parlamentares (se, desde o início da campanha, do início do mandato ou em seu curso); (5) a permanência contempla regras para a manutenção da condição ou não como parlamentar; (6) a distribuição do poder, como a própria denominação indica, determina o papel desempenhado pelo grupo diante do mandato; (7) já o escopo de compartilhamento delimita as situações nas quais os co-parlamentares podem exercer seus poderes; (8) a partilha de custos e benefícios pode envolver desde o mandato até particularidades de seu exercício, como verbas de gabinete e salários; (9) o processo de tomada de decisão implica na busca por consenso ou por simples decisões; e, por fim, (10) o mecanismo de interação entre os co-parlamentares é definido, envolvendo uso das tecnologias da informação ou reuniões presenciais.

Nesse sentido, considera-se que:

[...] os mandatos coletivos costumam constituir-se de poucas pessoas, que se unem desde a campanha por uma ideologia política ou por algumas pautas específicas, como a defesa de minorias excluídas ou dos direitos dos animais não-humanos; seus tamanhos reduzidos permitem debates amplos e busca de consensos, muitas vezes tomados em reuniões presenciais (Rossini, 2021, p. 48).

Secchi e Leal (2020) realizaram um estudo sobre as candidaturas coletivas nas eleições municipais brasileiras do ano de 2020, analisando descritivamente as propostas para uma agenda de pesquisa sobre mandatos coletivos em âmbito nacional. No quadro 1, abaixo, é apresentada a lista de candidaturas coletivas presentes no pleito:

Quadro 1 - Lista de candidaturas coletivas presentes no pleito das eleições municipais de 2020 no Brasil

NOME DO CANDIDATO / PORTA-VOZ	NOME FANTASIA DA PROPOSTA	Nº DE CO-VEREADORES	PARTIDO	ESTADO
Silvia Ferraro	Bancada Feminista	5	PSOL	SP
Elaine Mineiro	Quilombo Periférico	6	PSOL	SP
Adriana Gerônimo	Nossa Cara	3	PSOL	CE
Sônia Lansky	Da Coletiva	-	PT	MG
Laina Cirsóstomo	Prestas por Salvador	3	PSOL	BA
Josymary Pires Gomes	Coletivo Elas	5	PCDOB	MA
Juliana Gomes Curvelo	Ativoz	-	PSOL	SP
Gilmar Santos	Mandato Compartilhado	1	PT	PE
Cíntia Mendonça	Coletiva Bem Viver Floripa	5	PSOL	SC

Judeti de Freitas Pimenta Zilli	Coletivo Popular	-	PT	SP
Ramon Fernandes Faustino	Coletivo "Todas as Vozes"	6	PSOL	SP
Paulo Camolesi	Mandato Compartilhado	1	PDT	SP
Josiane Kieras	Mais Coletivo	-	PSOL	PR
Fátima Maria	Teremos Vez	5	PT	RS
Marcelo Yoshida	Coletivo DiverCidade	3	PT	SP
Andressa Daiany da Silva Asantes	Nossa voz	4	PT	MG
Silvia Maria Morales	A cidade é sua	3	PV	SP
Sander Castro da Conceição	Rochinha Mandato Coletivo	9	PODEMOS	SP
Moacir Vieira	Mandato Compartilhado	100	MDB	SC
Antônio Ferres Chacon	Cabeça do Coletivo	-	MDB	SP
Marcia Gomes	Coletiva de Mulheres	21	PT	SP
Ailton Gomes	Mandato Coletivo Somos	5	PSDB	SP
Henny Freitas	Mandato Coletivo Permacultural	4	REDE	GO

Fonte: Sechi; Leal (2020, p. 29-30).

Percebe-se, a partir das informações apresentadas no Quadro 1, que a existência dos pleitos de mandatos coletivos contempla minorias diversas, como mulheres, quilombolas, indígenas, dentre outros. Assim, havendo uma demanda por maior representação política, constatou-se uma relevância significativa de grupos e sujeitos vulnerabilizados nas eleições municipais de 2020 - especialmente no espectro ideológico ou à esquerda ou ao centro-esquerda, sobretudo de partidos como PT e PSOL, em diversos municípios de Estados brasileiros. Já o quadro 2, abaixo, contempla o aumento do número de candidaturas coletivas por quadriênio, a partir do ano de 1994:

Quadro 2 - Candidaturas coletivas no Brasil

QUADRIÊNIO	NÚMERO DE CANDIDATURAS	NÚMERO DE MANDATOS ELEITOS
1994-1997	1	1
1998-2001	1	1
2002-2005	1	1
2006-2009	1	1
2010-2013	4	4
2014-2017	74	18

2018-2021	341	28
-----------	-----	----

Fonte: Secchi; Leal (2020, p. 20).

Percebe-se que os pleitos coletivos passaram a se fazer mais presentes no contexto eleitoral a partir de 2010, se intensificando no quadriênio 2014-2017 e explodindo no quadriênio 2018-2021. Esse diagnóstico permite correlacionar o aumento da crise de participação política dos grupos sociais vulnerabilizados após o *impeachment* de Dilma Rousseff, no ano de 2016. Embora candidaturas coletivas sejam compreendidas como um fenômeno recente, há relatos de sua presença na arena política mesmo na década de 1990, naturalmente, em menor número, uma vez que as discussões sobre representatividade ainda são consideradas bastante recentes.

Xerez (2019, p. 68) afirma que nos últimos anos surgiu um cenário composto por experiências políticas que “se proliferam pelo país, contexto no qual se inserem os mandatos coletivos, grupos de pessoas que tem se candidato em conjunto para cargos legislativos em diversas unidades federativas do país”. Nessa direção, é importante reconhecer que a existência de candidaturas coletivas não representa, necessariamente, a existência de mandatos coletivos, diante da ausência de sua regulação no ordenamento jurídico pátrio:

[...] é importante se proceder a uma diferenciação de termos e notar que, mais do que efetivamente um “mandato coletivo”, pode-se trabalhar na verdade com a noção de “candidatura coletiva”, do ponto de vista fático, uma vez que apesar de o conjunto de pessoas transmitir ao eleitor de forma *prima facie* a ideia de que um grupo de pessoas está postulando conjuntamente um cargo, no fundo só um deles será legalmente reconhecido como exercente do mandato. Em que pese tal afirmação, deve-se reconhecer que tal constatação não significa a impossibilidade de surgimento e adoção futura de outras soluções jurídicas para o caso, capazes de resguardar o cunho plural das iniciativas políticas em apreço e não necessariamente originárias da aprovação de projetos legislativos específicos (Xerez, 2019, p. 67).

Mandatos coletivos são significativos para as questões relacionadas à representatividade sociopolítica de grupos vulnerabilizados no caso brasileiro, o que gerou a existência de projetos em trâmite no Legislativo brasileiro, os quais serão analisados no capítulo seguinte. Contudo, é necessário ponderar que a estrutura jurídica atual ainda não disciplina a existência ou o devido funcionamento dos mandatos coletivos em caso de eleição. Tais experiências, ainda recentes, de tal forma, devem passar necessariamente por uma abordagem legislativa, inclusive no tocante aos impactos dos mandatos coletivos em função da democracia participativa de modo concreto.

Secchi e Leal (2020, p. 17-18), contudo, analisam que essa discussão ainda é bastante superficial, sobretudo pelo fato de que nas eleições de 2020, apenas 7,03% das candidaturas (dispostas no Quadro 1) conseguiram a eleição. Em contrapartida, os autores analisaram que grande parte das candidaturas alcançaram

a suplência, sendo um fenômeno que deve se intensificar nos próximos pleitos eleitorais:

Quanto aos resultados alcançados pelas candidaturas coletivas no pleito eleitoral das eleições municipais de 2020, [...] 22 candidaturas coletivas obtiveram votos suficientes para serem eleitas, representando um êxito percentual de 7%. Entre as demais candidaturas que não obtiveram êxito, 129 ficaram na posição de suplentes (41,2%) e 12 foram anuladas sub judice, indeferidas ou renunciaram (4,2%). Comparando a taxa de êxito das candidaturas coletivas em 2020 (7%), com a taxa de êxito de todas as eleições para vereador no Brasil em 2020 (58.112 vagas / 518.329 candidatos = 11,2%), pode-se perceber um desempenho ligeiramente inferior das candidaturas coletivas, quando comparado com a totalidade das candidaturas, que neste ano viram seu número expandir consideravelmente diante da mudança de regra eleitoral que, ao proibir coligações nas eleições proporcionais, precipitou uma maior fragmentação e, conseqüentemente, maior número de candidaturas entre os partidos. Vale ainda considerar o relativo sucesso eleitoral das candidaturas coletivas, pois 41,2% delas ficaram como suplentes. É possível também conjecturar sobre o menor sucesso eleitoral em relação às candidaturas tradicionais. Uma das hipóteses é que de que as candidaturas coletivas podem ter sido utilizadas majoritariamente por pessoas que estão se candidatando pela primeira vez ou que estavam sendo reeleitas (Secchi; Leal, 2020, p. 17-18).

Assim, os autores que embasaram a análise do presente estudo apontam para uma tendência do aumento do número de candidaturas coletivas no decorrer das próximas eleições, já que os grupos vulnerabilizados almejam uma maior representatividade na arena política, o que torna a discussão ainda mais relevante ao considerarmos projetos em trâmite no Legislativo, os quais serão apresentados e analisados no capítulo seguinte.

3 CRISE DE REPRESENTATIVIDADE DEMOCRÁTICA E OS SEUS REFLEXOS NA PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS GRUPOS VULNERABILIZADOS

Nessa seção serão analisados, sem a menor pretensão de esgotar o assunto, alguns exemplos práticos que demonstram os impactos da crise de representatividade democrática no que se refere à concreção dos direitos fundamentais dos grupos vulnerabilizados.

Nessa perspectiva, observa-se, por exemplo, a Lei nº 14.021, de 7 de julho de 2020 (Brasil, 2020b), que dispôs sobre a proteção social “para prevenção do contágio e da disseminação da COVID-19 nos territórios indígenas” e criou “o Plano Emergencial para Enfrentamento à COVID-19 nos territórios indígenas”, estipulando “medidas de apoio às comunidades quilombolas, aos pescadores

artesanais e aos demais povos e comunidades tradicionais para o enfrentamento à COVID-19”.

De acordo com a norma, devem ser garantidos aos povos indígenas, dentre outras medidas: (a) o acesso universal à água potável (art. 5º, I); (b) a “distribuição gratuita de materiais de higiene, de limpeza e de desinfecção de superfícies para aldeias ou comunidades indígenas, oficialmente reconhecidas ou não, inclusive no contexto urbano” (art. 5º, II); (c) o “acesso a testes rápidos e RT-PCRs, a medicamentos e a equipamentos médicos adequados para identificar e combater a COVID-19 nos territórios indígenas” (art. 5º, IV); (d) a “oferta emergencial de leitos hospitalares e de unidade de terapia intensiva (UTI)” (art. 5º, V, “a”); e) a “contratação emergencial de profissionais da saúde para reforçar o apoio à saúde indígena” (art. 5º, V, “c”).

Destaca-se que a previsão de acesso à água potável, a distribuição gratuita de materiais de higiene, de limpeza e de desinfecção de superfícies e a oferta emergencial de leitos hospitalares e de unidade de terapia intensiva (UTI), haviam sido objeto de veto pelo Presidente da República que foram derrubados pelo Congresso Nacional, reforçando a necessidade de se conferir maior representatividade a esses grupos vulnerabilizados.

Tem-se observado uma preocupação cada vez maior com relação à qualidade das democracias diante do “recrudescimento da onda de erosão democrática em curso”, representada pelo “uso de poderes emergenciais para concentração de funções, violações a direitos humanos e aumento das desigualdades sociais” (Possolo; Lopes, 2020).

Isso tudo agravado pelo impacto da tecnologia, a exemplo do uso das redes sociais, na democracia que vem provocando o “colapso da democracia parlamentar”, em razão da “transformação da visibilidade do poder” (Kang, 2012).

Não raras vezes, a falta de representatividade dos grupos vulnerabilizados perante o legislativo necessita ser suprida pelo Poder Judiciário por meio do exercício do denominado ativismo judicial com intervenção dos tribunais “em questões envolvendo políticas públicas e o processo político decisório, anteriormente reservados aos Poderes Legislativo e Executivo” (Zanferdini; Montes Netto; Nunes, 2020, p. 156).

Nessa perspectiva, coube ao Supremo Tribunal Federal (STF), na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 132 (Brasil, 2011), o reconhecimento da possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo, por meio da adoção de uma técnica de interpretação conforme a constituição, tendo a Corte Suprema assentado que:

[...] a preferência sexual se põe como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º da CF), e, assim, poderoso fator de afirmação e elevação pessoal. De auto-estima no mais elevado ponto da consciência. Auto-estima, de sua parte, a aplainar o mais abrangente caminho da felicidade, tal como positivamente normada desde a primeira declaração norte-americana de direitos humanos (Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, de 16 de junho de 1776) e até hoje perpassante das declarações constitucionais do gênero

(Brasil, 2011).

Na ADPF nº 54/DF (Brasil, 2012), o Pretório Excelso assentou que é inconstitucional a interpretação venha a tipificar nos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal a interrupção da gravidez de feto anencefálico, não se exigindo ainda autorização para que o médico realize o procedimento.

Por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n.º 26 (Brasil, 2019), proposta pelo Partido Popular Socialista, diante da inércia legislativa atribuída ao Congresso Nacional que, segundo o requerente “estaria frustrando a tramitação e a apreciação de proposições legislativas apresentadas com o objetivo de incriminar todas as formas de homofobia e de transfobia”, deixando de “dispensar efetiva proteção jurídico-social aos integrantes da comunidade LGBTTTT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transsexuais e Transgêneros)”. O STF reconheceu o estado de mora inconstitucional e assentou que até que sobrevenha legislação autônoma, a homofobia e a transfobia devem ser enquadradas nos tipos penais definidos na Lei n.º 7.716/89, qualificando-se as práticas homotransfóbicas como espécies do gênero racismo.

Observa-se, ainda, a mora do legislativo federal em diversos outros temas sensíveis envolvendo grupos vulnerabilizados, como a população LGBT que se encontra em cumprimento de pena nas prisões brasileiras, levando o Conselho Nacional de Justiça a editar a Resolução n.º 348 de 13, de outubro de 2020 (Brasil, 2020a), que “Estabelece diretrizes e procedimentos a serem observados pelo Poder Judiciário, no âmbito criminal, com relação ao tratamento da população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti ou intersexo que seja custodiada”.

A questão já foi objeto, inclusive, da Resolução da Corte IDH de 28 de novembro de 2018 sobre o Complexo Penitenciário de Curado, que consignou que o Estado brasileiro não confere tratamento adequado à população LGBT encarcerada (Corte IDH, 2018). Nesse aspecto, deve-se considerar que o cárcere para esse grupo vulnerável é duplamente punitivo, a considerar a aplicação de pena (que por si só já é injusta e cruel) e o pertencimento a grupo minoritário (LGBTQIAP+) (Silva; Nunes; Britto, 2022, p. 136-137).

No que se refere ao sistema carcerário brasileiro em geral, na ADPF nº 347/MC/DF (BRASIL, 2015), o STF reconheceu a existência de condições desumanas de custódia que provocam a violação massiva de direitos fundamentais, caracterizando essas falhas estruturais o denominado estado de coisas inconstitucional, expressão”, utilizada pela primeira vez pela Corte Constitucional da Colômbia no caso SU-559:

[...] no qual quarenta e cinco professores dos municípios de María la Baja e Zambrano alegaram que não estavam afiliados a nenhum fundo de serviço social, permanecendo sem cobertura pelo sistema de saúde, tendo o mencionado tribunal reconhecido que a situação estava em desacordo com a Constituição Colombiana (Nunes; Montes Netto; Ferreira, 2020, p. 264).

Conforme destacam Rios e Silva (2015, p. 11) “O enfrentamento da discriminação experimentada por indivíduos e grupos requer ferramentas adequadas às diversas situações em que se apresenta”, o que reforça a necessidade de

representatividade adequada desses grupos no Poder Legislativo, visando a concreção dos seus direitos fundamentais.

Não devem os grupos vulnerabilizados depender exclusivamente do Poder Judiciário para a efetivação dos seus direitos fundamentais, devendo ser destacado, ainda, que os membros do Poder Judiciário não são eleitos pelo voto e que o ativismo judicial tem sido objeto de críticas ao redor do mundo, fazendo emergir, inclusive, um movimento em sentido contrário denominado de autocontenção judicial, que preconiza a redução da interferência judicial em questões que competem aos demais Poderes, escapando o aprofundamento dessas questões dos limites do presente estudo, devendo constituir o objeto de novos trabalhos acadêmicos.

4 ANÁLISE LEGISLATIVA DOS MANDATOS COLETIVOS COMO FORMA DE REPRESENTATIVIDADE AMPLIADA DE GRUPOS VULNERABILIZADOS

Diante de entendimento maior dos mandatos coletivos e da constatação de seu aumento significativo na década passada, é necessário promover análise sobre os projetos que tramitam no Legislativo, com potencial para disciplinar o fenômeno em termos jurídicos, políticos e eleitorais.

O primeiro a ser analisado consiste no Projeto de Lei (PL) n.º 1422/2021 (Brasil, 2021a), que dispõe sobre mandato coletivo aplicável aos cargos de Deputado Federal, Estadual ou Distrital, bem como de Vereador Municipal. Em seu artigo 2.º, o PL determina que o mandato coletivo será exercido por um colegiado, denominado como “Coletivo Parlamentar”, o qual é formado por três membros, com a seguinte composição: (a) um membro-representante formalmente eleito nos termos da Constituição e da legislação eleitoral, atuando como representante do Coletivo junto à casa; e, (b) por dois membros-participantes, que serão obrigatoriamente filiados ao mesmo partido político e deverão auxiliar o membro-participante no exercício do mandato coletivo.

A justificativa do PL n.º 1422/2021 consiste em proporcionar regulamentação de mandatos coletivos em eleições proporcionais, sobretudo por dar normatividade constitucional ao mesmo, já que o instituto existe em âmbito infraconstitucional. O artigo 4º dispõe sobre as garantias conferidas aos membros do Colegiado, que envolvem: (I) o gozo das imunidades parlamentares e; (II) a participação nas decisões relacionadas ao exercício do mandato coletivo, respeitando as regras estabelecidas em seu ato constitutivo, com critérios definidos pelo estatuto do respectivo partido político e pela prevalência da vontade do membro-representante em caso de dissenso.

Outro projeto a ser analisado consiste na Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 379/2017 (Brasil, 2017), que busca inserir no texto do artigo 14 da Constituição de 1988 dispositivo que possibilite o mandato coletivo no âmbito do Poder Legislativo. Nascimento (2021, p. 107) reconhece a PEC de 2017 como importante instrumento para proporcionar a anuência aos mandatos coletivos em âmbito nacional, os equiparando aos mandatos individuais no texto constitucional. Sobre a sua tramitação:

No dia 09 de novembro de 2017, a Deputada Renata Abreu do PODE-SP apresentou Proposta de Emenda Constitucional - PEC visando acrescentar parágrafo ao art. 14 da Constituição Federal para institucionalizar o mandato coletivo no âmbito do Poder Legislativo. Bastante simples, ficaria assim: "Art. 14, § 12. Os mandatos, no âmbito do Poder Legislativo poderão ser individuais ou coletivos, na forma da lei." A proposta foi devolvida pelo relator sem manifestação, Deputado Chico Alencar do PSOL-RJ, e arquivada em 21 de janeiro de 2019; foi desarquivada e teve como último despacho, em 02 de julho do mesmo ano, o envio à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania - CCLJC, e nova nomeação de relatoria, a Deputada Shéridan do PSDB-RR, atualmente aguardando apreciação do plenário (Rossini, 2021, p. 50).

Percebe-se que a PEC n.º 397 busca de modo simplificado autorizar os mandatos coletivos ao considerá-los no artigo 14 do Diploma Constitucional vigente, sem estabelecer regras que os distinguem dos mandatos tradicionais. Dessa forma, poderia haver lei complementar para proporcionar o aprofundamento legislativo e as 'regras do jogo' para seu funcionamento, ou mesmo serem aplicadas as leis que recaem sobre os mandatos individuais. Há, nesse contexto, iniciativas legislativas consistentes para promover o advento dos mandatos coletivos de modo formalizado.

O Projeto de Lei Complementar (PLP) 112/2021 (Brasil, 2021b) dispõe em seu artigo 1.º a intenção de estabelecer Código para instituir normas materiais, processuais e procedimentais voltadas para assegurar o funcionamento da democracia representativa e participativa com o pleno exercício dos direitos políticos e dos direitos dos partidos políticos. O inciso I do artigo 21 do PLP dispõe, dentre as finalidades gerais dos partidos, a contribuição para a construção de uma opinião pública plural de temas de interesse coletivo, como na própria existência dos mandatos coletivos. Desta forma, essa acepção já aceita para a definição dos partidos envolve justamente sua capacidade para articular ações em prol do esforço legislativo para determinar o contexto dos mandatos coletivos no Brasil.

Por sua vez, o PL n.º 4724/2020 (Brasil, 2020) estabelece regras para o registro e para a propaganda eleitoral das candidaturas promovidas coletivamente, bem como para seu funcionamento:

Com 16 artigos, o projeto pretende regular o mandato coletivo, nomenclatura que esclarece compreender todos aqueles que forem exercidos de forma coletiva, compartilhada, colaborativa, cooperativa ou participativa, no âmbito das três esferas legislativas, municipal, estadual e federal. Da mesma forma que o PL 4475/2020, estabelece que as prerrogativas e obrigações do cargo ficam em nome do parlamentar eleito, inovando, porém, ao submeter seu exercício os estritos termos do estatuto do mandato, "acordo formal que delimita os elementos fundamentais do vínculo contratual entre o parlamentar e os coparlamentares" (Rossini, 2021, p. 51-52).

Na visão de Rossini (2021) o PL 4475 é considerado o mais completo em trâmite no legislativo, buscando determinar todos os critérios que envolvem os mandatos coletivos, o enquadrando no ordenamento jurídico pátrio. Ele apresenta, contudo, certas limitações, como definição de um máximo de 5 pessoas no mandato coletivo (1 parlamentar e 4 co-parlamentares) e sua vinculação a partido político, de modo que todos co-parlamentares devem pertencer ao domicílio eleitoral respectivo e estarem filiados ao mesmo partido, sendo escolhidos juntamente com os candidatos do cargo. O PL n.º 4475/2020 (Brasil, 2020), também analisado pela autora, voltado para alterar a Lei n.º 9.504/97, busca disciplinar especificamente o registro de candidaturas coletivas ao Poder Legislativo e as suas propagandas eleitorais, sendo que:

a ideia do proponente é simplesmente ressaltar que tanto o registro quanto a propaganda ficam vinculadas ao nome do candidato ao cargo, podendo, apenas, mencionar o nome do grupo ou coletivo social de forma acessória. A proposta chegou à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania - CCJC em 10 de fevereiro de 2021 e aguarda designação de relator, não havendo qualquer nova ação legislativa registrada no site oficial da Câmara dos Deputados que, inclusive, informa não haver tramitação no Senado Federal nem na Presidência da República (Rossini, 2021, p. 51).

Deste modo, há propostas consistentes que buscam disciplinar os mandatos coletivos no ordenamento jurídico brasileiro, cada qual com suas particularidades e estabelecendo diferentes critérios para as candidaturas e para o exercício dos mandatos em caso de eleição positiva. Com o aumento significativo dos pleitos coletivos nas últimas eleições, formalizar legislativamente os mandatos coletivos com a aprovação dos projetos é fundamental para que os mesmos sejam operacionalizados, já que se trata de uma realidade política presente no país como forma de aumentar a representatividade e grupos vulnerabilizados.

CONCLUSÃO

No Brasil e nos países da América Latina de um modo geral, os processos de colonização geraram uma visão eurocêntrica do Poder Legislativo, o qual acabou sendo historicamente composto por homens brancos, excluindo mulheres, pessoas negras, indígenas, quilombolas, pessoas LGBTQI+, pessoas com deficiência, dentre outras minorias das corridas eleitorais e do próprio debate público. Isso gera uma arena política pouco representativa, o que foi denominado no presente estudo como a desigualdade política, como reflexo das desigualdades sociais e da exclusão social dos grupos marginalizados, incluindo aqui as minorias, os vulnerabilizados, as pessoas historicamente prejudicadas e os hipossuficientes.

Avanços importantes foram realizados para a transformação da realidade vivenciada pelos sujeitos e pelos coletivos de pessoas vulnerabilizadas após o processo de redemocratização do Brasil em 1988. Contudo, a democracia participativa permanece como um mito, já que a mera igualdade formal de participação política não se confirma na prática, sendo esse um resultado de um esforço das elites

na sua manutenção do poder. Para as elites, o adequado é conferir às pessoas vulnerabilizadas representatividade parcial e fragmentada, já que a sua permanência no topo da estrutura e poder depende do enfraquecimento destes grupos. De fato, na visão dos autores do presente estudo, corroborado com as contribuições de outros autores, o aumento da representatividade dos grupos vulnerabilizados é enxergado como um perigo para as classes dominantes, respondendo assim, a problemática proposta, qual seja, como a regulamentação dos mandatos coletivos poderá contribuir para o reconhecimento de tais grupos e como ampliadores da representatividade social e política de pessoas vulnerabilizadas.

Dessa forma, passam a ser vislumbradas possibilidades para gerar uma representatividade ampliada, como os mandatos coletivos, os quais podem ser conceituados como uma candidatura eleita na qual um grupo de pessoas se posiciona como pleiteante, de modo conjunto, a um mesmo cargo público, algo que se intensificou na década de 2010, sobretudo após o *impeachment* de Dilma Rousseff, e que apresentou crescimento significativo nas eleições municipais do ano de 2020.

Esse aumento do número de candidaturas coletivas é um retrato do enfrentamento da crise de representatividade política em prol dos grupos vulnerabilizados, a exemplo das candidaturas feministas e quilombolas nas eleições de 2020 e em 2022, dentre outros coletivos, vide o quadro 1 apresentado no presente estudo. As eleições coletivas, como visto no quadro 2, eram pouco significativas em outras épocas da realidade política brasileira, mas sua expansão denuncia a tendência de aumento dos pleitos coletivos no contexto eleitoral.

Entretanto, no caso brasileiro, os mandatos coletivos ainda não foram objeto de conclusão legislativa para discipliná-los, mesmo com propostas e projetos que tramitam no Legislativo (PL n.1422/2021, PEC n. 379/2017, PL n. 4724/2020 e PL n. 4475/2020). Nota-se que cada proposta acaba contando com suas particularidades, como: (a) a PEC de 2017, que busca a mera alteração do artigo 14 da Constituição de 1988 para admitir os mandatos coletivos do mesmo modo que os mandatos tradicionais individuais; (b) o PL 4475, considerado o mais completo em trâmite no legislativo, buscando determinar todos os critérios que envolvem os mandatos coletivos, o enquadrando no ordenamento jurídico pátrio; e (c) o PL n.1422/2021, que dispõe sobre mandato coletivo aplicável aos cargos de Deputado Federal, Estadual ou Distrital, bem como de Vereador Municipal, determinando que o mesmo será exercido por um colegiado, denominado como "Coletivo Parlamentar", o qual é formado por três membros, e trazendo regras gerais para o funcionamento.

Diante da análise dos principais pontos e fundamentos dos mandatos coletivos como instrumentos para o aumento da representatividade de grupos vulnerabilizados e da compreensão da existência de um movimento de intensificação das candidaturas coletivas, constata-se o caráter de emergência para disciplinar e legitimar os mandatos coletivos formalmente. Trata-se de realidade que vem sendo observada nas eleições municipais, cabendo ao Legislativo encontrar a melhor opção e promovê-la para tornar os mandatos coletivos em um instrumento mais previsível e seguro, evitando que esses sejam desvirtuados em seu objetivo, que é a promoção da representatividade ampliada de grupos de pessoas vulnerabilizadas.

Deste modo, demanda-se por urgência no acompanhamento e evolução do Direito sobre as questões que envolvem a necessidade de ampliação da representatividade política e social - dando e vez e voz nos parlamentos - às pessoas vulnerabilizadas, concretizando o mandamento constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, do Pluralismo Político e da própria noção de democracia representativa, o que passa em essência por a apreciação célere da análise dos referidos projetos de leis em tramitação, a partir da positivação dos mandatos coletivos como instrumentos de efetivação de representatividade dos grupos vulnerabilizados na arena política, ampliando a participação destes grupos e a própria noção de democracia representativa.

A arena eleitoral é a forma genuína de acesso ao poder e já que, dentre as iniciativas analisadas no presente estudo, a mais antiga remete ao ano de 2017, o Poder Legislativo - dentro de sua missão precípua - pode sanar a questão da representatividade para que os grupos vulnerabilizados possam atuar em mandatos coletivos e os consolidarem como instrumentos de representatividade, dentro da legalidade, pedra de toque do direito brasileiro.

REFERÊNCIAS

- AIDAR, L. Todos os presidentes do Brasil (desde o primeiro até o último). *EBiografia*, [s.l.], 2022. Disponível em: https://www.ebiografia.com/todos_os_presidentes_do_brasil/. Acesso em: 6 set. 2022.
- BOURDIEU, P. *A dominação masculina*. Tradução: Maria Helena Kühner. 11. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei complementar n.º 112, de 2021*. Dispõe sobre o exercício coletivo do mandato eletivo no Poder Legislativo. Brasília: Câmara dos Deputados, 2021b. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2263417>. Acesso em: 2 jun. 2022.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei n.º 1.422, de 2021*. Dispõe sobre o mandato coletivo. Brasília: Câmara dos Deputados, 2021a. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2017181. Acesso em: 8 maio. 2022.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei n.º 4.475, de 2020*. Dispõe sobre o exercício coletivo do mandato eletivo no Poder Legislativo. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2263417>. Acesso em: 4 jun. 2022.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição 379, de 2017*. Insere parágrafo ao art. 14 da Constituição Federal para possibilitar o mandato coletivo no âmbito do Poder Legislativo. Brasília: Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2162014>. Acesso em: 2 jun. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 348*, de 13 de outubro de 2020. Estabelece diretrizes e procedimentos a serem observados pelo Poder Judiciário, no âmbito criminal, com relação ao tratamento da população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti ou intersexo que seja custodiada, acusada, ré, condenada, privada de liberdade, em cumprimento de alternativas penais ou monitorada eletronicamente. Brasília: Conselho Nacional De Justiça, 2020a. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3519>. Acesso em: 11 jun. 2022.

BRASIL. Constituição da República federativa do Brasil, 05 de outubro de 1988. Brasília: Câmara dos Deputados, 2023. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASIL. Lei nº 14.021, de 07 de julho de 2020. Dispõe sobre medidas de proteção social para prevenção do contágio e da disseminação da Covid-19 nos territórios indígenas; cria o Plano Emergencial para Enfrentamento à Covid-19 nos territórios indígenas; estipula medidas de apoio às comunidades quilombolas, aos pescadores artesanais e aos demais povos e comunidades tradicionais para o enfrentamento à Covid-19; e altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, a fim de assegurar aporte de recursos adicionais nas situações emergenciais e de calamidade pública. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2020b. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.021-de-7-de-julho-de-2020-265632745>. Acesso em: 11 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 / DF - Distrito Federal*. [...]. Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433180/false>. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 / DF - Distrito Federal*. ESTADO - LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. [...]. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Brasília, DF, 12 de abril de 2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur229171/false>. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132 / RJ - Rio de Janeiro*. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal conheceu da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como ação direta de inconstitucionalidade, por votação unânime. Prejudicado o primeiro pedido originariamente formulado na ADPF, por votação unânime. Rejeitadas todas as preliminares, por votação unânime. Em seguida, o Tribunal, ainda por votação unânime, julgou procedente as ações, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão. Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, Brasília, DF, 5 de maio de 2011. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2598238>. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347 / DF - Distrito Federal*. Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Brasília, DF, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur339101/false>. Acesso em: 10 set. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Assunto do Complexo Penitenciário de Curado. *CIDH*, [s.l.], 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06_por.pdf Acesso em: 11 jun. 2022.

FRASER, N. Da redistribuição ao reconhecimento? Demandas da justiça na era pós-moderna. In: SOUZA, J. (org.). *Democracia hoje: Desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: UnB, 2001.

JORGE, F. C.; LIBERATO, L.; RODRIGUES, M. A. *Curso de Direito Eleitoral*. Salvador: JusPodivm, 2016.

KANG, J. A mídia e a crise da democracia: repensando a política estética. Tradução de: Nathalie Bressiani. *Dossiê Teoria Crítica*, [s.l.], v. 3, p. 61-79, jul. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/5YX6FNdv39ZwFV7P7pS46Br/?lang=pt>. Acesso em: 11 jun. 2022.

NASCIMENTO, C. E. G. Crise da representatividade e o mandato coletivo como uma afirmação da democracia participativa no Brasil. *Boletim de Conjuntura (BOCA)*, Boa Vista, v. 5, n. 13, p. 94-115, 2021. Disponível em: <https://revista.iol.com.br/boca/index.php/revista/article/view/10>. Acesso em: 10 set. 2022.

NUNES, D. H.; MONTES NETTO, C. E.; FERREIRA, O. A. V. A. Acessibilidade e cidadania: a pessoa portadora de deficiência e o acesso à justiça em tempos de pandemia. *Revista de Estudos Jurídicos da UNESP*, Franca, v. 24, n. 39, 2021. DOI: 10.22171/rej.v24i39.3362. Disponível em: <https://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/3362>. Acesso em: 11 jun. 2022.

PAIXÃO, G. S.; SALIBA, M. G. Da vulnerabilidade social à vulnerabilidade política: a desigualdade social como desafio à realização da igualdade política substantiva. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto, v. 30, n. 2, p. 100-124, 2022. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/1955>. Acesso em: 7 set. 2022.

POSSOLO, R. C.; LOPES, M. T. T. Erosão e a renovação democrática: É possível ter esperança de dias melhores? *Centro de Estudos sobre Justiça de Transição*, [s.l.], 16 dez. 2020. Disponível em: <https://cjt.ufmg.br/2020/12/16/erosao-e-a-renovacao-democratica-e-possivel-ter-esperanca-de-dias-melhores/>. Acesso em: 11 jun. 2022.

RIOS, R. R.; SILVA, R. Discriminação múltipla e discriminação interseccional: aportes do feminismo negro e do direito da antidiscriminação. *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 16. Brasília, jan./abr. 2015, p. 11-37. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/xKt5hWwZFChwrbtFZxTGXKf/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 11 jun. 2022.

ROSSINI, A. M. Mandatos Coletivos e Compartilhados no Poder Legislativo: potencialidades de inovação democrática e propostas de regulação. *Revista de Movimentos Sociais e Conflitos*, v. 7, n. 2, p. 40 - 57, jul./dez. 2021.

SECCHI, L.; LEAL, L. *As candidaturas coletivas nas eleições municipais de 2020: análise descritiva e propostas para uma agenda de pesquisa sobre mandatos coletivos no Brasil*. Brasília: Editora IABS, 2020.

SEPÚLVEDA, B. T. Para se socializar a política: mulheres negras e mandatos coletivos no Brasil. *Revista Serviço Social em Perspectiva*, [s.l.], v. 4, n. Especial, p. 820-831, 2020. Disponível em: <https://www.periodicos.unimontes.br/index.php/sesoperspectiva/article/view/1534>. Acesso em: 6 set. 2022.

SILVA, J. R. *A vulnerabilidade social como desafio inclusivo da democracia participativa: um estudo sobre o Orçamento Participativo de Porto Alegre*. 2014. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

SILVA, J. S.; NUNES, D. H.; BRITTO, L. E. Presos duplamente condenados: análise sobre a ala LGBTQ+ nos presídios brasileiros. *Revista de Estudos Jurídicos da UNESP*, Franca, v. 24, n. 40, 2022. Disponível em: <https://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/3367>. Acesso em: 8 set. 2022.

SLENES, R. W. *Na senzala uma flor: esperanças e recordações na formação da família escrava - Brasil Sudeste, século XIX*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

TROTТА, L. C. Participação social e pluralidade: mandatos coletivos como nova forma de fazer política. In: SIMPÓSIO GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS, 6., 2020, Londrina. *Anais* [...]. Londrina: UEL, 2020. Disponível em: <http://anais.uel.br/portal/index.php/SGPP/article/view/1141/1089>. Acesso: 16 mai. 2022.

VASCONCELOS, B. A. Escravo como coisa e o escravo como animal: da Roma Antiga ao Brasil contemporâneo. *Revista UFG*, Goiânia, v. 14, n. 12, 2017. Disponível em: <https://revistas.ufg.br/revistaufg/article/view/48427>. Acesso em: 17 jul. 2022.

WALLIMAN, N. *Métodos de pesquisa*. São Paulo: Saraiva, 2015.

XEREZ, S. F. *A Viabilidade Jurídica Dos Mandatos Eleitorais Coletivos Na Ordem Político-Constitucional Brasileira Pós-88*. 2019. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019.

ZANFERDINI, F. A. M.; MONTES NETTO, C. E.; NUNES, G. H. S. O papel do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde sob a perspectiva das teorias do ativismo e da autocontenção judicial. *Revista Paradigma*, [s.l.], v. 29, n. 2, p. 146-165, 2020. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/2049>. Acesso em: 11 jun. 2022.

**CIDADANIA
SOCIAL E
ECONÔMICA
E SISTEMAS
NORMATIVOS**

**SOCIAL AND
ECONOMIC
CITIZENSHIP
AND NORMATIVE
SYSTEMS**

MORADIA ADEQUADA E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER: ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA À LUZ DO SISTEMA ONU DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Thaís Magno Gomes de Oliveira*
Raimundo Wilson Gama Raiol**

RESUMO

Este artigo se propõe a discutir acerca do direito de mulheres vítimas de violência doméstica à moradia adequada, perquirindo quais as diretrizes existentes dentro do Sistema Global de Direitos Humanos e analisando se a legislação brasileira é com estas compatível. Inicialmente traça-se o liame entre os dois temas para em seguida compulsar os documentos e resoluções emitidas por órgãos das Nações Unidas, sobretudo pelo Conselho de Direitos Humanos e Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher. Na sequência avalia-se a legislação brasileira para aferir a existência ou não de harmonia acerca do tratamento do tema no Brasil e na ordem internacional. O método de abordagem utilizado foi dedutivo e de procedimento qualitativo, realizando-se uma pesquisa bibliográfica e documental, colacionando doutrina, bem como resoluções de órgãos das Nações Unidas, projetos de lei brasileiros e, especialmente, a Lei Maria da Penha. Ao fim, chegou-se à conclusão de que, apesar de o Sistema Global de Direitos Humanos reconhecer o estreito vínculo entre os temas da violência doméstica contra a mulher e o direito à moradia, existe uma lacuna no tratamento específico da questão. Por sua vez, verificou-se a legislação brasileira se mostra em harmonia com os principais standards do Sistema Global de Direitos Humanos.

Palavras-chave: direitos humanos; direito à moradia; sistema global de direitos humanos; violência doméstica contra a mulher; Lei Maria da Penha.

Data de submissão: 27/09/2023

Data de aprovação: 09/04/2024

* Mestra em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA).

** Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA).

ADEQUATE HOUSING AND DOMESTIC VIOLENCE AGAINST WOMEN: ANALYSIS OF BRAZILIAN'S LEGISLATION IN THE LIGHT OF THE UN SYSTEM FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS

Thaís Magno Gomes de Oliveira
Raimundo Wilson Gama Raiol

ABSTRACT

The present article aims to discuss about the right of women victims of domestic violence to adequate housing, especially investigating what are the main standards in the Global Human Rights System and then check if the Brazilian's legislation is in harmony with it. At first, considerations about the right of adequate housing are made. Then it is analyzed the domestic violence against women and it is showed how both topics are bond to each other. In the sequence it is investigate how the Human Rights Council and some treaty-based bodies treat the study-object. After it is looked if the Brazilian's legislation is harmonic with the standards established in the Global Human Rights System, especially the Maria da Penha statute. The method of approach used in the research was deductive and the method of procedure qualitative. It was made a bibliographic and documental research, collecting doctrine related to the subject and documents from the Human Rights Council and the monitoring committees of the Convention for the Elimination of All Forms of Discrimination against Women and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. In the end, it was concluded that, although the Global Human Rights System recognizes the close link between the two themes, it remains a gap in the specific treatment of the issue. In turn, Brazilian legislation is in balance with the main standards of the Global Human Rights System, regarding the right of women victims of domestic violence to decent housing.

Keywords: human rights; adequate housing; global human rights system; domestic violence against women; Maria da Penha Statute.

Date of submission: 27/09/2023

Date of approval: 09/04/2024

INTRODUÇÃO

A violência doméstica contra a mulher é um problema que afeta mulheres no mundo todo. Enraizado em questões culturais e regimes patriarcais, a discriminação contra a mulher e o estabelecimento de estereótipos comprometem a fruição dos direitos humanos de mulheres e meninas que, muitas vezes e em vários cantos do mundo, são vistas como objeto e não como sujeito de direitos (United Nations, 2017).

Nesse sentido, a comunidade internacional reconheceu e firmou vários pactos e tratados internacionais, com vistas a eliminar todas as formas de discriminação e violência contra a mulher, como a celebração da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979 (*Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, CEDAW*), documento integrante do Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos ou Sistema ONU.

Dentre as várias problemáticas atinentes à violência doméstica contra a mulher, pouca atenção se tem dado a questão do seu direito à moradia, ou melhor, ao direito das mulheres vítima de violência doméstica à moradia adequada.

De acordo com a literatura, o direito à moradia é classificado como integrante dos direitos de 2ª dimensão ou geração, tendo sido consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, ganhando maior robustez e normatividade no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (PIDESC) (Couto, 2013).

De acordo com o mencionado Pacto Internacional (Couto, 2013), o direito à moradia (art. 11, 1) deve ser garantido a todas as pessoas sem discriminação alguma. Ressalta-se que o PIDESC acrescentou o termo “adequada”, ao dispor sobre o direito de moradia, de modo a ampliar o sentido que se deve dar ao referido direito, conforme se verá adiante.

Levando em consideração que o Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos é formado por uma gama de tratados e documentos internacionais firmados entre os Estados-membros das Nações Unidas, com o fim de proteger e promover os direitos humanos, indaga-se sobre quais são os *standards* de proteção ao direito das mulheres vítimas de violência doméstica à moradia? A legislação brasileira segue a orientação destes órgãos?

Com vistas a responder a essas indagações, utilizando do método dedutivo, realizou-se uma pesquisa bibliográfica e documental baseada nos principais documentos emitidos pelos órgãos do Sistema ONU encarregados da promoção e proteção dos direitos humanos.

Em busca de colacionar as diretrizes normativas existentes no Sistema Global de Direitos Humanos atinentes à problemática do direito de mulheres vítimas de violência doméstica à moradia adequada, fez-se a análise das Resoluções do Conselho de Direitos Humanos editadas nos últimos 4 (quatro) anos cujos temas se referiam tanto à discriminação e violência contra mulher como ao direito de habitação. Outrossim, foram investigadas questões atinentes à temática nas Observações Gerais do Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais (*General comment*) e nas Recomendações Gerais do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (*General recommendation*).

No que concerne à legislação brasileira, centra-se a análise na Lei Maria da Penha e seus dispositivos atinentes à moradia. Igualmente, buscou-se averiguar os projetos de lei em tramitação relativos à temática, quais sejam: projeto de lei 1.717/2021 da Câmara dos Deputados, o qual visa conceder o direito real de habitação à mulher vítima de violência doméstica judicialmente reconhecida; o projeto de lei 4.692/2019 do Senado Federal, destinado a alterar a Lei 11.124/2005 (SNHIS) e a Lei 11.977/2009 (PMCMV), para dar prioridade à mulher vítima de violência doméstica na concessão de moradias sociais.

Na segunda seção do artigo, apresenta-se o conceito de moradia adequada, desenvolvendo-se a ligação existente entre esse direito e violência doméstica. Na terceira seção, explora-se a questão da violência contra a mulher, especificamente a violência doméstica. Na quarta seção, discorre-se sobre as normativas existentes no Sistema Global de Direitos Humanos a respeito do tema. Na quinta seção, faz-se reflexões acerca da legislação brasileira à luz dos *standards* de direitos humanos.

1 O DIREITO À MORADIA ADEQUADA

Conforme Sampaio e Waldman (2019), a casa é o lugar onde o indivíduo encontra estrutura para o gozo de outros direitos humanos, sendo condição essencial para o desenvolvimento da personalidade do ser humano. Nesse sentido, o direito à moradia não pode ser compreendido apenas como local em que uma pessoa se abriga, devendo englobar também o ambiente psicológico e físico que lhe permita a prática de atividades básicas.

Segundo destacou Nascimento (2020), antes de vir expresso na Constituição de 1988, o direito à moradia vinha implícito em vários dispositivos de nossa Carta Maior, como o direito à saúde, à privacidade, à inviolabilidade do domicílio, além de ser decorrência do princípio da dignidade humana.

Entende-se, portanto, que o direito à moradia é mais bem apreendido quando se olha sua dupla interface de direito e garantia. É o direito que toda pessoa tem de possuir uma habitação, um local para repousar e descansar, podendo ser exigido seu cumprimento pelo Estado; mas também é uma garantia fundamental, na medida em que viabiliza a realização de outros direitos, como o direito à privacidade e à integridade física e mental.

Nesse ponto, relembra-se que a Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993 reconheceu em seu item cinco como características dos direitos humanos a universalidade, indivisibilidade, interdependência e inter-relação.

Conforme esclarece Piovesan (2012), consideram-se “universais” esses direitos em razão de serem atribuídos a todos, sem discriminação, e “indivisíveis”, porque existe condicionamento recíproco de observância, sendo a fruição dos direitos civis e políticos condicionadas a dos direitos econômicos, sociais e culturais, formando um todo indivisível. Consoante, Couto (2013, p.183):

[...] não é possível efetuar a divisão dos direitos humanos em negativos e positivos ou civis e políticos e sociais em virtude do caráter expansivo de indivisibilidade e interdependência e da ausência de hierarquia entre eles. O direito humano (civil e político) à vida e o (direito humano social) à alimentação podem

ser vistos como diferentes perspectivas de proteção do mesmo valor.

Um escravo bem alimentado, com excelente habitação e vestuário, como um miserável sem possibilidade de trabalho com absoluta garantia de liberdade e participação política, facilmente comprovam no plano fático a inviabilidade da divisão dos direitos humanos.

Dessa forma, existe uma verdadeira correlação e interdependência do direito das mulheres vítimas de violência doméstica a salvaguarda não somente de sua integridade física e psicológica dentro de seus lares, como também a proteção de seu respectivo direito à moradia digna ou adequada.

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (por sua sigla em inglês, *CESCR*), criado a partir do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (*PIDESC*), sustenta que o direito à moradia adequada deve compreender a noção de adequabilidade, envolvendo vários fatores, tais como: circunstâncias sociais, econômicas, culturais, climáticas, ecológicas e de outra índole, sendo direito essencial para o gozo de outros direitos econômicos, sociais e culturais (United Nations, 1991).

Ainda de acordo com o United Nations (1991), em seu Comentário nº 4, ainda que a falta de moradias ou sua inadequabilidade seja um problema especialmente grave em países em desenvolvimento, por enfrentarem limitações de recursos, também existem consideráveis problemas em alguns países desenvolvidos.

A seu turno, o Conselho de Direitos Humanos da ONU (United Nations, 2018) destacou na Resolução nº 37/4, a importância de se assegurar o direito de posse, considerando que este proporciona um melhor desfrute do direito à moradia adequada, bem como a muitos outros direitos econômicos, sociais e culturais, inclusive direitos civis e políticos.

Mesmo que seja um direito social (compreendendo realização progressiva por parte do Estado, conforme reconhecido em tratados internacionais), o direito à moradia é componente do que se compreende por mínimo existencial (conquanto de maneira não unânime entre os autores), representado pelas condições humanas básicas inseparáveis da realização da dignidade humana (Ferreira; Brito Filho, 2019). Consoante Sarmiento (2016), Pontes de Miranda, já em 1933, se referia a existência de um direito público subjetivo à subsistência (mínimo vital), o qual se realizaria pelo atendimento à alimentação, vestuário e habitação.

O mínimo existencial não se esgota em garantir necessidades humanas fisiológicas para sobrevivência, mas busca assegurar a própria dignidade humana - princípio este que fundamenta constitucionalmente (art.1º, III, CRFB/88), em conjunto com a previsão de direitos sociais como habitação, alimentação e saúde (art.6º, CRFB/88), o próprio direito ao mínimo existencial (Sarmiento, 2016).

No ordenamento jurídico nacional, o direito à moradia vem expresso no art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) - com alteração dada pela Emenda nº 26 de 2000 - que versa sobre os direitos sociais, estando sob o título dos direitos e garantias fundamentais. Por se tratar de um direito fundamental, possui aplicação imediata, conforme dispõe o §1º do art. 5º, sendo, portanto, *justiciável* ou juridicamente exigível (Sarlet, 2009).

Aliás, conforme Piovesan (apud Couto, 2013, p. 185), encontra-se superada no âmbito internacional a ideia de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são acionáveis e exigíveis. Tais direitos não são generosidade, mas autênticos direitos fundamentais.

Na legislação infraconstitucional brasileira, pode-se destacar algumas leis essenciais, na promoção da concretização do direito à moradia, como a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, conhecida como Estatuto das Cidades, que colocou esse direito dentre as diretrizes gerais da política urbana para o desenvolvimento social das cidades; a Lei nº 11.124, de 16 de junho de 2005, que dispôs sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS) e criou o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS); e a Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, que instituiu o Programa “Minha Casa, Minha Vida” (Couto, 2013; Nascimento, 2020).

Por sua vez, no campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, são inúmeros os instrumentos que trazem o direito à moradia, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu artigo 25; o já mencionado Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), em seu art. 11; a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (art. 28) e a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (art. 14, 2, “h”). Todos, instrumentos jurídicos ratificados pelo Brasil¹ e componentes do *corpus juris* do Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos ou Sistema ONU.

Em particular, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CESCR) (United Nations, 1991), em seu Comentário Geral nº 4, fixou que o direito de moradia não deve ser compreendido como “viver sob um teto”, mas inclui o direito a certas liberdades, como a liberdade de escolher o próprio local de residência e livre circulação, a proteção contra ingerências arbitrárias por parte do Estado no lar, na família e vida privada, bem como a proteção contra despejos forçados.

Fundamentalmente, é importante ressaltar que o Conselho de Direitos Humanos da ONU mostrou preocupação com a constatação de que o direito à moradia adequada não se mostra efetivo para muitas pessoas, no mundo, e a inadequação ou falta de lar, bem como despejos forçados atingem especialmente mulheres, crianças e pessoas com deficiência, sobretudo crianças e mulheres com tal singularidade.

A vulnerabilidade desses grupos de indivíduos, ainda que sejam afetados de formas diferentes, possuem causas estruturais comuns, sendo as pessoas com deficiência as que com frequência sofrem diversas formas de discriminação com relação ao direito à moradia, seja em virtude do desenho dos edifícios, seja porque em particular correm maior risco de serem vítimas de violência dentro de casa (United Nations, 2018).

Em síntese, o direito à moradia não pode ser analisado em um sentido estrito de possuir um local para descansar sob um teto, mas lugar onde se possa viver com dignidade e segurança, o que implica em existirem condições mínimas, tanto físico-estruturais, quanto público-sociais de acesso a serviços sociais básicos.

¹ Exclui-se apenas a Declaração Universal de Direitos Humanos, pois esta, por ter natureza de declaração (instrumento jurídico de *soft law*), não necessita do ato internacional posterior à assinatura.

De igual modo, não se pode olvidar que devem ser considerados elementos de caráter intersubjetivo, especialmente relativos à segurança intrafamiliar dos sujeitos que dividem a mesma residência, uma vez que o desenvolvimento do ser humano com dignidade importa em respeito a direitos atinentes à constituição moral do ser.

Por fim, não se pode perder de vista que existem grupos especialmente vulneráveis, no tocante à falta de um lar adequado e seguro, tais como mulheres, crianças e pessoas com deficiência. Logo, pensar sobre a efetivação do direito à moradia adequada deve perpassar por considerar as particularidades e realidade de cada indivíduo.

Nesse aspecto, destaca-se a problemática da mulher vítima de violência doméstica. Como trouxe a lume Paglione (2006), o conceito de moradia adequada, como expresso no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, deve necessariamente incluir o direito de viver livre de ameaças ou violência doméstica, sendo imprescindível que a interpretação de tal direito se dê a partir de uma perspectiva sensível ao gênero.

Possuir uma moradia adequada é não só um direito fundamental expresso na Constituição de 1988, bem como um direito humano consagrado em tratados internacionais e dirigido a todas as pessoas, sem discriminação. Nessa senda, questiona-se em que medida as mulheres vítimas de violência doméstica no Brasil possuem amparo na legislação brasileira com relação ao seu direito a uma moradia adequada? Estariam as normas pátrias compatíveis com os *standards* internacionais de proteção aos direitos humanos das mulheres?

2 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER: CONCEITUAÇÃO E ASPECTOS INTERNACIONAIS E NACIONAIS DO PROBLEMA

Embora o foco do trabalho se restrinja à violência doméstica perpetrada contra a mulher, especialmente mulheres vítimas de violência por seus maridos e companheiros, é importante esclarecer que, conforme destaca Paglione (2006) e Piosiadlo, Fonseca e Gessner (2012), o termo “violência doméstica” compreende a agressão física, psicológica e moral que ocorre dentro do âmbito privado, geralmente entre indivíduos ligados mediante relações de intimidade, com vínculo sanguíneo ou jurídico (como entre maridos e mulheres, mães e filhos), sendo a mulher, todavia, a principal vítima da violência.

A violência doméstica contra a mulher é apenas uma das formas de violência que acomete mulheres em todo o mundo, sendo em essência o resultado da discriminação contra o gênero feminino, em decorrência de regimes patriarcais que tradicionalmente submetem às mulheres a estereótipos e a relações desproporcionais de poder com o sexo masculino.

A relação entre o regime patriarcado e diferentes formas de discriminação contra as mulheres como causa e consequência da violência contra a mulher é fator reconhecido internacionalmente, tendo a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher de 1993 e o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (*CEDAW*) ressaltado esse problema.

O patriarcado é o regime de opressão mais antigo da humanidade e tem como gênese a concessão de privilégios sociais atribuídos aos homens e negados às mulheres. Traduz-se em um sistema de dominação masculina, com sujeição feminina, em razão da condição biológica e de capacidade reprodutiva da mulher (Dias, 2021).

Conforme salientam Dias (2021), Santos e Silva (2021), o patriarcado como estrutura social confinou as mulheres ao trabalho de reprodução (confinada aos limites do lar) e os homens ao trabalho de produção, cabendo a estes o espaço público e a dominação nas relações de poder entre os sexos. De acordo com Camurça (2007), a violência contra a mulher é um dos mais antigos e usuais mecanismos da dominação patriarcal, presente no dia a dia de milhares de mulheres que saem do padrão de comportamento estereotipado esperado, tanto na esfera pública quanto na esfera privada.

A violência contra a mulher ocorre em maior ou menor grau, em todas as sociedades e países do mundo, atingindo mulheres e meninas, independentemente de origem étnica, *status* social ou renda, nas esferas pública e privada, sendo a violência doméstica o fenômeno social mais democrático, não conhecendo quaisquer fronteiras (Naciones Unidas, 2014; Dias, 2021). A violência doméstica, por ocorrer dentro da esfera privada, no âmbito de lares familiares e em relações íntimas de afeto, foi, por muitos anos, invisibilizada, em razão da noção legal e social que gira em torno da questão da intimidade e da relação conjugal, da privacidade, do lar e respeito às relações familiares em geral (Dias, 2021; Paglione, 2006).

Conforme enfatiza Dias (2021), por vezes, a mulher sequer toma consciência de que os abusos e agressões cometidos pelo marido são formas de violência contra sua integridade como pessoa, passíveis de sanção pelo Estado. Naturaliza-se o comportamento violento do sexo masculino, não se sentindo a mulher vítima de seu companheiro, de modo que há dificuldade de se precisar a real dimensão do problema na sociedade.

É de fundamental importância destacar que a violência doméstica contra a mulher não é um problema que se restringe à esfera privada, mas um problema de saúde pública, indo além do dano individual e trazendo impactos para toda a coletividade social (Piosiadlo; Fonseca; Gessner, 2012).

Este é entendimento pacífico no âmbito internacional, reconhecido pelo Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas e pelo Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (CEDAW), sendo a violência contra a mulher tratada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como um problema de saúde pública global² - em que uma das formas mais comuns é a violência perpetrada pelo parceiro ou companheiro da vítima.

Dado interessante é que, segundo Dias (2021), no Brasil, o valor da violência corresponde a 10,5% do PIB, considerando os custos despendidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e pelo Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), no pagamento dos tratamentos de saúde para as vítimas, bem como concessão de licenças.

² <https://www.who.int/publications/i/item/WHO-SRH-20.04>.

De acordo com os dados levantado pela ONU Mulheres³, em 2018, 1 (uma) a cada 7 (sete) mulheres sofreu violência física e ou sexual de seus maridos ou parceiros, tendo o número de casos aumentado durante o período de pandemia COVID-19, o que se explica pelo fato de que, dentre as medidas governamentais de combate ao vírus, foi a exigência de confinamento das pessoas em suas respectivas casas.

Ainda de acordo com a ONU Mulheres, o Secretário Geral das Nações Unidas, António Guterres, requereu a atenção dos Estados para o aumento de medidas de proteção a mulheres e meninas, em razão da escalada de violência, durante a quarentena exigida pelos governos em resposta à pandemia COVID-19, lembrando que a violência não se restringe a campos de batalha, mas “para muitas mulheres e meninas a ameaça parece maior onde deveriam estar mais seguras: em suas próprias casas”⁴.

No Brasil, segundo o Anuário de Segurança Pública Brasileiro de 2019 (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019), foram registradas 263.067 lesões corporais dolosas contra a mulher, no ambiente doméstico, em 2018, tendo sido elevado a razão de 0,8% em relação ao ano anterior.

Barros (2021) destacou que, segundo dados da Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos, foram registradas mais de 105 mil denúncias de violência contra a mulher em 2020, tendo sido verificado um aumento na razão de 13% em relação ao ano de 2019.

De acordo com os dados fornecidos pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, relativos ao 1º semestre de 2020 (com atualização até 12 de abril de 2021), dentre 195.110 mil denúncias registradas, 37.864 foram denúncias relativas à violência doméstica e familiar contra a mulher⁵.

Em relação ao período a partir de 01 de julho de 2021 (com atualização até 25 de outubro de 2021), dentre 285.445 denúncias registradas 63.989 decorrem de casos de violência doméstica e familiar contra a mulher⁶.

Nesse contexto, não há como negar a estreita relação que permeia o direito à moradia adequada e a violência doméstica contra as mulheres. A situação emergencial decorrente da pandemia COVID-19 apenas evidenciou ainda mais a necessidade de se pensar sobre a correlação entre os dois temas.

3 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER E O DIREITO À MORADIA ADEQUADA NO SISTEMA GLOBAL DE DIREITOS HUMANOS: STANDARDS INTERNACIONAIS

O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos publicou, em 2012, um documento específico tratando da questão do direito à moradia adequada para as mulheres. As informações trazidas no documento referem-se

³ Dados disponíveis em: <https://www.unwomen.org/en/what-we-do/ending-violence-against-women/facts-and-figures>

⁴ Informações disponíveis no site: <https://brasil.un.org/pt-br/85450-chefe-da-onu-alerta-para-aumento-da-violencia-domestica-em-meio-pandemia-do-coronavirus>

⁵ 1º semestre de 2020 — Português (Brasil) (www.gov.br)

⁶ A partir de 01/07/2020 — Português (Brasil) (www.gov.br)

ao trabalho das Relatorias Especiais sobre moradia adequada e mulheres, bem como ao ofício de outros mecanismos de direitos humanos, no âmbito das Nações Unidas, como o Comitê de Direitos Econômicos e Sociais (CESCR) e o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (CEDAW).

No documento, foram abordadas várias problemáticas específicas que atingem as mulheres de forma peculiar, como a impossibilidade de mulheres serem herdeiras de bens imóveis, de não possuírem segurança na posse dos lares em que residem etc.

Especificamente, no que concerne ao problema do direito de mulheres vítimas de violência doméstica à moradia adequada, deixou-se registrada a existência de um estreito vínculo entre a violência ocorrida no âmbito do lar e o direito à moradia assim qualificada, nos termos em que este fora estabelecido pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

De acordo com o referido documento, “a violência na família é uma das mais insidiosas formas de violência contra a mulher, pois a falta de independência econômica obriga a muitas mulheres a permanecer em relações violentas” (United Nations, 2012, p.85, tradução nossa).

Outrossim, a falta de proteção ao direito à moradia adequada às mulheres tende a torná-las mais vulneráveis à violência doméstica. Nesse sentido, os Relatores Especiais verificaram que a falta de segurança em relação ao direito de posse, por exemplo, como leis excludentes ou lacunas normativas que proíbem ou não atendem aos interesses das mulheres pela simples condição de sexo feminino possuem vínculo estreito no que tange à violência doméstica, tendo a mulher que escolher entre ficar desabrigada ou se submeter às ofensas físicas e psicológicas (United Nations, 2012)

Interessante parte do documento traz um estudo na região do Pacífico, relatando um testemunho de que, nas Ilhas Cook, existe uma aldeia que possui, de um lado, terras pantanosas (que são fontes de alimentos) habitadas pelos *pupukan* e, de outro, terras não pantanosas habitadas pelos *rotogan*. No lado *pupukan*, as mulheres têm direito à propriedade da terra e quase não se encontra casos de violência doméstica. Em oposição, no lado *rotogan*, as mulheres não gozam de direito à propriedade, sendo o nível de violência no ambiente doméstico elevado.

Passando para a análise dos *standards* ou diretrizes normativas acerca do tema sobre violência doméstica contra a mulher e a adequabilidade de sua moradia, não há nenhum documento específico tratando da problemática, nos principais órgãos do Sistema Global dos Direitos Humanos, nem mesmo no Comitê sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, órgão este criado sob a égide da Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

No entanto, é possível extrair algumas considerações e diretrizes acerca da questão em alguns documentos, Resoluções e Recomendações, emanados pelo Conselho de Direitos Humanos e pelos órgãos de tratado da Convenção para Eliminação da Discriminação contra a Mulher e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

3.1 VIOLÊNCIA DE GÊNERO, DOMÉSTICA E MORADIA ADEQUADA NO CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS

Dentro do Conselho de Direitos Humanos, reconhece-se que a discriminação contra a mulher está enraizada em estereótipos de gênero e patriarcado, submetendo mulheres em relações desiguais de poder que afetam a realidade de meninas e mulheres em seu dia a dia, inclusive em seus lares.

Em particular, na Resolução 38/1 de 2018, o Conselho de Direitos Humanos consignou que lamentava as justificações dos Estados baseadas em suas tradições e culturas, como meio de contrariar sua obrigação internacional de eliminar todas as formas de discriminação contra a mulher, sobretudo, condenou a violência de gênero, tanto na esfera pública quanto privada, incluindo a violência doméstica (United Nations, 2018).

Consoante recorda e sustenta o Conselho de Direitos Humanos, os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados, devendo a igualdade de gênero ser promovida de forma abrangente e sistemática; sendo os direitos econômicos e sociais das mulheres imprescindíveis ao desenvolvimento econômico-social e para erradicação da pobreza, de modo que os Estados são obrigados a adotar todas as medidas necessárias para eliminar a discriminação e violência contra as mulheres por parte de agentes públicos e privados.

Nesse sentido, o Conselho de Direitos Humanos clama aos Estados a garantir os direitos econômicos, sociais e culturais sem discriminação a mulheres e meninas, devendo combater a feminilização da pobreza e garantindo iguais direitos e recursos como a propriedade de imóveis, linhas de crédito e financiamento para seu acesso, segurança e modalidades de fruição da posse de terras etc. (United Nations, 2018).

Em 2020, com a eclosão da pandemia COVID-19, o Conselho de Direitos Humanos (United Nations, 2020) registrou, em sua Resolução 44/17, que se intensificaram formas pré-existentes de desigualdades e discriminação sistemática enfrentada por mulheres e meninas, tais como o patriarcado, o racismo e desigualdades socioeconômicas, ocorrendo uma distribuição desproporcional na divisão de atividades domésticas e de cuidado (não remunerado), além do aumento de casos de violência baseadas no gênero e estupros.

Nesse sentido, o Conselho de Direitos Humanos conclamou os Estados a prevenirem e responderem ao aumento da violência contra mulheres e meninas, em meio ao COVID-19, integrando medidas de prevenção, responsabilizações e proteção, inclusive através da execução de meios legais, pela ampliação da capacidade de abrigos a vítimas de violência doméstica, bem como serviços essenciais, em colaboração com a sociedade civil, intensificando a advocacia e campanhas de sensibilização, abordando o tema da violência contra as mulheres, durante o confinamento (United Nations, 2020).

De acordo com o Conselho de Direitos Humanos (United Nations, 2020), a pandemia COVID-19 evidenciou ainda mais desigualdades e discriminações estruturais pré-existentes, como o acesso limitado a moradias adequadas e a serviços de saúde e assistência, bem como elevou o risco de várias formas de violência contra mulheres, sendo a violência doméstica uma das formas prevaletes.

Em especial, o Conselho de Direitos Humanos destacou que a violência doméstica não é um assunto pertencente à privacidade familiar, mas assunto de interesse público, chamando os Estados a prevenir e eliminar todas as formas de violência contra meninas e mulheres, adotando, dentre outras recomendações, a implementação ou fortalecimento da legislação (recrudescimento) proibindo a violência contra as mulheres (incluindo mulheres e meninas com deficiência), bem como outras formas de proteção, na esfera pública e privada *inter alia*, proteção contra violência manifestada *online* e violência doméstica.

Em relação específica ao direito de moradia, o Conselho de Direitos Humanos destacou, em suas Resoluções 37/4 de 2018 e 43/14 de 2020, a necessidade de os Estados considerarem estratégias interseccionais, adotando medidas com base em considerações de gênero, idade e deficiência, devendo-se ter atenção especial à garantia de moradia adequada às mulheres, levando em conta suas experiências específicas, como a discriminação e a violência particular de que são vítimas (United Nations, 2018, 2020).

Ademais, em tais Resoluções, em atenção particular à situação diferenciada das mulheres que frequentemente são vítimas de discriminação e violência, o Conselho de Direitos Humanos requereu aos Estados que garantam iguais direitos ao acesso à propriedade de terras, ao recebimento de heranças e moradias, incluindo estratégias que possibilitem igual acesso a crédito, hipoteca e casa própria, levando em consideração especial a segurança da moradia, sobretudo, quando mulheres e crianças enfrentam qualquer forma de violência ou ameaça.

3.2 COMITÊ PARA ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER (CEDAW) E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (doravante “Convenção”) não trouxe em seus dispositivos nenhuma referência expressa à proteção contra a violência doméstica ou, de modo geral, sobre a violência de gênero. O texto da Convenção também não trabalha de modo específico com o direito à moradia adequada, trazendo a questão da adequabilidade de moradia somente no artigo referente aos direitos das mulheres em situação rural (art. 14, 2, h).

No entanto, o Comitê para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (por sua sigla em inglês, *CEDAW*), elaborou considerações e recomendações aos Estados-Partes, no que concerne à problemática da violência contra a mulher, em suas Recomendações Gerais nº 12, nº 19 e nº 35 (United Nations, 1989, 1992, 2017). Nenhuma destas, contudo, trabalha de modo específico com a situação da moradia adequada e a violência doméstica.

Ainda assim, é importante mencionar que, na Recomendação Geral nº 19 de 1992, o *CEDAW* afirmou que o cumprimento das disposições da Convenção para Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher exige dos Estados medidas para eliminar a violência contra a mulher e isso porque o artigo 1º da respectiva Convenção, o qual define a discriminação contra a mulher, inclui

em sua interpretação que se considere a violência baseada no gênero (United Nations, 1992).

Desse modo, o Comitê afirmou que toda violência perpetrada contra a mulher pelo fato de ser mulher; incluindo atos que lhe ocasionem (ou ameacem causar) danos ou sofrimentos físicos, mentais ou sexuais, bem como outras formas de privação da liberdade, estão contidos na ideia de discriminação, conforme disposta no artigo 1^a. Assim, qualquer violência contra a mulher infringe dispositivos da Convenção, ainda que não haja menção expressa à violência (United Nations, 1992).

Assim como o Conselho de Direitos Humanos, o *CEDAW* destacou, na Recomendação Geral n^o 19, que existe vinculação direta entre a violência contra a mulher, padrões socioculturais e funções estereotipadas atribuídas a homens e mulheres. Especialmente, o *CEDAW* destacou que comportamentos e tradições que subordinam as mulheres aos homens ou que empregam estereótipos perpetuam a difusão de práticas de violência e coação contra mulheres e contribuem para a difusão de pornografia e outros tipos de exploração comercial que tratam a mulher como objeto, não como pessoa (United Nations, 1992).

Dentre algumas das recomendações dispostas no Comentário n^o 19, o *CEDAW* demandou aos Estados que adotassem medidas apropriadas e eficazes para combater atos discriminatórios, tanto públicos quanto privados, em virtude de razão de gênero, e que leis contra a violência e maus tratos contra a mulher perpetrados na família protejam, de modo adequado, sua integridade e dignidade (United Nations, 1992). De igual modo, determinou-se que os Estados estabelecessem serviços de apoio às vítimas de violência doméstica, sexual, dentre outras formas, bem como adotassem as medidas necessárias para coibir a violência familiar, com sanções penais e recursos civis.

Na Recomendação Geral n^o 35, elaborada em 2017, o Comitê para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher trouxe algumas atualizações, destacando que, em razão de os Estados virem endossando em suas práticas a interpretação feita pelo comitê na Recomendação Geral n^o 19 sobre o artigo 1^o (englobando no conceito de discriminação a proibição de violência contra a mulher), tal fato implicava na evolução da proibição da violência contra a mulher, em norma costumeira internacional (United Nations, 2017).

Tal como o Conselho de Direitos Humanos, o *CEDAW* destacou, no Comentário n^o 35, que o problema da violência de gênero não se trata de uma questão que envolve um problema individual, mas um problema social e que necessita de solução para além da esfera vítima/infrator (United Nations, 2017).

Destaca-se que, dentre suas recomendações aos Estados, o *CEDAW* solicitou que se revoguem legislações que dificultam a denúncia ou queixa da mulher contra seus agressores, tais como leis que preveem a punição tanto do homem quanto da mulher em casos de violência doméstica (dupla sanção) ou que permitem o processamento contra a mulher quando o homem é absolvido. Além disso, o *CEDAW* destacou que os Estados devem adotar medidas de proteção contra a violência de gênero, dentre as quais garantir assistência financeira, ajuda médica, psicológica e serviços de aconselhamento gratuitos ou de baixo custo às mulheres vítimas de violência, bem como viabilizar o acesso a moradias a custos razoáveis.

3.3 O DIREITO À MORADIA ADEQUADA NO COMITÊ SOBRE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

O Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (por sua sigla em inglês, *CESCR*) trabalhou com a interpretação do direito à moradia adequada, disposto no art.11 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), em seus Comentários Gerais nº 4 e nº 7. O primeiro trata de estabelecer parâmetros para a interpretação da adequabilidade de moradia, enquanto o Comentário Geral nº 7 é restrito ao tema de despejos forçados (United Nations, 1991, 1997).

Asseverou o *CESCR* que o direito à moradia adequada deve ser entendido em sentido amplo, como o lugar em que se possa viver com segurança, paz e dignidade; e isso porque este direito está vinculado a outros direitos humanos e princípios fundamentais que servem de premissa ao PIDESC.

Assim, vários fatores devem ser considerados para que uma moradia seja considerada adequada, como fatores sociais, econômicos, culturais, climáticos, ecológicos e de outra índole. Dentre vários aspectos que devem ser levados em conta, o Comitê destaca que alguns deles devem ser considerados em qualquer contexto, como:

- a) segurança jurídica da posse;
- b) disponibilidade de serviços materiais, facilidade e infraestrutura: a moradia deve ser servida com acesso permanente a água potável, energia, instalações sanitárias etc.;
- c) custo financeiro razoável: princípio da possibilidade de custear uma moradia; de modo a proteger inquilinos contra aumentos desproporcionais nos aluguéis, por exemplo;
- d) habitabilidade: no sentido de poder oferecer um espaço adequado a seus ocupantes, bem como proteção contra o frio, humidade, calor ou outras ameaças à saúde, bem como segurança física dos residentes;
- e) acesso: devendo-se conceder a grupos desfavorecidos acesso a recursos adequados para conseguir uma moradia; levando em consideração certo grau de prioridade a grupos em situação vulnerabilizada, como pessoas idosas, crianças, vítimas de desastres naturais e outros grupos - devendo a política em matéria de habitação dar atenção especial a estes grupos.);
- f) localização: uma moradia adequada deve estar situada em um lugar que permita acesso a opções de emprego e serviços de atendimento à saúde, escolas etc.;
- g) adequação cultural: as políticas de habitação devem garantir que o modo de construção e os materiais utilizados permitam a expressão da identidade cultural e diversidade de moradias.

Segundo o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os Estados devem dar prioridade a grupos sociais em condições desfavoráveis, concedendo-lhes atenção especial, no tocante a políticas e medidas atinentes a realização ao direito de moradia adequada. Nesse sentido, destacou que, para satisfazer suas obrigações, em virtude do art.11, 1, o Estado deve demonstrar que tomou todas as medidas necessárias e suficientes, para que cada indivíduo obtenha, no

tempo mais breve possível e em conformidade com os recursos disponíveis, uma moradia adequada.

Nesse desiderato, ainda que o Comitê (CESCR) não preveja de modo expresso a situação particular das mulheres vítimas de violência doméstica, é possível afirmar que os Estados devem ter especial atenção ao formular suas políticas habitacionais e legais, nessa situação específica, haja vista as condições de vulnerabilidade em que se encontram as aludidas mulheres, uma vez que, para que possam gozar do direito à moradia adequada, deve haver segurança e dignidade.

De acordo com Paglione (2006), o conteúdo do direito à moradia adequada adotado pelo Comitê possui gênero neutro, não destacando as particularidades vivenciadas de modo diferente por homens e mulheres em relação à habitação. Ao focar em um conceito essencialmente material do que seria adequado, não elaborou melhor o que se entenderia por viver com paz, segurança e dignidade. Todavia, não há como aceitar que a violência doméstica seja compatível com qualquer noção de viver-se em um local com segurança e dignidade.

Por tal razão é que o direito à moradia adequada deve perpassar por uma interpretação que considere a questão de gênero, de modo que a segurança, paz e adequabilidade da moradia deve ser analisada não somente em caráter objetivo, mas considerando uma leitura atual que envolve o problema da discriminação e violência de gênero, dado que as experiências das mulheres com relação ao direito de moradia são diferentes em relação à masculina, tal como o registram o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos e o Conselho de Direitos Humanos, conforme visto.

4 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER E SEU DIREITO À MORADIA: LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E STANDARDS INTERNACIONAIS

Em uma breve digressão acerca da legislação brasileira, é possível constatar a cultura patriarcal que sustenta o problema da violência doméstica contra a mulher no Brasil. Até à década de 1970, era aceita nos tribunais brasileiros a tese da legítima defesa da honra para inocentar maridos que assassinavam suas esposas, bem como indagava-se, nesse período, se era possível o homem cometer estupro contra sua esposa caso ela se negasse ao ato sexual, uma vez que o código civil previa deveres conjugais de manter relações sexuais (Cerqueira; Matos, 2015).

Apesar da Constituição de 1988 estabelecer a igualdade de direitos entre homens e mulheres, em seu art.5º, inciso I, bem como o art.226, § 5º. determinar que os direitos e deveres relativos à sociedade conjugal devem ser exercidos de modo igual entre mulheres e homens, somente em 1995. foi revogado do Código de Processo Penal o dispositivo que proibia à mulher casada de exercer o direito de queixa, sem autorização de seu marido, a não ser que a queixa fosse contra ele ou que a mulher estivesse dele separada.

Como destacado por Cerqueira e Matos (2015), ainda em 2000, foi vetada pelo então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, a Lei nº 2.372, que objetivava conceder às mulheres vítimas de violência doméstica medidas protetivas, com o afastamento do agressor do lar.

Dessa forma, é possível vislumbrar a cultura machista que subjuga mulheres em relações familiares de violência e como o processo de modificação dessa mentalidade ocorre de maneira lenta.

Somente com o advento da Lei Maria da Penha, em 2006 (Lei nº 11.340/2006), fruto do ativismo de mulheres e determinação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), é que as medidas protetivas de urgência vieram a ser estabelecidas em prol de tutelar a mulher vítima de violência doméstica, tornando possível o afastamento do agressor do ambiente do lar.

Conforme recordam Piovesan (2006) e Cunha e Pinto (2021), Maria da Penha (nome de batismo da Lei nº 11.340/2006) foi vítima de tentativas de homicídio, dentro de sua residência, pelo seu então companheiro, na cidade de Fortaleza, em 1983. Apesar de o caso ter chegado ao conhecimento da justiça brasileira, o réu permanecia livre, graças aos recursos cabíveis dentro do sistema do Tribunal do Júri.

Em decorrência da impunidade, ONGs (organizações não governamentais) de direitos humanos e a própria vítima Maria da Penha foram buscar auxílio junto ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (*SIDH*) e peticionaram em conjunto, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em 1998, arguindo que o Brasil violou vários deveres contidos no Pacto São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos ou CADH), tais como o direito de igualdade perante a lei contido no art. 24, e o direito de proteção judicial do art. 25; bem como na Convenção de Belém do Pará, como o direito de toda mulher viver uma vida sem violência (art.3) (Piovesan, 2012; OEA, 2001).

Em relação ao caso, a CIDH entendeu que o Brasil falhara em seu dever de proteção e garantia dos direitos humanos, recomendando a adoção de medidas de reparação à vítima e concretização da justiça, nos termos da obrigação internacional assumida pelo Brasil, ao ratificar a CADH e a Convenção de Belém do Pará (OEA, 2001).

Assim, nasce a Lei nº 11.340 de 2006, que leva o nome da vítima Maria da Penha, como medida de satisfação, seguindo as orientações da Comissão Interamericana (CIDH), legislação que, segundo o Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher, é considerada uma das três melhores leis do mundo (Dias, 2021).

Não cabe espaço, no presente trabalho, para análise pormenorizada de todos os dispositivos da Lei Maria da Penha, somente interessando os aspectos em que a referida lei abrange, ainda que tangencialmente, a questão do direito à moradia.

Nesse sentido, destaca-se que, no art.3º e parágrafos da Lei nº 11.340, diz-se que serão asseguradas às mulheres condições para o efetivo gozo ao direito à moradia, bem como a viver com segurança, cabendo ao Poder Público desenvolver políticas que visem assegurar os direitos humanos das mulheres. No art.8º da mencionada lei, ao elencar as diretrizes das políticas públicas, a serem tomadas de maneira articulada entre os entes federativos e ações não governamentais faz-se expressa menção à integração operacional do Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública, na área do direito à habitação.

Logo, o direito à moradia está expressamente elencado dentro da Lei Maria da Penha como um direito humano que deve ser assegurado pelos poderes públicos. Isto demonstra a necessidade de se pensar a questão da habitação

das mulheres vítimas de violência doméstica. Ademais, no contexto das medidas protetivas de urgência, nos arts.12-C e 22 da lei, fica admitido o afastamento imediato do agressor do lar, domicílio ou local de convivência, garantindo-se a integridade físico-psicológica da vítima em risco, mas não somente.

Ainda que o foco da medida protetiva seja proteger a mulher de agressões físico-psicológicas, o dispositivo também tutela o direito à moradia da vítima, assegurando-lhe um lar livre de violência, nos termos como entendida a adequabilidade de moradia com segurança e paz - tal como previsto no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, levando-se em conta a leitura interpretativa que leva em consideração a perspectiva de gênero, consoante destacado por Paglione (2006). Interessante dentre as medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha é a previsão, no art.23, da possibilidade de afastamento da mulher vítima de violência do lar. Enquanto, no artigo antecedente, coloca-se o agressor para fora da residência, neste a previsão é de a mulher ser colocada para fora do domicílio como meio de garantir a sua segurança.

Nesse aspecto, poderia se questionar se tal dispositivo, embora buscando proteger a mulher, não estaria em verdade admitindo uma punição ao afastá-la do lar, uma vez que, além de estar sofrendo agressões do marido, ainda precisa se retirar de seu local de residência, para ver-se protegida. Assim sendo, não só violar-se-ia sua integridade, seu direito à saúde e vida, como também seu direito à moradia. Em consequência, entende-se que a única forma dessa medida protetiva não constituir em uma infringência seria por opção expressa da vítima. O próximo e último dispositivo da Lei nº 11.340/2006 a tratar reflexamente da questão da moradia é o art.35, o qual prevê a criação de casas-abrigo para as mulheres e respectivos dependentes, constituindo-se em locais de moradia temporária para as vítimas (Brasil, 2006).

Conforme Cunha e Pinto (2021), existem dois tipos de casas-abrigo previstas no Manual de Diretrizes Nacionais de Abrigamento: casas-abrigo, com caráter sigiloso de acolhimento, servindo para estadia de longa duração (podendo variar entre 90 a 180 dias) e casas de acolhimento temporário, de caráter não sigiloso e permanência de curto período, sendo consideradas casas de passagem.

Ainda conforme Cunha e Pinto (2021), os últimos dados levantados pelo IBGE, em 2018, acerca da quantidade de casas-abrigo existentes no país, são de que somente 2,4% dos municípios brasileiros possuem tais unidades. Neste ponto, recorda-se que o Conselho de Direitos Humanos, em sua Resolução 44/17, requereu que fosse ampliado o quantitativo de abrigos a vítimas de violência doméstica, em razão do aumento decorrente da pandemia causada pelo *COVID-19* (United Nations, 2020).

Ainda não há dados atualizados com relação à quantidade de casas-abrigo, no sítio do IBGE, de modo que não se tem como saber ainda se o Brasil atendeu às orientações do Conselho de Direitos Humanos, nesse sentido. Em síntese, é importante destacar alguns pontos da Lei Maria da Penha e de alguns projetos de lei em trâmite no Senado Federal e na Câmara dos Deputados que tratam do direito à moradia das mulheres vítimas de violência doméstica e algumas diretrizes do Conselho de Direitos Humanos e Comitê para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (*CEDAW*).

Conforme exposto, o Conselho de Direitos Humanos demandou aos Estados, consoante a Resolução 37/4, a adotarem as medidas necessárias para que as mulheres e pessoas em situação de risco tenham acesso à justiça, em condições de igualdade, de modo a assegurar todos os meios idôneos, no contexto da efetividade do direito à moradia adequada como um elemento integrante ao direito a um nível adequado de vida (United Nations, 2018). Por sua vez, o *CEDAW* destacou que os Estados devem adotar medidas de proteção contra a violência de gênero, dentre as quais garantir assistência financeira, ajuda médica, psicológica e serviços de aconselhamento gratuitos ou de baixo custo às mulheres vítimas de violência, bem como viabilizar o acesso a moradias a custos razoáveis.

Nesse contexto, compreende-se que as disposições da Lei Maria da Penha (art. 14-A, *caput* e § 2º) que possibilitam à mulher ajuizar demanda de separação, divórcio ou dissolução de união estável, no bojo do procedimento do Juizado de Violência doméstica, ou a prioridade de tramitação no juízo em que tenha sido provocada tal ação, quando iniciada a violência, após a sua propositura, são instrumentos condizentes com as orientações emanadas do Conselho de Direitos Humanos e *CEDAW*.

As disposições da Lei nº 11.340 que visam garantir à mulher vítima de violência assistência judiciária gratuita e orientação jurídica quanto aos seus direitos e mesmo auxílio psicossocial (tais como os arts.9, §2º, III, 11, V, e 18, II) também estão em harmonia com os postulados do Conselho de Direitos Humanos e *CEDAW* que requerem dos Estados que forneçam serviços à assistência psicológica e jurídica gratuitas ou de baixo custo.

O Projeto de Lei nº 1714 de 2021 (PL nº 1714) da Câmara dos Deputados, o qual visa alterar a Lei Maria da Penha, prevendo a possibilidade de concessão do direito real de habitação do imóvel familiar à mulher vítima de violência doméstica, quando tal imóvel integrar a comunhão de bens, também vai ao encontro das diretrizes normativas de direitos humanos, uma vez que atende aos reclamos do Conselho de Direitos Humanos e *CEDAW*, para que os Estados levem em consideração o *status* e a situação econômica da mulher, na elaboração de estratégias para garantir às mulheres o direito à moradia adequada.

De acordo com o PL nº 1714 da Câmara dos Deputados, para que o direito real de habitação seja concedido é necessário que haja cumulativamente os requisitos: (I) sentença penal transitada em julgado que reconheça a prática de violência doméstica contra a mulher; (II) a mulher não tiver outro imóvel próprio em condições de habitação; (III) a vítima for economicamente hipossuficiente. Ainda consoante o Projeto de Lei, o agressor não fará jus a qualquer valor a título de aluguel, podendo, todavia, requerer a venda de sua meação. Nesse ponto, diz o texto do projeto de lei que, caso haja a alienação do imóvel e em não sendo a mulher a compradora, deve aquele desocupá-lo em 30 dias.

Nesse sentido, o mencionado projeto também se coaduna com a orientação do CDESCR, em seu Comentário Geral nº 4, que atribui aos Estados dar prioridade a grupos sociais em condições desfavoráveis, concedendo-lhes atenção especial no tocante a políticas e medidas atinentes à realização do direito de moradia adequada.

Entende-se que igualmente vai ao encontro dos *standards* de proteção dos direitos das mulheres vítimas de violência doméstica a uma moradia adequada o Projeto de Lei nº 4.692/2019 do Senado Federal (PL 4692/2019), o qual visa alterar a normativa do Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS), Lei nº 11.124 de 2005, para elencar dentre as diretrizes do sistema, prioridade às mulheres vítimas de violência doméstica, na concessão de moradia.

O mencionado projeto (PL 4692/2019) visa também alterar o art.3º da Lei nº 11.977 de 2009 (Projeto Minha Casa Minha Vida - PMCMV), para incluir dentre os beneficiários do programa mulheres vítima de violência doméstica, dando-as prioridade de atendimento.

Na mesma linha, conforme Cunha e Pinto (2021), também tramita na Câmara Federal projeto de lei que busca alterar a Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS - Lei nº 8.742/1993), para estender o benefício de prestação continuada (BPC), em favor de mulheres vítimas de violência doméstica que não reúnam condições de se manter financeiramente.

Nesse sentido, tais projetos se harmonizam com *standards* internacionais de proteção dos direitos humanos, seguindo as orientações do Conselho de Direitos Humanos e dos órgãos de tratado *CEDAW* e *CESCR* que demandam aos Estados combater a feminilização da pobreza, adotar todas as medidas necessárias para garantir acesso à moradia em favor de mulheres e grupos sociais desfavoráveis.

Em síntese, a Lei Maria da Penha e os projetos em trâmite na Câmara e no Senado Federal estão em harmonia com os *standards* internacionais de proteção dos direitos humanos do Sistema ONU, ficando a cargo dos poderes públicos, sobretudo do Poder Executivo, na execução de seu orçamento, colocar em prática as disposições normativas, concretizando o direito à moradia adequada às mulheres vítimas de violência doméstica.

CONCLUSÃO

O direito à moradia adequada é um direito humano, componente do mínimo existencial e da dignidade do indivíduo, o qual deve ser garantido a todas as pessoas sem discriminação alguma, devendo os Estados adotarem todas as medidas necessárias (políticas públicas e normativas), a fim de assegurar a fruição desse direito.

Tendo em vista esse objetivo e em razão de limitações de recursos, os Estados devem levar em consideração a particularidade de grupos desfavorecidos e vulneráveis, ao elaborar mecanismos legais e políticos, visando garantir o direito à moradia adequada de todos os indivíduos.

Em particular, mulheres vítimas de violência doméstica podem ser enquadradas dentro dos grupos vulnerabilizados de acesso e fruição ao direito de moradia adequada, uma vez que sofrem inúmeras violações em sua dignidade, como violências físicas e psicológicas. Além disso, em muitos países, as mulheres sequer possuem direito de igual acesso à propriedade e posse de terra ou moradia, de modo que ficam sujeitas à subjugação e violência do parceiro, por não terem para onde ir.

Dentro das normativas de direitos humanos do Sistema Global, em que pese o reconhecimento pelo Alto Comissariado das Nações Unidas de que existe forte ligação entre o direito à moradia adequada e mulheres em situação de violência doméstica, não há nenhuma resolução ou diretriz específica a tratar do problema, nem no Conselho de Direitos Humanos nem nos órgãos de monitoramento da Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher ou no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Nesse sentido, o tema, apesar de ser incontestavelmente grave, uma vez que reconhecido pelos órgãos internacionais como problema de saúde pública e que merece atenção de todos os Estados, em especial em contexto de pandemia que agravou ainda mais a situação da violência contra a mulher, vem sendo negligenciado pelos órgãos internacionais.

Todavia, é possível retirar diretrizes ou *standards* normativos dos documentos e resoluções emanados do Conselho de Direitos Humanos, *CEDAW* e *CESCR*, no que tange aos temas da violência e discriminação contra a mulher e o direito à moradia adequada.

O Brasil, com sua legislação de proteção às mulheres vítimas de violência doméstica, sobretudo a Lei Maria da Penha, se mostra condizente com as orientações e recomendações emanadas pelos órgãos internacionais de direitos humanos do Sistema ONU, no que tange à iniciativa de medidas que tenham em foco o acesso à moradia adequada às mulheres vítimas de violência doméstica.

REFERÊNCIAS

BARROS, V. C. Gênero e pandemia: casos de violência contra a mulher na América do Sul. *Espirales*, Foz do Iguaçu, p. 13-20, maio 2021. Disponível em: <https://revistas.unila.edu.br/espirales/article/view/2790>. Acesso em: 18 mar. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 678*, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 21 mar. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 1.973*, de 1 de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em: 18 mar. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 4.377*, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 18 mar. 2022.

BRASIL. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 21 mar. 2022.

CAMURÇA, S. 'Nós mulheres' e nossa experiência comum. *Cadernos de Crítica Feminista*, Recife, ano 1, 2007. Disponível em: https://soscorpo.org/wp-content/uploads/NosMulheres_e_nossaexperiencia comum_SilviaCamurca2007.pdf. Acesso em: 21 mar. 2022.

CERQUEIRA, D.; MATOS, M.; MARTINS, A. P. A.; PINTO JUNIOR, J. Avaliando a efetividade da Lei Maria da Penha. *Texto para Discussão*, Brasília, IPEA, mar. 2015. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2048k.pdf. Acesso em: 21 mar. 2022.

COUTO, M. B. (org.). *Comentários ao Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. São Paulo: Clássica, 2013.

CUNHA, R. S.; PINTO, R. B. *Violência Doméstica: Lei Maria da Penha - 11.340 - comentada artigo por artigo*. 11. ed. São Paulo: Juspodivm, 2021.

DIAS, M. B. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. 7. ed. São Paulo: Juspodivm, 2021.

FERREIRA, V. E. N.; BRITO FILHO, J. C. M. de. Direito à moradia e liberalismo Rawlsiano. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, n. 30, p. 239-272, jun. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.35356/argumenta.v0i30.1559>. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1559>. Acesso em: 29 mar. 2022.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019*, Brasília, ano 13, 2019. Disponível em: https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf. Acesso em: 18 mar. 2022.

NACIONES UNIDAS, Derechos Humanos. *Los derechos de la mujer son derechos humanos*. Nova Iorque: Naciones Unidas, 2014. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/HR-PUB-14-2_SP.pdf. Acesso em: 28 mar. 2022.

NASCIMENTO, M. F. do. Moradia adequada: um direito sobressalente como vital em tempos de Covid-19. *Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas*, v. 17, n. 30, p. 84-96, 2020. DOI: [10.22481/ccsa.v17i30.7125](https://doi.org/10.22481/ccsa.v17i30.7125). Disponível em: <https://periodicos2.uesb.br/index.php/ccsa/article/view/7125>. Acesso em: 28 mar. 2022.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/por.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2022.

OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Relatório anual 2000*, n. 54/1, 2001. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 21 mar. 2022.

PAGLIONE, G. Domestic Violence and Housing Rights: A reinterpretation of the right to housing. *Human Rights Quarterly*, v. 28, n. 28, p. 120-147, 2006. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/20072726>. Acesso em: 21 mar. 2022.

PIOSIADLO, L. C. M.; FONSECA, R. M. G. S.; GESSNER, R. Vulnerabilidade para violência doméstica contra a mulher: construção e validação de um instrumento identificador. In: CONGRESSO VIRTUAL DE GESTÃO, EDUCAÇÃO E PROMOÇÃO DA SAÚDE, 1., 2012, São Paulo. *Anais [...]* São Paulo: Convibra, 2012. Disponível em: https://convibra.org/congresso/res/uploads/pdf/2012_59_4184.pdf. Acesso em: 21 mar. 2022.

PIOVESAN, F. A proteção internacional dos direitos das mulheres. *EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 57, p. 70-89, jan./mar. 2012. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista57/revista57_70.pdf. Acesso em: 21 mar. 2022.

SAMPAIO, V. B.; WALDMAN, R. L. O direito à moradia adequada à luz do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: uma discussão a partir das perspectivas do ODS n. 11 e da Habitat III. *Revista Direito Ambiental e sociedade*, v. 9, n. 1, p. 59-85, jan./abr. 2019. Disponível em: <http://www.uces.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/7508>. Acesso em: 22 mar. 2022.

SANTOS, D. A. dos; SILVA, L. B. da. Relações entre trabalho e gênero na pandemia do Covid-19: o invisível salta aos olhos. *Oikos: Família e Covid-19*, Viçosa, v. 32, n. 1, p. 10-34, 2021. DOI: 10.31423/oikos.v32i1.10526. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/oikos/article/view/10526/6588>. Acesso em: 21 mar. 2022.

SARLET, I. W. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, I. W. (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 9-43.

SARMENTO, D. O mínimo existencial. *Revista de Direito da Cidade*. Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p. 1644-1689, 2016. DOI: <https://doi.org/10.12957/rdc.2016.26034>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/26034/19156>. Acesso em: 21 mar. 2022.

UNITED NATIONS. *Women and the right to adequate housing*. New York: United Nations Publication, 2012. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-housing/women-and-right-adequate-housing>. Acesso em: 21 mar. 2022.

UNITED NATIONS. Human Rights Council. *Agenda and annotations*. Genebra, n. 38/1, 2018. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/120/20/PDF/G1812020.pdf?OpenElement>. Acesso em: 21 mar. 2022.

UNITED NATIONS. Human Rights Council. *Report of the working group on the universal periodic review: Czechia*. Genebra, n. 37/4, 2018. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/368/07/PDF/G1736807.pdf?OpenElement>. Acesso em: 21 mar. 2022.

UNITED NATIONS. Human Rights Council. *Report of the working group on the universal periodic review: Chile*. Genebra, n. 41/6, 2019. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/088/61/PDF/G1908861.pdf?OpenElement>. Acesso em: 21 mar. 2022.

UNITED NATIONS. Human Rights Council. *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review: Iraq*. Genebra, n. 43/14, 2020. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/351/34/PDF/G1935134.pdf?OpenElement>. Acesso em: 21 mar. 2022.

UNITED NATIONS. Human Rights Council. *Report of the working group on the universal periodic review: Kuwait*. Genebra, n. 44/17, 2020. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G20/070/27/PDF/G2007027.pdf?OpenElement>. Acesso em: 21 mar. 2022.

UNITED NATIONS. Human Rights Council. *Report of the working group on the universal periodic review: Georgia*. Genebra, n. 47/15, 2021. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/079/32/PDF/G2107932.pdf?OpenElement>. Acesso em: 21 mar. 2022.

UNITED NATIONS. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. *General comment no. 4: The right to adequate housing (art. 11 (1) of the Covenant)*. Genebra, 1991. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCESCR%2fGEC%2f4759&Lang=en. Acesso em: 21 mar. 2022.

UNITED NATIONS. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. *General comment no. 7: The right to adequate housing (art. 11 (1) of the Covenant); forced evictions*. Genebra, 1997. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCESCR%2fGEC%2f6430&Lang=en. Acesso em: 21 mar. 2022.

UNITED NATIONS. Committee on the Elimination of Discrimination Against Women. *General recommendation no. 12: Violence against women*. Genebra, 1989. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_5831_E.pdf. Acesso em: 21 mar. 2022.

UNITED NATIONS. Committee on the Elimination of Discrimination Against Women. *General recommendation no. 19: Violence against women*. Genebra, 1992. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_3731_E.pdf. Acesso em: 21 mar. 2022.

UNITED NATIONS. Committee on the Elimination of Discrimination Against Women. *General recommendation no. 35: on gender-based violence against women, updating general recommendation no. 19*. Genebra, 2017. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fGC%2f35&Lang=en. Acesso em: 21 mar. 2022.

APLICATIVOS DE GASTAR GENTE: A GREVE DOS ENTREGADORES DE APPS DIANTE DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA COM MARCAS NEOLIBERAIS

Samuel Pedro Custodio Oliveira*
Daniel Barile da Silveira**

RESUMO

O presente artigo analisou as questões, que envolveram a série de greves chamadas “Breque dos Apps”, as ações tomadas pelos entregadores e pela empresa *iFood*, verificando a compatibilização destas com a legalidade por meio do viés trabalhista e perspectivas de futuras greves, uma vez que as paralisações continuam. Na abordagem, utilizou-se o método dedutivo, partindo das proposições legislativas gerais para estabelecer conclusões particulares, em relação às ações tomadas durante a greve, categorizando a pesquisa como exploratória e empregando-se, como procedimentos, o bibliográfico e documental. A pesquisa dividiu-se em três etapas, primeiramente, o contexto econômico e social que levou à paralisação e as ações tomadas pelas partes. Em segundo lugar, é abordada a relação jurídica que as une, posto que as consequências jurídicas das ações são dependentes desta relação. No terceiro, tópico a abordagem passa a situar as consequências diante da relação aferida no tópico anterior. A justificativa para o estudo da temática é pautada no possível aprimoramento do entendimento do que ocorreu e está ocorrendo durante essas greves, bem como para indicar caminhos para as problemáticas que a circundam. Concluindo, foi apurado que o movimento não se subsume no conceito legal de greve e que a Reforma Trabalhista não adequou a perspectiva jurídica trabalhista às relações modernas de trabalho, sendo míope ao avanço tecnológico e fático destas relações.

Palavras-chave: *iFood*; direito do trabalho; greve.

Data de submissão: 26/04/2023

Data de aprovação: 07/12/2023

* Bacharel em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR).

** Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).

APPS TO SPEND¹ PEOPLE: THE STRIKE OF DELIVERS FROM APPS BEFORE THE LABOR LEGISLATION WITH NEOLIBERAL STAINS

Samuel Pedro Custodio Oliveira
Daniel Barile da Silveira

ABSTRACT

This article analyzed the issues that involved the series of strikes called “Breque dos Apps”, the actions taken by the delivery employees and the iFood company, verifying the compatibility of these actions with the legality through a labor law bias and present the perspectives of future strikes, since the stoppages continue. In this approach, the deductive method was used, starting from general legislative propositions to establish particular conclusions in relation to the actions taken during the strike, categorizing the research as exploratory with bibliographical and documentary procedures. The research was divided into three stages; firstly, the economic and social context that led to the stoppage and the actions taken by the parties. Secondly, the legal relationship that unites them is addressed, since the legal consequences of actions are dependent on their legal relationship status. In the third topic, the approach then situates these consequences based on the relationship assessed in the previous topic. The justification for the study of this subject is based on the possible improvement of the understanding of what happened and what is happening during these strikes, as well as to indicate ways for the problems that surround it. In conclusion, it was found that the movement is not subsumed in the legal concept of strike and that the Labor Reform did not adapt the labor legal perspective to modern labor relations, being short-sighted to the technological and factual advancement of these relations.

Keywords: iFood; labour law; strike.

Date of submission: 26/04/2023

Date of approval: 07/12/2023

¹In Portuguese, the word “gastar” used to communicate “to spend” also can translate to “to wear out”, a second layer of meaning lost in translation.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende investigar as ações tomadas por entregadores e pelos aplicativos, a que esses trabalhadores são associados, no contexto da paralisação, chamada “Breque dos Apps” e dos movimentos paredistas, que surgiram disso.

Com o passar dos anos, e especialmente, na última década, as relações de trabalho e emprego têm ficado cada vez mais tênues, diante das inovações legislativas e no mundo do trabalho, além da crescente lógica neoliberal, que ganhou terreno na década de noventa e voltou a crescer, na última década.

Soma-se a isso as novas tecnologias da intitulada “4ª Revolução Industrial”, marcada pela automação, coleta massiva de dados e processos cibernéticos em conjunto com os físicos, sendo estes últimos, os mais marcantes, na lógica de trabalho, especialmente, no caso dos entregadores motofretistas e do setor de transportes, que trabalham via aplicativos, sem nunca sequer encontrar, fisicamente, qualquer representante da empresa. Há uma relação de trabalho, extremamente, informal e, sobretudo, precária, uma vez que a empresa somente disponibiliza a conexão entre oferta e demanda, ficando todos os riscos e despesas, que envolvem a atividade, sobre o trabalhador.

Todavia, em um primeiro momento, essa fonte de renda foi bem vista e se expandiu aliada a um discurso de empreendedorismo e do mito do *self-made man*, reproduzido por entregadores e entregadores *influencers*. Ocorre, que diante da pandemia de Sars-CoV-2, surgindo um novo risco à dinâmica desses trabalhadores, adicionado a uma sensível queda nos rendimentos, via aplicativos, esta lógica foi alterada; entregadores se uniram e fizeram paralisações visando melhores condições de trabalho, havendo duas grandes paralisações, no ano de 2020, que ficaram conhecidas como “Breque dos Apps”. Desde então, vários movimentos paredistas de entregadores eclodiram, porém não com a mesma intensidade.

A resposta das empresas de aplicativos a esses movimentos grevistas, somente foi constatada em 2022, quando jornalistas investigativos da Agência Pública tiveram acesso a documentos e vídeos de agências de publicidade, contratadas por estas empresas para sequestrar o movimento, desvirtuar suas pautas, e quebrar sua mobilização, criando contra movimentos e infiltrando agentes no movimento original.

Diante disso, uma vez que as paralisações ainda são uma realidade e como não houve consequência visível para as empresas, além de inclusão na chamada Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) dos Aplicativos, na Câmara Municipal de São Paulo, e possível investigação, no Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), surge o problema quanto à legalidade das ações tomadas pelas partes, diante da relação jurídica de trabalho informal que as une.

Apesar do tema da relação de trabalho entre motoristas e entregadores de aplicativo e as empresas de aplicativos já ter sido, previamente, explorado em outros artigos, falta literatura, em relação ao ponto de vista de legalidade das ações, nas paralisações; apesar de elas continuarem ocorrendo e havendo o incentivo da repetição das ações das partes, uma vez que não obtiveram resultados e consequências concretas.

Diante disso, o presente escrito se divide em três partes.

No primeiro capítulo, busca-se apresentar e contextualizar a cascata de fatores que levaram ao movimento paredista conhecido como “Breque dos Apps”, bem como, apresentar, sinteticamente, quais foram as ações tomadas por cada parte.

Avançando para a segunda parte, será realizada uma dissertação sobre a relação jurídica existente entre os trabalhadores e as empresas, sendo apresentada, também, a nova perspectiva trazida pelo Direito Internacional.

Por fim, em seu terceiro e derradeiro capítulo, será discutido, legal e historicamente, o tema em inquirição e sua legalidade diante do liame jurídico-trabalhista apurado no segundo capítulo, que rege as ações em estudo.

O método a ser utilizado será o dedutivo, posto que se busca por meio dos enunciados gerais e abstratos, presentes na legislação, estabelecer conclusões particulares referentes às ações, que envolveram a paralisação, sendo utilizados como materiais as leis, jurisprudência e livros sobre o direito do trabalho, assim como dados e artigos que documentaram a greve.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO DA GREVE

O Brasil, tal como os demais países da América Latina, a partir do fim da década de 90, e início dos anos 2000, teve a chamada Onda Rosa, em que diversos governos e lideranças políticas à esquerda ascenderam em resposta ao neoliberalismo dos anos anteriores, ocorrendo uma forte ênfase em seguridade social e no regime de proteção do trabalho. Por um tempo, essa lógica perdurou intocada, porém, isto mudou com as crises econômicas, que atingiram o mundo após 2008, havendo um crescente ceticismo em relação ao Estado e ao Mercado de Trabalho.

Particularmente, no Continente Americano, após essas crises, o panorama anteriormente citado se reverteu, sendo eleitos governos à direita, em quase toda América, implementado, como resposta às crises, as velhas políticas neoliberais rejeitadas, durante a Onda Rosa. Conforme explica Perry Anderson (1995), o remédio neoliberal é claro, simples e contrário ao dos keynesianos. Trata-se de implodir os poderes dos sindicatos; promover uma dura disciplina orçamentaria, marcada pela austeridade; conter os gastos assumidos nas políticas de bem-estar e restaurar a taxa natural de desemprego, para minar o poder dos sindicatos e das reivindicações salariais, com o exército industrial de reserva, aliados a uma política fiscal, que reduz tributos sobre as rendas mais altas, como forma de incentivo à produtividade, significando redução de direitos trabalhistas e da teia de seguridade social, remédio amargo, que traria em troca um suposto crescimento econômico e abundância de empregos.

No Brasil, que apesar de nunca ter sido plenamente um estado de bem-estar social, sendo um país com capitalismo tardio, que se tornou um setor periférico e satélite do capital internacional, importando seus principais princípios econômicos e jurídicos (Prado Júnior, 1983, p. 346) (Ianni, 1996, p. 114), teve como principal importação dessa política neoliberal, nas relações de trabalho e emprego a Reforma Trabalhista de 2017, legislação que descreve em sua ementa o fim de “adequar a legislação às novas relações de trabalho” (Brasil, 2017).

A promessa da reforma era dinamizar as relações trabalhistas; permitir o negociado; suplantando o legislado; diminuir as demandas da justiça do trabalho; enfraquecer sindicatos e igualar, juridicamente, o empregador e o empregado; tudo isso com suposta pretensão de que a luz da nova legislação converteria o inverno de privações e descontentamento em abundante primavera, com o florescimento de postos de trabalho por todo o Brasil.

Todavia, apesar de uma pequena melhora na economia, a tática neoliberal empregada, se mostrou falha a nível de estratégia. Da mesma forma que falhou em trazer os crescimentos da época de ouro do capitalismo, na América do Norte e Europa, nos anos 80 (Anderson, 1995). No Brasil, o crescimento também não voltou e os altos níveis de desemprego permaneceram², expandindo a precarização do trabalho, aprofundando as terceirizações estimuladas pela nova lei, bem como, a chamada “pejotização”, aliando-se ainda, ao fenômeno da “uberização”, sendo este último, o conceito mais importante para a investigação doravante.

A “uberização” surgiu de um complexo e amplo processo de informalização da relação trabalhista adotado por plataformas digitais (Abílio, 2020), especialmente, representadas pela *Uber*, *Uber Eats*, *iFood*, *Rappi* e *Loggi*, com o fim de descaracterizar a relação de emprego, visto que a empresa de aplicativo não se põe como empregadora, mas, sim, como mediadora que, por meio da tecnologia e algoritmos agregados ao aplicativo, promove a união da oferta e demanda dos produtos apresentados.

A lógica das empresas soma-se ao espírito de grande parte dos motoristas e entregadores nelas inscritos, que se veem como empreendedores, no livre mercado, que ganham pelo quão duro trabalham e que, também rejeitam os direitos trabalhistas, em favor de “liberdade” (Desgranges; Ribeiro, 2021), somado ao fato desses entregadores e motoristas terem que custear o veículo; o combustível; as multas; os acidentes; a internet e o dispositivo para acessar o aplicativo, assumindo, portanto, quase todos os riscos do negócio, formando uma relação de trabalho precarizada, que é caracterizada, justamente, pela alocação de riscos sobre o trabalhador, uma condição de trabalho “que leva o trabalhador a uma condição de vida precária, uma condição de vida econômica e socialmente insegura, vulnerável à desocupação, ao adoecimento, à incapacidade física” (IPEA, 2020, p. 63).

Nessa senda, o quadro de fragilidade trabalhista se agravou ainda mais com a pandemia de Sars-CoV-2, nos anos de 2020 e 2021, tendo o Brasil chegado em 2021, à marca de 14,9 milhões de desempregados, sendo a faixa etária mais atingida pelo desemprego, os jovens até 24 anos, conforme série histórica da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua (IBGE, s/d.a), principal faixa etária, que se volta para os aplicativos, como saída do desemprego (IPEA, 2021b, p. 46).

Concomitantemente, como a grande maioria da população deveria ficar em casa, houve um aumento exponencial do uso de aplicativos de entrega por motofrete, sendo estes aplicativos uma forma de trabalho, que já vinha crescendo desde 2016 e que teve um *boom*, durante a pandemia, tendo aumento de 151%, entre o último quadrimestre de 2019 e o de 2021, chegando a 332 mil entregadores,

²Fato que pode ser, facilmente, verificado pela observação, a partir de 2016, da série histórica de desocupação da IBGE.

no quarto quadrimestre de 2021 (GÓES; *et al*, 2022, p. 4-5). Atualmente, somente o *iFood* concentra mais de 160 mil entregadores e tem parceria com mais de 270 mil restaurantes³.

Contudo, apesar desses serviços de entrega serem tidos como atividades essenciais, durante a crise sanitária, pelo inciso XXII, do § 1º, do art. 3º do Decreto nº 10.282/2020 (Brasil, 2020), diante da relação tênue entre os entregadores e os aplicativos, sua relação de trabalho precária e desguarnecida, tendo os entregadores que caminhar no fio da navalha entre o COVID e serem bloqueados pelos aplicativos, caso se negassem a fazer entregas, sem, a princípio, qualquer garantia de equipamento sanitário para evitar o contágio ou de pensões para aqueles, que se encontravam em grupos de risco ou ficassem fora das estradas, em razão da comorbidade, causando insegurança econômica e epidemiológica nessa categoria, que já sofria da violência urbana e perigos no trânsito.

Além disso, com o aumento do número de entregadores disponíveis e os recordes de desempregados, sendo superado mês a mês, aumentando a reserva de trabalhadores potenciais disponíveis, havendo esse crescimento na oferta de trabalhadores, ocorrendo significativa queda do ganho por hora dos entregadores de aplicativo, passando de R\$ 16,10 por hora de trabalho, em 2016, para R\$ 11,01 em 2021 (GÓES; *et al*, 2022, p. 7), havendo menos corridas por entregador, diante do aumento da competição e da indecifrável distribuição de corridas pelos algoritmos dos aplicativos, por vezes, não adiantando nem mesmo trabalhar mais horas para recuperar a renda, posto que conforme demonstrado por Rafael Lapa, em teste de correlação, a nível nacional entre as variáveis renda e jornada de trabalho dos entregadores de aplicativos, tanto pelo método de Pearson quanto por método Spearman, houve baixa correlação entre essas variáveis (IPEA, 2021, p. 51).

Em razão desse pano de fundo, o espírito empreendedor e de *self-made man*, que pairava sobre a categoria, passa a se enfraquecer (Desgranges; Ribeiro, 2021, p. 7), surgindo o movimento “Breque dos Apps”, demandando melhores condições de serviço; fornecimento de equipamentos de proteção individual, relacionados ao COVID; fim dos bloqueios imotivados nos aplicativos; aumento no valor por quilômetro percorrido e no valor mínimo por entrega; licença remunerada para entregadores infectados na pandemia; dentre outros, havendo, todavia, divergências quanto às reivindicações de reconhecimento de vínculo de emprego (Vasconcelos; Pereira, 2020, p. 12).

Para concretizarem seus objetivos, utilizando o mesmo ambiente, que foi aperfeiçoado pelas empresas para os precarizarem, por meio da internet, plataformas digitais e redes sociais, foi organizada uma série de paralisações e boicotes para pressionar por essas demandas, nos dias 1º e 25 de julho de 2020. A tática foi paralisar os aplicativos, nestes dias, para trazer à tona as demandas citadas, os entregadores não logariam, nestes dias, subiriam *hashtags* e postagens com palavras de ordem, nos moldes do protesto *Black Lives Matter*; enquanto os consumidores dos serviços desses aplicativos não fariam pedidos e avaliariam negativamente as empresas nas plataformas, que disponibilizam seus aplicativos

³Para informações adicionais consultar página institucional do *iFood*: <https://institucional.ifood.com.br/ifood/>

como a *PlayStore* e *AppleStore*, para prejudicar a imagem, que as relações públicas destas empresas tentam, tão cuidadosamente, criar (Desgranges; Ribeiro, 2021).

O movimento teve boa adesão e engajamento, particularmente, entre grupos e pessoas, que se identificam com espectro da esquerda política, nas redes sociais; tendo milhares de postagens em apoio; centenas de milhares de visualizações e curtidas; interações *online* cuja análise lexical das publicações feita por Nina Desgranges e Wickson Ribeiro (2021, p. 11-12) evidencia que a visão popular vai na contramão do suposto empreendedorismo, divulgado pelas empresas e tendo a postagem com maior engajamento a legenda “operários do novo normal” e como expressões prevalentes, nas publicações a tríade de palavras “entregador”, “aplicativo” e “trabalhador”.

Porém, apesar de empresas como *iFood* anunciarem criação de fundos para entregadores afastados, distribuição de *kits* com máscaras e álcool em gel e aumento das possibilidades de gorjeta pelo aplicativo, como declaram na seção de perguntas frequentes, do site institucional da empresa (IFOOD, s/d), não satisfaz as demandas dos entregadores, posto que novas paralisações aconteceram e vêm acontecendo até o presente ano de 2022⁴.

Inobstante, diante das manifestações reiteradas, os aplicativos passaram a gastar em relações públicas contra estes fatos, bem como, contrataram empresas de publicidade para a criação de um contra movimento, infiltração de pessoas entre os grevistas para acabar com a organização e, ao mesmo tempo, faziam campanhas de *marketing* massivas para salvar a própria reputação. Essa contraofensiva foi demonstrada por uma reunião de uma das empresas de publicidade contratadas, vazada pela revista Agência Pública.

Na matéria investigativa, é apresentado que as agências criaram as páginas “Não Breca Meu Trampo”⁵ e “Garfo na Caveira”⁶ e, por meio destas e de perfis falsos, tentaram reverter o foco de reivindicações, na internet, das melhores condições de trabalho, já citadas; para pauta de vacinação prioritária para ao invés de brecaem, se imunizarem e continuar o trabalho; ou seja, tirar o foco de reivindicações contra a empresa e torná-las contra o governo, responsável pela vacinação; desmobilizar e desnortear os entregadores com os novos assuntos plantados. As agências se infiltraram em grupos de *WhatsApp* de entregadores, estudavam as mensagens trocadas, as narrativas construídas e os perfis dos participantes para criar a contrainteligência mais efetiva (Levy, 2022).

⁴ Exemplificativamente, citamos paralisações em março de 2021, outubro de 2021 e março de 2022:

<https://www.cnnbrasil.com.br/business/entregadores-de-uber-rappi-loggi-e-ifood-fazem-paralisacao-nesta-sexta-feira/>

<https://spbancarios.com.br/10/2021/entregadores-de-aplicativos-param-em-varias-cidades-de-sao-paulo>

<https://canaltech.com.br/apps/entregadores-e-motoristas-de-uber-99-e-ifood-fazem-greve-nesta-terca-29-212706/>

<https://www.brasildefato.com.br/2022/03/28/greve-unificada-de-entregadores-do-ifood-uber-e-99-pressiona-por-aumento-nas-taxas-de-corridas>

⁵ Para informações adicionais acessar: NÃO BRECA MEU TRAMPO. Não Breca Meu Trampo. Disponível em: <https://www.facebook.com/naobrecameutrampo/>. Acesso em: 16 jun. 2022.

⁶ Para mais informações consultar: GARFO NA CAVEIRA. Garfo na Caveira. Disponível em: <https://www.facebook.com/garfonacaveiraa/>. Acesso em: 10 jul. 2022.

Nas ruas, as agências chegaram a infiltrar funcionários, nas manifestações para mover a pauta demandada para a questão das vacinas e questionar a liderança percebida entre os entregadores. A referida abordagem, que foi considerada um sucesso pelos publicitários da empresa que, em vídeo vazado, comemoraram, inclusive, que conseguiram “matar” a suposta carreira política de Paulo Lima, conhecido como “Galo” e líder do grupo Entregadores Antifascistas (Levy, 2022).⁷

Ante a vinda à tona dessas práticas pelas agências contratadas, a consequência mais séria observada, como advinda desse fato, foi a inclusão disso na pauta da CPI dos Aplicativos⁸, que está ocorrendo na Câmara Municipal de São Paulo, instaurada, inicialmente, com o escopo de investigar o recolhimento de impostos pelas empresas e situação trabalhista dos trabalhadores de aplicativos.

No mais, ainda que o primeiro trimestre de 2022 tenha revelado queda na desocupação para 11,9 milhões de pessoas e uma de 4,6 milhões de desalentados (IBGE, s/d.b), houve uma mudança de metodologia do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED), que incluiu temporários e que não permite a comparação da nova taxa de desemprego com a anterior (Martello; Gerbelli, 2021) e, de qualquer modo, ainda é um grande contingente de desempregados, que somado ao fato de quase metade dos trabalhadores serem informais, no Brasil (Almeida, 2022), tudo indica que o trabalho por aplicativos tende a continuar, se expandir e, com isso, persistirem os problemas, práticas e greves, aqui referidas.

Todavia, consequências jurídicas dos atos dependem, em muito, da relação jurídica das partes, objeto da investigação no tópico que segue.

2 RELAÇÃO JURÍDICA DAS PARTES

Para determinar as consequências jurídicas da greve e possíveis consequências de greves futuras, primeiramente, deve-se entender a relação jurídica/juslaboral, que une as partes. Para isso, tomaremos como base os termos de uso vigentes, na época da greve (Ifood, 2020a) e os termos em vigor, em 2023 (Ifood, 2023) da plataforma *iFood* como paradigma, assim como a realidade da entrega demonstrada em outros artigos, posto que uma investigação de seara trabalhista deve levar em conta os princípios do direito do trabalho, sendo um deles, o da primazia da realidade conotando que a realidade da relação prevalece sobre o disposto em contrato.

Ademais, destaca-se que o *iFood* tem dois tipos de relação com os entregadores. Há entregadores, que são vinculados a um Operador Logístico,

⁷ Os vídeos das reuniões publicitárias combinando ações e comemorando o sucesso em destruir “Galo” politicamente podem ser acessados nos endereços infra:

AGÊNCIA PÚBLICA. #1 *iFood*: “Nós Matamos o Galo”. Youtube, 20 abr. de 2022 (1min.38seg.). Disponível em: <https://youtu.be/CRqzM39bQNc>. Acesso em: 10 jul. 2022.

AGÊNCIA PÚBLICA. #2 *iFood*: “A gente aqui nas Políticas Públicas”. Youtube, 20 abr. de 2022 (1min.42seg.). Disponível em: <https://youtu.be/FrTZEIQJn64>. Acesso em: 10 jul. 2022.

AGÊNCIA PÚBLICA. #3 *iFood*: “Trabalhar narrativas”. Youtube, 20 abr. de 2022 (1min.11seg.). Disponível em: https://youtu.be/Fuwr_JFOBKM. Acesso em: 10 jul. 2022.

⁸ Para maior conhecimento acessar página da Comissão Parlamentar de Inquérito: SÃO PAULO. CPI dos Aplicativos. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.leg.br/comissao/comissoes-parlamentares-de-inquerito-cpis/cpi-dos-aplicativos/>. Acesso em: 10 jul. 2022.

sendo uma terceira empresa contratada pelo *iFood* para realizar a administração de grupos de entregadores, estabelecendo escalas e coordenando o trabalho. Todavia, a esmagadora maioria deles trabalha na modalidade Nuvem, somente ligados ao aplicativo, conforme regras dos contratos, anteriormente citados, modalidade, que abriga cerca de 90% dos entregadores (Ifood, 2020b) e que deve ser considerada como regra para a análise a seguir.

Preliminarmente, conquanto o contrato vigente, durante o “breque”, em sua cláusula 14.2 (Ifood, 2020a, p. 13-14) e os termos de uso atual (Ifood, 2023, p. 5) declararem que a natureza da relação seria cível e comercial, já é possível descartar a parte comercial/empresarial/mercantil, posto que não é uma relação entre empresas em que se possa presumir nível equivalente de sofisticação e negociação, mas sim, entre a pessoa jurídica *iFood* e a pessoa física entregador, que inclusive é contratado via Cadastro de Pessoa Física (CPF) e não Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), conforme cláusula 3.1 do contrato antigo que cobra CPF e conta bancária em sua titularidade e página 7 dos termos atuais com disposição igual, sem falar que se trata de termo de adesão sem espaço negocial entre plataforma e entregador, demonstrando o desequilíbrio de partes, que na seara empresarial é pressuposto inexistente.

Outrossim, para ser uma relação de prestação de serviço cível, há o critério de subsidiariedade, posto que o Código Civil, no tópico que inaugura o capítulo da prestação de serviço traz *Ipsis Litteris* “Art. 593. A prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, rege-se pelas disposições deste Capítulo.” (Brasil, 2002), ou seja, para que a prestação de serviço se subsuma às regras cíveis, primeiro, deve-se averiguar se a relação é ou não de emprego sujeita às regras da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), inquirição apresentada a seguir.

Nada obstante, destaca-se que a relação de trabalho também não é unívoca, o gênero trabalho se subdivide nas espécies trabalho autônomo e trabalho subordinado, sendo o último, a relação de emprego (Martinez, 2020, p. 240).

Para definir se uma relação é de emprego, uma vez que o direito do trabalho primazia a realidade, deve-se verificar se no contexto fático jurídico há de forma, necessariamente cumulativa, os requisitos dos artigos 2º e 3º da CLT, popularmente descritos pela doutrina e jurisprudência como pessoalidade; não eventualidade; onerosidade; alteridade e subordinação. Analisaremos, a seguir, cada um destes requisitos.

Iniciando pela pessoalidade, significa que a contratação de empregado (pessoa natural/física) é *intuitu personae*, ou seja, não pode ser transferido ou delegado para outro indivíduo (Calvo, 2020, p. 30-31). No caso em estudo, conforme dito anteriormente, pelos termos de uso de entregador da *iFood*, este primeiro aspecto resta sobejamente demonstrado, tanto na época da greve, quanto no contrato atual, posto que naquele em sua cláusula 3.1 é afirmado que a inscrição, na plataforma, se dá por meio do CPF e conta bancária pessoal do entregador, além da cláusula 3.5 afirmar que o perfil é de uso exclusivo do entregador e intransferível.

Nos termos de uso atuais, a lógica não muda, páginas 7 e 8 mostram que o cadastro se dá por meio do CPF do entregador e que ele também deve enviar uma foto de seu rosto e documentos, no momento da inscrição, além de disposição na

página 14, afirmar que o perfil é de uso pessoal e intransferível, vedando o aluguel e empréstimo da conta de entregador *iFood*, sendo, portanto, clara a pessoalidade da relação, tanto durante a greve, quanto atualmente.

Avançando para o segundo aspecto, a não eventualidade, é fato, que a jurisprudência, por vezes, aqui tomando de exemplo, o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho (TST) no AIRR-383-78.2021.5.06.0412, argumenta em relação a esses serviços de aplicativo, que na “habitualidade, inexistente a obrigação de uma frequência predeterminada ou mínima de labor pelo motorista para o uso do aplicativo, estando a cargo do profissional definir os dias e a constância em que irá trabalhar” (Brasil, 2022a), sendo a este a não obrigatoriedade de frequência, prevista na cláusula 4.3 do contrato antigo e na página 03 da atualização em vigor em 2023.

No entanto, para a maioria dos entregadores de aplicativos, a realidade, esta que deve ser homenageada, no âmbito trabalhista, é outra. Conforme relatório, quanto ao levantamento sobre o trabalho dos entregadores por aplicativo, foi observado que para quem tem as entregas de aplicativo, como única ocupação, trabalham em média 64,5 horas semanais e 6,16 dias, por semana, enquanto a média englobando todos os entregadores entrevistados é de 55,2 horas de jornada semanal, distribuídas na média de 5,9 dias por semana (FILGUEIRAS *et al*, p. 4 e 12), ou seja, bem acima das 44 horas semanais, que deve durar o trabalho normal, conforme declara o inciso XIII do art. 7º da Constituição Federal e acima das 8 horas diárias, que recomenda o art. 58 da CLT, evidência de que para a maioria dos entregadores não há eventualidade no serviço.

Quanto ao aspecto de onerosidade, por óbvio, está presente, posto que os entregadores trabalham para serem remunerados a cada entrega, sendo os valores estipulados por meio de um algoritmo, que se baseia no percurso, no tempo, no trânsito, na oferta e demanda, entre outros fatores, para calcular o valor da corrida, que é repassado pela plataforma *iFood* aos entregadores, na forma da cláusula sétima dos termos de uso vigentes, em 2020 e páginas 20 a 22 dos atuais.

Prosseguindo o próximo requisito, a alteridade significa que o empregado não assume riscos da atividade patronal, podendo até perceber divisão de lucros, mas, jamais, dividir os prejuízos do negócio (Calvo, 2020, p. 35), não importando a expectativa de que o empregador obtenha uma margem mínima de lucro, para que sua remuneração seja paga (Martinez, 2020, p. 246).

No entanto, tal imperativo não parece se encontrar na relação entre os entregadores e o *iFood*. Conquanto a remuneração das entregas não esteja condicionada à percepção de lucro pela empresa, ou a qualquer outra variável, além de realizar o serviço, é certo que se trata de uma relação extremamente de precarização, em que a empresa transferiu a grande maioria dos riscos para o trabalhador. Dentre os meios para a realização do trabalho, a empresa somente é responsável pela disponibilização da plataforma e custeio de servidores para mantê-la disponível. Já os entregadores arcam com o veículo; dispositivo de acesso ao aplicativo; plano de dados; combustível; acidentes; multas; manutenção do veículo, entre outros custos.

Malgrado, negligenciar essa proposital transferência de riscos entre uma empresa, que procura o lucro máximo e o entregador, que procura emprego para

manter sua vida, pode incorrer em certas distorções e incentivar que empresas façam isso para descaracterizar a relação e encargos decorrentes do emprego, a despeito da CLT em seu art. 9º, declarar nulos os atos praticados com intenção de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação da Consolidação (Brasil, 1943).

Ademais, a CLT com as modificações trazidas pela Reforma Trabalhista de 2017, incluiu no Título II da legislação consolidada, o Capítulo II-A Do Teletrabalho. Seção na qual o artigo 75-A define como *nomem juris* do trabalhador dessa modalidade de serviço, a palavra “empregado”, indicando a relação de emprego, porém no art. 75-D deixa para pactuação em contrato a disponibilização de equipamentos e infraestrutura decorrentes dessa modalidade, bem como, o reembolso de despesas do empregado com esses equipamentos. Se há possibilidade de pactuar, livremente, essa questão no contrato, bastaria que a empresa fizesse como o *iFood* e pactuasse que seu empregado utilizasse seus equipamentos pessoais para realização do teletrabalho, que estaria desconstituindo o vínculo de emprego, apesar do capítulo ser inaugurado, chamando o prestador de serviços, na modalidade teletrabalho de empregado, revelando que esse requisito da alteridade toma novos contornos, diante do emprego de novas tecnologias, sendo inclusive a não assunção de riscos, critério não levado em conta em certas decisões, que reconhecem o vínculo de emprego entre entregadores e aplicativos, conforme se vê no acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, em Recurso Ordinário, no processo nº 1000873-22.2018.5.02.0082 (São Paulo, 2021).

Por fim, o último critério e mais importante para a identificação da relação de emprego, trata-se da subordinação. Como explica Calvo (2020, p. 32), a teoria de subordinação trabalhista, que prevalece no Brasil, é a da subordinação jurídica clássica, decorrente do contrato de trabalho, contrato este que não precisa ser escrito, conforme art. 443 da CLT (Brasil, 1943), exprimindo o direito de o empregador coordenar o trabalho; dar ordens; aplicar punições e fiscalizar; ao passo que o empregado tem o dever de cumprir referidas ordens, na forma recomendada pelo empregador.

No caso específico dos entregadores, os termos de uso em diversas partes afirmam a autonomia do entregador, que a plataforma não fiscaliza a atividade e que é ele quem escolhe as entregas a serem realizadas e o horário que irá disponibilizar seu serviço. Notadamente, se observa essas disposições, nas cláusulas 2.2.3, 2.4, 2.6, 2.7 e 14 dos termos vigentes, durante a greve e nas páginas 4, 5 e 18 das disposições de 2023, afirmando, inclusive, inexistência de hierarquia, fatos que desconstituiriam a subordinação trabalhista.

Ainda assim, analisando os referidos termos de uso, também se nota diversas disposições típicas da subordinação empregatícia. Nos termos em vigor, durante a greve, o *iFood* podia alterar os termos, sem aviso prévio, bastando a disponibilização de sua última versão com as novas obrigações, salientando ao entregador a responsabilidade de verificá-las, periodicamente, conforme cláusula 1.3, demonstrando a hierarquia entre as partes. Os entregadores tinham a obrigação de avaliar e manter tratativas com estabelecimentos parceiros e observar um código de conduta e ética da plataforma como prevê item 2.9, mostrando que têm deveres e obrigações com a plataforma. O *iFood* poderia punir os entregadores, inclusive sem fundamentar o motivo, desativando ou suspendendo a conta deles, em razão das cláusulas 3.6 e 15.1, evidenciando a subordinação direta, já que uma

das partes tem o direito de punir a outra, poderia descontar valores por suspeita de eventuais danos causados pelo entregador, conforme disposição 7.1.2 e suspender ou desativar, temporária ou definitivamente, a conta dos entregadores por condutas fraudulentas, por força da cláusula 8ª, outra evidência de subordinação direta.

Ademais, essas regras persistem, atualmente. No contrato em vigor em 2023, há disposições semelhantes ao longo do documento, ainda que de forma mais lúdica e ilustrada, o contrato atual, como todo contrato de emprego, traz as disposições enfrentadas por qualquer funcionário subordinado, cumprir ordens ou ser demitido, sendo a subordinação do entregador de aplicativos ainda mais intensa, por operar em diversos planos e por meio de diversos atores: “pelo gerenciamento algorítmico da empresa de aplicativo, pelo mando do operador logístico e pela massa de consumidores que a todo o momento avaliam seu desempenho” (DE Souza, 2022, p. 78) convergindo em uma “manipulação de uma ameaça constante sobre o entregador: o bloqueio da plataforma” (*Loc. cit.*).

No mais, cabe também destacar sobre a subordinação algorítmica a qual os entregadores estão submetidos, que estes trabalhadores têm seus dados, a todo momento, coletados pelo aplicativo e são avaliados pelos consumidores finais, ou seja, a empresa terceiriza a supervisão física ao consumidor final e realiza a supervisão telemática pelo aplicativo, que estabelece os critérios de avaliação e como eles são utilizados, formando um sistema de pontuação e avaliação contínua.

Uma das demandas dos entregadores, durante a greve, era o fim do sistema de pontuações da empresa *Rappi*, que estabelecia que quanto menor fosse a pontuação dos entregadores, menor a área em que eles poderiam atuar e menor seria o número de entregas que receberiam, obrigando-os a aceitar todas as entregas que surgissem no aplicativo, trabalhar longas jornadas e trabalhar nos fins de semana para não perderem pontuação, mostrando que na prática quem controla o horário, modo e coordena o serviço é a empresa a que estão subordinados (Desgranges; Ribeiro, 2021, p. 15).

Apesar de não haver, explicitamente, um sistema de pontuação como esse no *iFood*, os entregadores acreditam que ela existe, informalmente, e é diretamente proporcional ao número de pedidos que recebem (Desgranges; Ribeiro, 2021), havendo, portanto, a mesma dinâmica de subordinação algorítmica no *iFood*, sendo os meios telemáticos reconhecidos como subordinantes, no parágrafo único do art. 6º da CLT:

Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio (Brasil, 1943).

Todavia, apesar dessa previsão, como citado supra, a subordinação clássica continua a prevalente. Essa dificuldade em estabelecer a subordinação clássica em relações trabalhistas modernas é sintomática de uma crise da subordinação jurídica,

que tem como paradigma um modelo de produção taylorista com a figura de um gerente e de contratos de trabalho escritos, que não existe mais. Houve verdadeira redefinição do perfil do empregado e do empregador. Desde o Toyotismo, com a implementação de novas técnicas para administração compartilhada e supressão de burocracias, este perfil vem mudando e esmaecendo a subordinação jurídica e comando do empregador, surgindo a parassubordinação, marcada por direção de serviços difusa e pontual (Martinez, 2020, p. 253).

Com a implementação das tecnologias relacionadas à internet, a relação entre as partes ficou ainda mais tênue, necessitando novas interpretações do conceito de subordinação, sob pena, de no futuro próximo, não haver mais qualquer relação que se enquadre no conceito de emprego, tornando, portanto, a CLT letra morta, negligenciando o imperativo constitucional, previsto no art. 7º, inciso XXVII, de que é direito do trabalhador a proteção em face da automação (Brasil, 1988), devendo englobar também a automação dos processos de controle, fiscalização e subordinação.

Diante disso, há a defesa da interpretação da subordinação estrutural pressupondo a subordinação do ponto de vista em que o empregado está, estruturalmente, vinculado à dinâmica de operações da atividade do empregador, pouco importando se recebe ou não ordens diretamente deste, desde que esteja estruturalmente inserido na dinâmica de organização e funcionamento, expansão conceitual que compatibilizaria os critérios finalísticos constitucionais de proteção do trabalho humano insculpidos no art. 1º, IV, da Constituição Federal como fundamento da República e no art. 170, como fundamento da ordem econômica (Brasil, 1988), ampliando o escopo protetivo do direito trabalhista para lhe equipar com ferramentas capazes de enfrentar as novas dinâmicas do trabalho (Ferrer; Oliveira, 2018), sendo a subordinação estrutural, inclusive, acolhida pela jurisprudência em decisões que reconheceram o vínculo de emprego de entregadores de aplicativo como o já citado acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, em Recurso Ordinário no processo nº 1000873-22.2018.5.02.0082 (São Paulo, 2021).

Entretanto, ainda que tenha evidenciado, anteriormente, há diversas formas de se ver o cumprimento dos requisitos da relação de emprego no caso em estudo, apesar de ser frágil quando há alteridade e subordinação diante das posições dominantes. O fato é que, entre retóricas e evidências, entre quimeras e realidade, prevalece na jurisprudência, incluindo o Tribunal Superior do Trabalho, a mais alta corte trabalhista no Brasil, que não há vínculo de emprego na relação com os aplicativos, sendo destacado por Tadeu Henrique Lopes da Cunha, titular da Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho (CONAFRET), que a defesa dos aplicativos nas ações trabalhistas têm base na jurimetria enaltecendo o grande número de decisões, que não reconheceram a relação de emprego. Todavia, Tadeu faz um destaque que tal posição foi fabricada pelas empresas, posto que as decisões favoráveis a seus interesses formam jurisprudência, enquanto as que são potencialmente desfavoráveis, logo são obstadas por acordos sem o reconhecimento do vínculo, obstaculizando a formação de jurisprudência divergente (Ministério Público do Trabalho da 2ª Região, 2021).

Mas, diante da exposição citada, também é fato que certos requisitos são cumpridos e que é certo que os entregadores são trabalhadores, uma vez que não se enquadram em relação meramente civil e comercial.

Não bastasse isso, conforme já afirmado no primeiro capítulo, há uma divisão na classe, existindo uma grande parcela de entregadores que não deseja a incidência das normas da CLT e nem ser considerado empregado. Na mesma senda, em janeiro de 2022 foi promulgada a Lei nº 14.297/2022 apresentando medidas de proteção asseguradas ao entregador de aplicativos, durante a vigência de Estado de Emergência, decorrente da COVID-19 e trazendo a seguinte disposição:

Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - empresa de aplicativo de entrega: empresa que possui como principal atividade a intermediação, por meio de plataforma eletrônica, entre o fornecedor de produtos e serviços de entrega e o seu consumidor;

II - entregador: trabalhador que presta serviço de retirada e entrega de produtos e serviços contratados por meio da plataforma eletrônica de aplicativo de entrega (Brasil, 2022b).

Dispositivo legislativo que, novamente, reforça a natureza de trabalhador não subordinado do entregador e corrobora a narrativa de não ser empregado da empresa.

Outrossim, o trabalho em sentido amplo ainda pode ser eventual, avulso ou autônomo. Eventual é aquele cuja prestação é episódica, fato que já foi discutido não ser a regra para os entregadores de aplicativos, já eliminando essa primeira espécie. Já, o avulso é o trabalhador que “presta serviço [...] a diversas empresas, sem vínculo empregatício, mas com intermediação obrigatória do OGMO (órgão gestor de mão de obra) ou do sindicato da categoria” (Martinez, 2020, p. 238), o que também não é o caso, excluindo, da mesma forma, essa modalidade.

Sendo, portanto, a natureza jurídica do trabalho dos empregadores de aplicativo, a de trabalho autônomo contratado na forma do art. 442-B da CLT, acrescentado pela Reforma Trabalhista dispondo que tal contratação, já é suficiente para afastar a qualidade de empregado (Brasil, 1943).

3 DIREITO E REALIDADE

Assim, estabelecido a relação jurídica de trabalhadores autônomos, já não se pode mais chamar a paralisação de “greve”, ainda que este vocábulo seja usado para denominar diversos movimentos de resistência e demandas por direitos, como greves de fome, juridicamente, a palavra tem carga semântica específica, sendo somente greve na forma da Lei nº 7.783/89, a realizada por trabalhadores subordinados (empregados) e trabalhadores avulsos, uma vez que a Constituição os equipara em direitos.

Conforme ensina Mazzoni (1972, p. 223), “greve é o exercício de um poder de fato dos trabalhadores com o fim de realizar uma abstenção coletiva do trabalho subordinado”, sendo complementado por Martins (2000, p. 746) declarando que “o exercício do direito de greve é assegurado apenas ao trabalhador subordinado, não podendo ser exercido pelo trabalhador autônomo”.

Apesar de poderem ser vistos os requisitos cumulativos de emprego, na relação dos entregadores com a *iFood*, se levarmos em conta as novas dinâmicas

de trabalho e a necessária expansão do conteúdo semântico da subordinação, adotando a subordinação estrutural, é fato que a posição dominante nos tribunais é da inexistência do vínculo.

Se falou, anteriormente, na crise do conceito de subordinação, que impede que sejam vistos como empregados e usufruam de plenos direitos trabalhistas. Crise semelhante, também assola o direito de greve, uma vez que a Constituição é precisa ao elencar em seu art. 9º, que “é assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender” (Brasil, 1988). Porém, com a introdução da Lei nº 7.783/89 regulamentando o direito de greve, foi considerado em seu artigo 2º, que o legítimo exercício de greve é a suspensão coletiva de prestação de serviços ao empregador (Brasil, 1989). A figura do empregador demanda a do empregado e como visto no tópico anterior, ambas inexistem na relação dos entregadores.

Marco Tulio Viana (2007, p. 251-252), ao discutir o conceito jurídico da greve, fala dessa crise do conceito que já não corresponde à realidade, defendendo que seja vista em sua definição do senso comum de qualquer ruptura do cotidiano, defendendo, inclusive, que seja considerada inconstitucional a definição jurídica atual por reduzir o escopo do artigo 9º da Constituição, ou que seja promovida a interpretação conforme a Constituição para alargar a carga semântica da definição da Lei nº 7.783/89 para englobar, também, as demais formas de trabalho.

Contudo, enquanto isso não acontece, a realidade é que o “breque dos apps”, assim como “greves” posteriores, realizadas pelos entregadores, não encontram guarida na proteção trabalhista em razão da natureza jurídica de serviço autônomo.

No entanto, não estar no âmbito da Lei de Greves, não torna o movimento dos entregadores ilegal ou injusto. Como afirmado no capítulo 2, um dos termos de uso do aplicativo é que os entregadores façam o próprio horário e escolham quando trabalhar. O direito de reunião e associação, também encontra respaldo Constitucional nos incisos XVI e XVII do art. 5º da Constituição de 1988 (Brasil, 1988).

Mais do que isso, na época dos fatos, a pandemia de Coronavírus encontrava-se em sua fase mais crítica e as demandas, também giravam em torno da nova realidade imposta pela crise sanitária, devendo ser motivo justo para a paralisação do trabalho e situação que clama por proteção ao trabalhador, que aderiu ao movimento paredista, conforme prevê a Convenção nº 155, da Organização Internacional do Trabalho, internalizada no sistema jurídico brasileiro, pelo Decreto nº 1.254/94, na época da greve e atualmente, pelo Decreto nº 10.088/2019, prevendo referida convenção que:

Artigo 13 - De conformidade com a prática e as condições nacionais, deverá ser protegido, de consequências injustificadas, todo trabalhador que julgar necessário interromper uma situação de trabalho por considerar, por motivos razoáveis, que ela envolve um perigo iminente e grave para sua vida ou sua saúde (Brasil, 2019).

Sendo, totalmente, lícita e permitida, também a associação e sindicatos dos motofreteristas, uma vez que o art. 511, *caput*, da CLT permite a associação e

sindicalização para fins de defesa e coordenação de seus interesses econômicos e profissionais aos trabalhadores autônomos, que exerçam a mesma atividade ou atividades conexas (Brasil, 1943).

Não havendo, portanto, qualquer ilegalidade nas manifestações do ponto de vista do direito do trabalho. Caso tomássemos o entendimento de que os entregadores são empregados, também não haveria qualquer ilegalidade na manifestação, posto que o contrato, que liga as partes, lhes dá a prerrogativa de laborar quando entenderem.

Da mesma forma, também não há qualquer repúdio aos atos dos consumidores, afinal boicote e avaliar, negativamente, os aplicativos não infringe qualquer disposição legal.

Já em relação à empresa, conforme foi trazido à tona pela reportagem investigativa da Agência Pública, ela teria contratado um grupo de publicitários, que acabaram por formar páginas e perfis falsos, de modo a criar um contra movimento para mover o foco do movimento paredista das melhorias de condições de trabalho, contra a empresa para voltar-se contra o governo, além de infiltrar pessoas, no movimento grevista, para minar sua organização, cessar seu apoio e destruir suas lideranças.

Mas, uma vez que não é considerada empregadora, no âmbito trabalhista e da lei de greve, não houve qualquer ilícito trabalhista, a despeito de possíveis ilícitos de cíveis e criminais, relacionado a difamações contra líderes e referentes aos perfis falsos.

Todavia, caso tomarmos a argumentação da existência da relação de emprego, a Lei nº 7.783/89 é solar em seu artigo 6º, § 2º, ao vedar ações com o intuito de frustrar a divulgação do movimento, ou para compelir os empregados a voltarem ao trabalho e ao prever no § 1º do mesmo artigo, que em nenhuma hipótese os meios adotados por empregadores ou empregados podem violar direitos fundamentais de outrem, sendo a greve, o direito de reunião e associação inseridos dentro do título de direitos fundamentais da Constituição, aparentes violações caso a relação juslaboral da parte empregada.

Apesar disso, para além da greve e independente da relação trabalhista das partes, tomando, novamente, como base, o termo de usos dos entregadores do aplicativo e a realidade observada no mundo sensível, algumas inadequações trabalhistas e administrativas podem ser observadas. Para se cadastrar como motofretista, somente é cobrado que o entregador tenha 18 anos completos e possua Carteira Nacional de Habilitação (CNH), sendo empurradas para o entregador, no contrato, qualquer responsabilidade administrativa ou judicial por eventuais processos decorrentes das entregas (Ifood, 2023) e conforme descrito, no primeiro capítulo, a maioria dos entregadores de aplicativo é de jovens, havendo porcentagem considerável, na faixa até 19 anos.

Entretanto, ocorre que motofrete se trata de uma profissão regulamentada pela Lei 12.009/2009, cobrando em seu artigo 2º, bem como, nas resoluções nº 930 e 943 do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN), diversos requisitos para o exercício da atividade de motofrete, dentre eles, ter completado 21 anos, estar há dois anos habilitado na categoria e curso especializado (Brasil, 2009), além de acrescentar o art. 139-A, no Código de Trânsito Brasileiro (CTB), estabelecendo

que os veículos destinados ao motofrete devem cumprir certos requisitos de segurança e serem registrados na categoria aluguel (Brasil, 1997).

Por mais que os termos de uso estabelecidos pela empresa considerarem ser responsabilidade do entregador, o cumprimento da legislação, qualquer um que firma contrato de prestação continuada de serviços de motofrete, ou seja, contratos como os termos de uso do aplicativo, uma vez que evidenciado, no segundo capítulo, a continuidade do serviço como regra para os entregadores, se submete a regra do artigo 6º da Lei do Motofrete, que é claro no sentido de que este contratante é responsável solidário dos danos decorrentes do descumprimento das normas citadas anteriormente, além disso, o art. 7º afirma que é infração a esta lei manter contrato de prestação continuada com motofretista inabilitado, ou mesmo, admitir o uso de veículo em desacordo com as exigências legais, se sujeitando também, a sanção quanto à segurança do trabalho (Brasil, 2009), fatos que a mera leitura dos termos de uso revela serem negligenciados pela empresa.

Não obstante, apesar dessas inadequações, das ações tomadas pela empresa, da precarização dos trabalhadores e das centenas de ações movidas pelo Ministério Público do Trabalho, não houve consequências práticas em nenhum âmbito, servindo de estímulo que se repitam e sejam utilizadas por outras empresas, provando também, a veracidade das constatações de Adam Smith de que a luta entre capitalistas e trabalhadores não é de forma alguma uma luta entre iguais, uma vez que os capitalistas detêm a maior riqueza, possuem a capacidade de manipular e controlar a opinião pública e contam com o apoio do Estado (Hunt; Lautzenheiser, 2013, p. 88).

Mais do que evidenciar a clareza da afirmação de Smith sobre a relação trabalhista, isso mostra um panorama da quadra de adversidades que marca a história do Brasil.

Moinhos de gastar gente; este é o título que encabeça o capítulo sobre a expansão portuguesa e surgimento da etnia brasileira, no livro Povo Brasileiro: A formação e o sentido do Brasil, de Darcy Ribeiro. Com frequência, o referido livro ao tratar de qualquer ciclo industrial do Brasil, desde sua indústria de extração madeireira, no início da colonização, passando pelo arco da indústria açucareira; pela indústria das minas; pela industrialização das cidades; em todos fala-se em gastar/ desgastar pessoas, sejam elas índios, pretos, brasileiros, trabalhadores (Ribeiro, 1995). Todos os arcos históricos revelam tragédias para os trabalhadores de nossa história. O Brasil não é mera máquina de moer gente como é dito popularmente, mais precisamente, é uma máquina de moer trabalhadores. O gosto amargo deixado por essa análise, afirmando que no arcabouço jurídico atual, não existe proteção para os entregadores é mais um sintoma dessa doença.

A superexploração do trabalho rechaçada em primeiro marco no Manifesto Comunista de 1848, censurada pela Igreja Católica, no *Rerum Novarum* - Encíclica do Papa Leão XIII, escrita em 1891, e, ao fim, contestada pelo Estado, é uma realidade perene no Brasil.

Ainda que existam avanços como a própria CLT, sempre há grupos lutando pela exploração. O próprio Getúlio Vargas, presidente que promulgou a consolidação, em seu suicídio pontuado pela sua Carta Testamento, declara em meio as muitas razões de seus atos, a campanha de grupos nacionais unidos com grupos

internacionais contra o regime de garantia do trabalho (Vargas, 1954). Seguiu-se mais décadas de ciclos de crescimento e instabilidade, chegando ao ápice na década de 90, momento em que os governos decidiram que o remédio para a inflação descontrolada seria a adoção da racionalidade neoliberal. Modelo que foi rejeitado na década que se seguiu, em que os governos voltaram a prestigiar a seguridade social e proteção do trabalhador. Todavia, logo o discurso neoliberal voltou a ganhar repercussão, sendo revisitada a Carta de Vargas e, novamente, denunciada a união de grupos espúrios contra os direitos do trabalho, em discurso pelo Senador Roberto Requião (2016), durante a sessão de julgamento de *impeachment*. Um ano após este discurso, a Reforma Trabalhista foi aprovada.

No entanto, apesar dessa reversão de conquistas trabalhistas aprofundar desigualdades de classe, também aprofunda a luta de classes e a luta pelo direito. Conforme declarado por Martin Luther King Jr. “temos que perceber que o arco do universo moral é longo, mas se inclina em direção à justiça”⁹, sendo a luta pelo direito, a luta dos entregadores, o que inclina este arco para a justiça, e como enunciou Holbach: “Tudo nos prova que a cada dia nossos costumes se abrandam, os espíritos se esclarecem e a razão conquista terreno”¹⁰.

CONCLUSÃO

Conforme apresentado, inicialmente, resta comprovado que a categoria entregadores de aplicativos é marcada pela superexploração e precarização, fato que se agravou durante a pandemia de SARS-CoV-2 e implodiu o discurso de empreendedorismo e autossuficiência que foi vendido para a classe, culminando em uma série de paralisações, que foram reprimidas por meio da contratação de grupos de publicitários para sabotar o movimento.

Em segundo momento, demonstrou-se que a relação jurídica que une as partes é a de trabalho autônomo perante a posição dominante na jurisprudência e que, em razão dessa relação, o movimento paredista, organizado pelos entregadores, não se subsume no conceito jurídico de greve, que necessariamente prevê como partes, um empregado ou trabalhador avulso e um empregador, não incidindo a Lei de Greve sobre o movimento.

Não obstante, conquanto não ser greve, diante das disposições contratuais que permitem aos motofretistas trabalhem quando quiserem, somadas ao direito de reunião e associação da Constituição, não foi um movimento ilícito. Porém, como não se trata de categoria protegida pelas leis do trabalho, as ações da empresa também, não revelam ilícitos na seara trabalhista, apesar de questionáveis, na esfera penal e cível.

Por fim, a falta de proteção à categoria permitindo que a empresa aja para destruir seus movimentos paredistas, revela que a Reforma Trabalhista, apesar

⁹ Tradução livre de: “Let us realize that the arc of the moral universe is long, but it bends toward justice.”. KING JR., M.L.K. Where Do We Go From Here?. Georgia, 1967. Disponível em: <https://kinginstitute.stanford.edu/where-do-we-go-here>. Acesso em: 10 jul. 2022.

¹⁰ Tradução livre de: “Tout nous prouve que de jour en jour nos mœurs s’adoucissent, les esprits s’éclairent, la raison gagne du terrain”. D’HOLBACH. Système social. vol I. Paris, 1822. Disponível em: <https://play.google.com/books/reader?id=GU5PAQAAMAAJ&pg=GBS.PA184&hl=pt>. Acesso em: 10 jul. 2022. p. 283.

de vir com a promessa de adequar a legislação às novas relações de trabalhos, apenas serviu para afastar a legislação trabalhista do mundo do trabalho atual de relações tênues e intermediadas pela tecnologia.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, P. Informalidade volta a crescer e ajuda a derrubar renda no país, aponta IBGE. *CNN Brasil*, 21 mar. 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/informalidade-volta-a-crescer-e-ajuda-a-derrubar-renda-no-pais-aponta-ibge/#:~:text=Apesar%20do%20trimestre%20finalizado%20em,a%20atuar%20como%20trabalhadores%20informais>. Acesso em: 17 jul. 2022.

ANDERSON, P. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, E.; GENTILI, P. (org.). *Pós-Neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1995.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 jun. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 10.088, de 5 de Novembro de 2019*. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm. Acesso em: 10 jul. 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de Maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 16 jun. 2022.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 10 jul. 2022.

BRASIL. *Lei nº 12.009, de 29 de Julho de 2009*. Regulamenta o exercício das atividades dos profissionais em transporte de passageiros, "mototaxista", em entrega de mercadorias e em serviço comunitário de rua, e "motoboy", com o uso de motocicleta, altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, para dispor sobre regras de segurança dos serviços de transporte remunerado de mercadorias em motocicletas e motonetas - moto-frete -, estabelece regras gerais para a regulação deste serviço e dá outras providências. Brasília, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12009.htm. Acesso em: 10 jul. 2022.

BRASIL. *Lei nº 14.297, de 5 de Janeiro de 2022*. Dispõe sobre medidas de proteção asseguradas ao entregador que presta serviço por intermédio de empresa de aplicativo de entrega durante a vigência da emergência em saúde pública decorrente do coronavírus responsável pela covid-19. Brasília, 2022b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14297.htm. Acesso em: 10 jul. 2022.

BRASIL. *Lei nº 7.783, de 28 de Junho de 1989*. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Brasília, 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.HTM. Acesso em: 16 jun. 2022.

BRASIL. *Lei nº 9.503, de 23 de Setembro de 1997*. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Brasília, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm. Acesso em: 10 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR-383-78.2021.5.06.0412, 4ª Turma, Relator Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, DEJT 24/06/2022a. Disponível em: <https://consultaunificada.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%20383-78.2021.5.06.0412&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAA++dAAC&dataPub licacao=24/06/2022&local Publicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 10 jul. 2022.

CALVO, A. *Manual de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

DA SILVA, J. C. T.; CECATO, M. A. A uberização da relação individual de trabalho na era digital e o direito do trabalho brasileiro. *Cadernos de Direito Actual*, n. 7, p. 257-271, 2017.

DE SOUZA, H. S. I. Plataforma da precarização: os conflitos na regulação jurídica do trabalho dos entregadores de aplicativo. *Laborare*, v. 5, n. 8, p. 69-89, 2022. DOI: <https://doi.org/10.33637/2595-847x.2022-105>.

DESGRANGES, N., RIBEIRO, W. Narrativas em rede: o Breque dos Apps e as novas formas de manifestação de trabalhadores em plataformas digitais. *Movimentação*, v. 8, n. 14, p. 189-208, 2021. DOI: <https://doi.org/10.30612/mvt.v8i14.15024>

FERRER, W. M. H.; DE OLIVEIRA, L. J. Uberização do trabalho sob a ótica do conceito de subordinação estrutural. *Revista Direito UFMS*, v. 4, n. 1, 2018. DOI: <https://doi.org/10.21671/rdufms.v4i1.5574>.

FILGUEIRAS, V. *et al.* *Projeto Caminhos do Trabalho: tendências, dinâmicas e interfaces, do local ao global*. Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2020. Disponível em: <http://abet-trabalho.org.br/wp-content/uploads/2020/08/Relatório-de-Levantamento-sobre-Entregadores-por-Applicativos-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2022.

GÓES, G. *et al.* *Painel da Gig Economy no setor de transportes do Brasil: quem, onde, quantos e quanto ganham*. Brasília: IPEA, maio 2022. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/220510_cc_55_nota_14_gig_economy.pdf. Acesso em: 6 jul. 2022.

<https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/04/28/serie-historica-do-emprego-formal-nao-pode-ser-comparada-com-novo-caged-dizem-analistas.ghtml>. Acesso em: 17 jul. 2022.

HUNT, E. K.; LAUTZENHEISER, M. *História do pensamento econômico*. Tradução: André Arruda Villela. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

IANNI, O. *Teorias da Globalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *PNAD Contínua - Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua*. Séries históricas. Rio de Janeiro: IBGE, [s.d.]A. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9173-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?=&t=series-historicas>. Acesso em: 2 jul. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Desemprego*. Rio de Janeiro: IBGE, [s.d.]B. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>. Acesso em: 17 jul. 2022.

IFOOD. *Como funciona a relação do iFood com o entregador?* set. 2020b. Disponível em: Acesso em: 10 jul. 2022.

IFOOD. *Nossa Entrega*. [s.d.]. Disponível em: <https://institucional.ifood.com.br/nossa-entrega/>. Acesso em: 10 jul. 2022.

IFOOD. *Termos e condições de uso iFood para entregadores*. mar. 2020a. Disponível em: <https://entregador.ifood.com.br/wp-content/uploads/2020/03/TERMOS-E-CONDICOES-DE-USO.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2022.

IFOOD. *Termos e condições de uso iFood para entregadores*. 2023. Disponível em: <https://entregador.ifood.com.br/wp-content/uploads/2023/02/Termo-de-uso.pdf>. Acesso em: 9 set. 2023.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Mercado de trabalho: conjuntura e análise nº 71*. Brasília, abr. 2021. DOI: <http://dx.doi.org/10.38116/bmt71>.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Mercado de trabalho: conjuntura e análise nº 70*. Brasília, set. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.38116/bmt70>.

LEVY, C. Agência Pública. 4 de abril de 2022. *A máquina oculta de propaganda do iFood*. Disponível em: <https://apublica.org/2022/04/a-maquina-oculta-de-propaganda-do-ifood/>. Acesso em: 9 abr. 2022.

MARTELLO, A.; GERBELLI, L. G. Série histórica do emprego formal não pode ser comparada com novo Caged, dizem analistas. *Portal G1*, São Paulo, 28 abr. 2021. Disponível em:

MARTINEZ, L. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARTINS, S. P. *Direito do trabalho*. 10. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2000.

MAZZONI, G. *Relações coletivas de trabalho*. São Paulo: RT, 1972. p. 223.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. *MPT requer que 99, Uber, Rappi e Lalamove reconheçam vínculo trabalhista*. São Paulo, 8 nov. 2021. Disponível em: <https://www.prt2.mpt.mp.br/925-mpt-requer-que-99-uber-rappi-e-lalamove-reconhecem-vinculo-trabalhista#:~:text=S%C3%A3o%20Paulo%2C%20de%20novembro,e%20os%20entregadores%20de%20mercadorias>. Acesso em: 16 jul. 2022.

PRADO JÚNIOR, C. *História Econômica do Brasil*. 28. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1983.

REQUIÃO, R. *Com razão, alma e coração Requião fala para a história*. Youtube, 30 ago. 2016. Disponível em: <https://youtu.be/Ue1vHRzD8KQ>. Acesso em: 2 jul. 2022.

RIBEIRO, D. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (16. Turma). *Processo: 1000873-22.2018.5.02.0082*. Relatora: Regina Aparecida Duarte, 17 ago. 2021. Disponível em: <https://pje.trt2.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=21051516351754900000083619049>. Acesso em: 16 jul. 2022.

VARGAS, G. *Carta Testamento*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/getulio-vargas/carta-testamento-de-getulio-vargas>. Acesso em: 2 jul. 2022.

VASCONCELOS, T. L.; PEREIRA, M. C. Articulação coletiva dos entregadores por aplicativo no Brasil: desafios e perspectivas. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 66, n. 102, p. 171-188, jul./dez. 2020.

VIANA, M. T. Da greve ao boicote: os vários significados e as novas possibilidades das lutas operárias. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 50, p. 239-264, 2007.

**TUTELA E
EFETIVIDADE
DOS DIREITOS DA
CIDADANIA**

**PROTECTION AND
EFFECTIVENESS
OF CITIZENSHIP
RIGHTS**

A IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL E O PODER PUNITIVO: REFLEXÕES À LUZ DO PROJETO DE LEI Nº 2.822/2022 E DO BILL H.2333

Lincon Coelho de Souza*
Vinicius Wildner Zambiasi**

RESUMO

O presente estudo exploratório visa analisar de forma criminológica o Projeto de Lei nº 2.822/2022, tendo como base a ideologia da defesa social como fundamento teórico-justificante do direito penal e a evolução da pena. Para o desenvolvimento utilizou-se da pesquisa bibliográfica e da pesquisa documental, utilizando-se de um método de análise histórico-dialético. O trabalho foi dividido em três seções: a primeira é destinada à elaboração de breve genealogia do poder punitivo e da pena privativa de liberdade; na segunda, busca-se relembrar da ideologia da defesa social e suas críticas formuladas pela criminologia, em seguida, analisam-se os projetos de lei em conjunto com a realidade carcerária. Ao final, conclui-se que o Projeto de Lei nº 2.822/2022 traz elementos do Estado absoluto, visto que, após o reconhecimento formal pelo Estado da ineficácia da pena privativa de liberdade, através de um direito penal que constitui um inimigo, avança a pena novamente em direção ao corpo dos detentos, tornando-os objetos úteis da execução penal, negando-lhes a condição de indivíduo que, como prega o modelo de execução penal e a própria Ideologia da Defesa Social, necessita ser ressocializado.

Palavras-chave: genealogia da pena; ideologia da defesa social; Projeto de Lei nº 2.822/2022.

Data de submissão: 22/10/2023

Data de aprovação: 08/03/2024

* Graduando em Direito no Centro Universitário Univel.

** Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

THE IDEOLOGY OF SOCIAL DEFENSE AND PUNITIVE POWER: REFLECTIONS IN LIGHT OF BILL NO. 2,822/2022 AND BILL H.2333

Lincon Coelho de Souza
Vinicius Wildner Zambiasi

ABSTRACT

The present exploratory study aims to criminologically analyze Bill No. 2,822/2022, based on the ideology of social defense as the theoretical-justifying foundation of criminal law and the evolution of punishment. For the development of this study, bibliographic research and documentary research were employed, using a historical-dialectical analysis method. The work is divided into three sections: the first is dedicated to the brief genealogy of punitive power and custodial sentences; in the second, it seeks to revisit the ideology of social defense and its criticisms formulated by criminology, followed by an analysis of the bills in conjunction with the prison reality. In conclusion, it is found that Bill No. 2,822/2022 contains elements of an absolute state, as, after the formal recognition by the state of the ineffectiveness of custodial sentences, through a criminal law that portrays an enemy, it reintroduces punishment toward the bodies of inmates, making them useful objects of penal execution and denying them the status of individuals who, as advocated by the model of penal execution and the ideology of social defense itself, need to be rehabilitated.

Keywords: Bill No. 2,822/2022; genealogy of punishment; social defense ideology.

Date of submission: 22/10/2023

Date of approval: 08/03/2024

INTRODUÇÃO

A história do Brasil é caracterizada pela exploração que teve início simultaneamente à chegada dos colonizadores europeus. Inicialmente, no território brasileiro, os povos indígenas foram os primeiros a serem submetidos a tratamentos desumanos e degradantes, bem como a trabalhos em regime forçado, seguidos pelos povos oriundos do continente africano. A exploração não apenas estava enraizada nas estruturas institucionais, mas também era uma política adotada pela metrópole em relação à sua colônia brasileira.

Conforme Priore e Venancio (2010) apontam, juízes e autoridades frequentemente deixavam de aplicar a lei quando se tratava de crimes cometidos por senhores de engenhos de açúcar. Por outro lado, os escravizados rebeldes e fugitivos, enfrentavam castigos severos, incluindo a amputação de mãos ou o corte do tendão de Aquiles, o que demonstra que a seletividade penal (e punitiva), em solo brasileiro, possui raízes históricas desde a época do Brasil Colônia.

Nessa senda, passados alguns séculos, mais precisamente em dezembro de 2022, foi protocolado no Senado Federal o Projeto de Lei (PL) nº 2.822, de autoria do Senador Styvenson Valentim (PODEMOS/RN). Nele, sob a justificativa de ampliação dos direitos do detento, prevê-se uma nova hipótese de remição de pena na execução penal: a doação de órgãos múltiplos (Brasil, 2022).

A título de comparação, no Estado de Massachusetts, nos Estados Unidos da América (EUA), foi apresentada proposta legislativa em similar sentido. Carlos González e Judith A. Garcia, ambos do partido Democrata, apresentaram o PL H.2333, que visa estabelecer um programa de doação de medula óssea e órgãos para apenados, em contrapartida, há a remição pena (Massachusetts, 2023).

Sobre o direito penal, conforme aduz Foucault (2011), não obstante o modelo de aplicação de suplícios corporais tenha sido superado, o método de encarceramento ainda mantém, de certa forma, um fundo suplicante - isto é, não houve o abandono completo de práticas de sofrimento e indignidade, as quais ainda se fazem presentes na aplicação de penas segregadoras de liberdade, especialmente ao se considerar o projeto de "transformação dos indivíduos" na "fábrica de delinquentes", implementado nas prisões (Foucault, 1998, p. 131-132). Outrossim, sabe-se também que a Ideologia da Defesa Social, há tempos conceituada por autores da Escola Criminológica Clássica Liberal e Escola Criminológica Positiva, é a ideologia fundante do direito penal até os dias atuais, de acordo com Baratta (2011).

Desse contexto, emerge o problema de pesquisa do presente trabalho: com este aparente discurso de tornar a execução penal "útil" à sociedade, semelhante tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos, é possível considerar que exista alguma alteração interna - no sentido de desvio para com os seus princípios fundantes - na Ideologia da Defesa Social e da função da pena, vez que esta ideologia nasce de um movimento liberal que, visando conter o poder político/estatal, retira do corpo do indivíduo a pena a ele aplicada?

Para o desenvolvimento da investigação, o presente trabalho foi dividido em três seções. A primeira versará sobre a ideia de sociedade punitiva e o sistema penitenciário, tendo como base principal o pensamento de Foucault, de forma a evidenciar a evolução do direito penal e o papel na utilização das penas. Em seguida, na segunda seção, será apresentada a Ideologia da Defesa Social, bem

como explicitadas as críticas tecidas pela criminologia. Após, na derradeira seção, serão analisados os Projetos de Lei em contraponto ao cárcere.

No desenvolvimento deste trabalho exploratório será utilizado o método materialista histórico-dialético, levando em conta a evolução histórica do instituto da pena. O instrumento de pesquisa será a pesquisa bibliográfica e análise documental.

Ao final, concluiu-se pela confirmação da hipótese inicialmente proposta, no sentido de que há um movimento de retorno da pena ao corpo do apenado de forma a torná-lo, de alguma forma, útil a sociedade após um reconhecimento formal pelo Estado da ineficácia da pena privativa de liberdade. É de se notar que tal movimento torna-se mais grave ainda dada a seletividade penal operante no Brasil. Além do que, vai na contramão da evolução histórica de racionalização da pena e do pregado pela já "sucateada" Ideologia Social que embasa o direito penal.

1 UMA BREVE GENEALOGIA DO PODER PUNITIVO E DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Diante do objetivo investigativo do presente artigo, faz-se necessário relembrar a evolução da pena com o passar dos anos, e é para isto que a presente seção se destina. Para realizar a referida análise, recorreu-se, principalmente, à obra de Michel Foucault, a fim de construir um conceito sólido do sistema penal e penitenciário em conjunto ao conceito de poder punitivo e biopolítica. Embora a teoria foucaultiana seja o foco, os horizontes foram ampliados com outras ideias no contexto da criminologia crítica.

De acordo com Albuquerque (1995), para Foucault, o poder pode ser entendido como um conjunto de relações entre o indivíduo dominado e o indivíduo dominante que produzem uma assimetria que irradia de baixo para cima. Isso tudo advém da noção de que inexistente poder sem a personificação dele em alguém. Ou seja, para existir o poder é necessário existir alguém apto a incorporá-lo e efetivamente manifestá-lo.

Tal definição é extraída a partir de um ensaio sobre a noção de poder de Hobbes, para quem "o maior de todos os poderes humanos é o poder integrado de vários homens unidos [...] é o poder do Estado ou aquele representativo número de pessoas, cujas ações estão sujeitas a determinadas pessoas" (Hobbes, 2014, p. 80).

Ao refinar o referido conceito, Albuquerque (1995, p. 107) define que, na acepção hobbesiana, "o poder é o conjunto de recursos e natureza psicológica, material ou econômica, existentes na sociedade, que os indivíduos põem a serviço de uma autoridade suprema para manter a ordem pública".

Observa-se que, para Foucault, se inexistir quaisquer dos elementos: os indivíduos que detêm o poder, a autoridade que recebe o poder ou e se não há uma finalidade para o poder, não há nenhuma articulação ou expressão deste. Daí vem a noção de Foucault de que o poder é o conjunto de relações que, primeiramente, irradia do súdito (de baixo para cima, portanto). Elencam-se, assim, os três componentes do poder: i) a autoridade, ii) a quem ou em que ele recairá (objetivo/finalidade) e iii) de onde ele vem (Albuquerque, 1995).

O objetivo do poder-soberania, elemento essencial de articulação, especialmente no absolutismo, caracteriza-se pela busca de recursos e aniquilação do inimigo, sobre quem o poder recairá. Essa concepção de poder advém do absolutismo e é transmitido ao Estado Moderno. O poder constituído no soberano tem seu alvo, portanto (Albuquerque, 1995).

Ademais, Foucault (2008) ressalta que o Estado, em diferentes momentos históricos, comporta-se de forma diversa em relação ao exercício poder. Na Idade Média, por exemplo, o papel do Estado e, conseqüentemente, o do exercício do poder, era semelhante ao papel paterno, propriamente de proteção aos súditos, levando em consideração as características imanentes da constituição e exercício poder.

Tal ideia de proteção no medievo, de acordo com Melossi e Pavarini (2006), dão origem à pena como retribuição *post factum* - isto é, uma troca posterior pelo crime cometido. Quanto a isso, faz-se necessário compreender que na Idade Medieval, antes da concepção westfaliana do Estado como Estado-Nação, o crime atentava não somente contra os indivíduos, mas também contra Deus e à autoridade.

A pena, por esse motivo, adquiria dois aspectos principais: a *retributio* (troca posterior que servia como punição para com a sociedade) e a *expiatio* (castigo para com Deus). Embora existente o cárcere no medievo, a mera privação da liberdade por certo período não era entendida como suficiente para equilibrar o mal do crime. Assim, a pena era aplicada principalmente sobre o corpo, justamente em um ato de suplício do criminoso, visando não somente proteger a sociedade, mas também demonstrar à divindade a repulsa da comunidade por aquele ato transgressor (Melossi; Pavarini, 2006).

Ainda de acordo com Melossi e Pavarini (2006), atacavam-se os valores relevantes para àquela época, quais sejam a honra e a religiosidade, de modo que a pena era pública e, como se tratava de um ato que visava também purificar o criminoso protegendo a sociedade, não encontrava limite no corpo. Levava-se o inferno ainda em vida ao apenado, tudo isso dentro de um contexto de paternidade do Estado, conforme posterior interpretação de Foucault (2008).

Já a partir do século XVIII, o suplício se extingue e, conforme Foucault (2011), a compreensão das raízes desse fenômeno remonta ainda ao século XVII. Assim, o autor francês (Foucault, 2008) aduz que é neste período (século XVII) que se constitui a Razão de Estado, a consciência do Estado e governo de si mesmo - isto é, a noção de soberania, ou seja, a concepção do Estado ser limitado em relações internacionais e ilimitado internamente, bem como a passagem do medievo para o estado nacional de polícia. Há, portanto, a necessidade de modelar os súditos para o alcance dos objetivos nacionais.

Todavia, o poder estatal, que primeiramente nasce ilimitado internamente, acaba por se autolimitar. Importante compreender que o Estado era traduzido na vontade do governante, e o Direito, inicialmente baseado no Direito divino, e posteriormente natural, era considerado externo ao próprio Estado, fundando-se nestas outras fontes. Por sua vez, o Poder Judiciário serve inicialmente de amplificador do poder do estatal. Foucault (2008) elenca que o objeto de autolimitação do Estado a partir do século XVII foi, antes de tudo, a lógica do preço. O preço se

torna objeto de validação da ação estatal. O mercado que ditará o bom e o justo na lógica da mercadoria.

Segundo Foucault (2008), a transformação do mercado em um espaço de validação dos atos estatais é resultado de uma combinação multifacetada de elementos. Isso abrange a conjuntura monetária, um influxo renovado de ouro, o crescimento econômico e demográfico, a intensificação das práticas agrícolas, a incorporação de especialistas na administração governamental, o desenvolvimento de métodos e ferramentas para reflexão e análise, bem como a formulação de uma estrutura teórica para abordar questões econômicas. Inicia-se, assim, a era do governo frugal, ou “moderado”.

Da ideia de poder anteriormente discutida, surge também o conceito de poder disciplinar, que é intrínseco ao estado de polícia e nele formulado; a essência do estado absolutista, agora limitado à verificação mercadológica, e para além do suplício corporal. Ferreira (2022) aponta que para a teoria foucaultiana, o poder disciplinar é aquele exercido pelo estado-nação internamente em seu território, objetivando que os corpos sob seu domínio se tornem massas úteis e dóceis, através de mecanismos como a escola, hospitais e a prisão (que aqui será entendida como direito penal). Advém justamente da ideia de que o Estado, em concorrência com outros Estados, regula a vida dos súditos.

Coincidentemente ou não, Foucault, tanto em “O nascimento da biopolítica” (2008), quanto em “Vigiar e punir” (2011), atribui ao mesmo período histórico (século XVIII) dois acontecimentos importantes: o afrouxamento das penas, que pode ser entendido como o abandono da pena corporal; e a mudança da Razão de Estado para a lógica do mercado, isto é, o liberalismo.

Em resumo, o poder punitivo, derivado das relações de poder incorporadas ao soberano, é transmitido ao estado moderno em um movimento de moderação, momento este que ocorrerá um afrouxamento, “humanização” - aqui entendida como ausência de suplício, isto é, a pena sairá do corpo do apenado e começará a ser contada em unidades temporais - e tecnicização das penas. Contudo, como se viu, o que vigorará neste estado é a lógica do preço, dentro de uma lógica de poder que prescinde a eleição de um alvo para a devida manifestação e expressão no campo social em busca de recursos e modelação da atitude dos súditos.

Tal antagonismo é muito bem evidenciado por Zaffaroni (2014) ao dizer que o Estado Democrático de Direito (o governo frugal/moderado) é um ideal, assim como o Estado de Polícia. Ser um ideal, no sentido de ideal platônico, significa ser inalcançável: quanto mais controlado o poder, mais Estado Democrático de Direito; quanto menos, mais Estado de Polícia; mas nunca puramente um ou outro.

Pois bem, nesse contexto de transformação, industrialização e moderação do Estado, a migração de trabalhadores do campo para a cidade se torna inconveniente, de modo que um deliberado movimento de criminalização ocorre: a criminalização da chamada “vagabundagem”, principalmente. Logo cedo, tendo em vista a quantidade de desempregados advindos deste êxodo rural, a política criminal se torna um problema inclusive na aplicação das penas (Melossi; Pavarini, 2006).

Nessa nova sociedade liberal, a liberdade formal é um bem disponível e garantido a todos. Assim, a pena de privação de liberdade surge como forma de castigo igualitário. Além de tudo, exato, vez que permite calcular exatamente o

tempo privado sob a perspectiva de lesão que causou à sociedade com o delito (Foucault, 2011).

Conforme Melossi e Pavarini (2006), até metade do século XVI o açoite, a pena capital e o desterro eram as principais forma de conter os efeitos da migração em massa para a cidade. Até o momento em que se criam as casas de trabalhos forçados, por autorização do rei à época, no castelo de Bridewell. Com uma rígida ordenação, as *workhouses* objetivavam habilitar os desviantes por meio do trabalho e disciplina, de modo que se espalharam pela Inglaterra durante o século XVII, oferecendo trabalho aos que não tinham e obrigando a trabalhar os que não queriam.

Por sua vez, na virada para o século XVII, em Amsterdã na Holanda, foram implantadas as *rasp-huuts*¹, nas quais os indivíduos utilizavam uma técnica de raspagem da madeira do pau-brasil para a extração do corante. Técnica essa que era mais barata, com menor investimento de capital, porém desgastava fisicamente o detento de tal forma que frequentemente quebravam a espinha. Conforme Melossi e Pavarini (2006), estas casas serviam como métodos rígidos de disciplina e, subsidiariamente, para equilibrar a oferta e demanda do trabalho - isto é, da mão de obra reserva.

Eis aqui, portanto, os primeiros movimentos de implantação de penas privativas de liberdade.

Nos Estados Unidos da América (EUA) do século XVI, houve inicialmente o problema com os imigrantes pobres que iam para o país sem qualquer bem ou trabalho; após, vieram os vagabundos e, inclusive os devedores. Como forma de controle social, importou-se, por William Penn, o modelo inglês das *workhouses*. Já no século XVII, com as casas de correção pelo trabalho cheias e as celas preventivas vazias, em contraste com as profundas alterações sociais da época e a impossibilidade destas casas competirem com o mundo industrializado externo, as *workhouses* assumem cada vez mais um papel próprio de instituição carcerária. Assim, em 1987, o *Philadelphia Society for Alleviating the Miseries of Public Prison*², cria o sistema celular de prisão, que pregava o isolamento celular, oração e abstinência de bebidas alcoólicas como formas de recuperação dos criminosos (Melossi; Pavarini, 2006).

Bitencourt (2001) cita algumas características desse sistema penitenciário: isolamento, silêncio e oração. Características as quais diminuía consideravelmente os custos com a vigilância. Todavia, não se tratava de algo totalmente original, vez que embasado no Panóptico de Bentham. Não obstante a isso, Melossi e Pavarini (2006) destacam que o referido sistema não mais se tratava de um recuperador, mas sim de um completo composto de dominação, ideologizado principalmente pela religião.

Após o sistema celular (pensilvânico), surge também nos EUA o sistema auburniano, o qual introduz o trabalho no sistema celular e que contará também com características o silêncio absoluto. Por sua vez, ao passo que o sistema celular tem um dogma místico com a religião no centro da recuperação, o sistema auburniano

¹ Em tradução livre: "cabanas de raspagem".

² Em tradução literal: "Sociedade da Filadélfia para Aliviar as Misérias das Prisões Públicas".

possui influências claramente econômicas - isto é, serve-se a um modelo de sociedade "perfeita": trabalho, silêncio, isolamento e hierarquia (Bittencourt, 2001).

Entretanto, conforme apontam Melossi e Pavarini (2006), muito embora o sistema celular tenha "dado errado"³, o desenvolvimento do sistema auburniano se deu por questões econômicas: a restrição da importação de escravizados criou uma intensa demanda no mercado de trabalho americano no século XIX aumentando demasiadamente os salários. Por esse motivo, reintroduziu-se o trabalho produtivo nas prisões assim como eram as *workhouses*.

Outrossim, também no decurso do século XIX há a consolidação da pena privativa de liberdade como âncora do direito penal. Assim, da mesma forma, adota-se o sistema progressivo como forma de incentivo ao detendo ao comportamento no cárcere, visando a ressocialização deste antes do término da execução penal (Bittencourt, 2001). Destaca-se que o referido sistema é seguido até os dias atuais, em sua grande maioria no mundo ocidental marcado pelas sociedades capitalistas e racionalidade moderna transportada ao direito.

De igual forma Rusche e Kirchheimer (2004, p. 113) entendem que, se no início do século XVIII, a título de segregação social dos indesejáveis, as casas de correções aceitavam uma vasta gama de pessoas (criminosos, vadios, órfãos, idosos e doentes mentais), é, por sua vez, a partir do período Iluminista em que se vislumbram consideráveis avanços na teoria do direito penal. Assim, passa-se a consagrar a ideia de proporcionalidade na aplicação da pena (isto é, aplicação de penas reconhecidas legalmente e adequadas à gravidade do delito cometido) como "argumento mais poderoso na luta contra o uso do tão frequente da pena capital". Portanto, o movimento reformista do direito penal da segunda metade do século XVIII foi veementemente influenciado pela revolução industrial e decorrente necessidade da força de trabalho (ou seja, a coincidência princípios humanitários e necessidade econômica do período).

Em síntese, sob a ótica da Escola Positiva, Foucault (2011) estabelece quatro características da prisão moderna: a privação da liberdade; o trabalho como recurso corretor; a prisão como elemento modulador da pena e, por fim e mais importante, a detenção como análise clínica da imoralidade e concentração de informações sobre a "melhora" do detento da anomalia social do delito, típica do sistema progressivo - ou seja, para o autor existe, dentro do cárcere, uma disciplina incessante de natureza despótica.

Por fim, leciona Foucault (2011) que a prisão é o local onde o poder de punir se exerce com a face coberta, longe da sociedade e de forma a mostrar somente a face racionalizada, e em condições que, segundo Rusche e Kirchheimer (2004, p. 226), mesmo no período pós-Segunda Guerra Mundial (em que foram consolidados importantes avanços na matéria de internacionalização de direitos fundamentais, com a criação de Organizações Internacionais e Tratados de Direito Internacional sobre a temática)⁴, seguem-se "as trilhas estabelecidas em fins do

³ No sentido de o isolamento absoluto ser considerado uma tortura; a loucura dos detentos isolados e as doenças mentais desenvolvidas, além da morte destes, por exemplo (Bittencourt, 2001).

⁴ Pode-se exemplificar com a Organização das Nações Unidas (1945) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

século XIX”, o que se verifica, especialmente nos países de menor desenvolvimento econômico, as péssimas condições carcerárias, que refletem na superlotação da população prisional, com precárias condições de (sobre)vivência e um insuficiente aparato estatal-administrativo.

2 A IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL E A SELETIVIDADE DO DIREITO PENAL

Em meio a dinâmica de poder que se deu no passar dos séculos supracitados, direcionaram-se esforços intelectuais para estabelecer a fundamentação teórica do direito penal e, conseqüentemente, do poder punitivo. Convém, portanto, estudar a evolução de ideias criminológicas que dão o suporte teórico-justificante da existência do direito penal como requisito de aplicação da pena, além das críticas a elas tecidas.

O nascimento do Estado de Direito e a adequação da Razão de Estado ao mercado pressupõe uma nova forma de controle social, distinta do controle realizado no Estado Absolutista. “O metafórico contrato social, bem como as exigências de livre mercado para a acumulação capitalista, impunha ao Estado Liberal um controle social baseado no respeito às liberdades individuais, ou seja, regulado pelo Direito” (Napolini; Castro, 2016, p. 166).

Conforme Napolini e Castro (2016), a Escola Liberal Clássica teve como expoentes Beccaria, Bentham e Feuerbach, os quais se valeram da ideia de que todas as pessoas são racionais e, por esse motivo, iguais perante a lei. Como consequência direta, para tal doutrina, há um enfoque muito maior no fato-crime do que no criminoso em si. O delito, para estes, era nada mais do que um ente jurídico violador do contrato social e a sanção deveria ser estritamente proporcional ao dano, buscando a menor privação de liberdade possível - ou, conforme refere o próprio Cesare Beccaria (2017, p. 32), na aplicação das penas e sua proporcionalidade ao delito cometido, “é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado”.

Assim, Beccaria (2017, p. 33) alerta que “quanto mais atroz forem os castigos, tanto mais audacioso será o culpado para evitá-los”, pois além de os suplícios cruéis e degradantes não se sustentarem legal e juridicamente ao longo do tempo, e, conseqüentemente, poderem levar à impunidade, entende que “o rigor das penas deve ser relativo ao estado atual da nação” - ou seja, quanto maior for o abrandamento de almas na convivência social, mais sensível se torna o sujeito e, assim, menos necessária a necessidade de excessos punitivos.

Já a partir do século XIX, em meio ao movimento empirista das ciências, houve a expansão do positivismo naturalista, inclusive para as ciências sociais. Mediante este fenômeno, a matéria da criminologia moderna, pretensa a estudar não somente o crime, mas também o “homem criminoso”. Assim, Cesare Lombroso (2020) debruça suas pesquisas estudos para elementos como as tatuagens, a sensibilidade geral e afetiva, a demência, o suicídio, os afetos e paixões, a inteligência, os modos de falar etc. dos delinquentes, individualizando as causas da transgressão no ser que comete o crime, nasce positivista (Baratta, 2011). Nesse sentido, a Escola Positivista,

Baseada nos estudos de Lombroso e outros cientistas [...] irá sustentar ser o criminoso um indivíduo anormal, desprovido de capacidade para viver em sociedade. Temos, assim, o estigma justificado cientificamente, e a pena ganha uma outra função: o tratamento e a ressocialização do condenado. Todo um aparato de técnicas punitivas e saberes especializados foram desenvolvidos no sentido de estudar a pessoa do condenado, tratá-lo e discipliná-lo conforme as regras do convívio social. (Napolini; Castro, 2016, p. 168).

Veja-se que o diferente enfoque sobre o ser criminoso gera consequências absolutamente distintas no meio penal. Dentro da concepção do ser anormal, criam-se conceitos de periculosidade e correção. O crime, para essa teoria, deixa de ser meramente um ente jurídico e se torna um ente natural (Napolini; Castro, 2016).

É importante frisar essa principal diferença entre a escola liberal clássica de direito penal e a posterior criminologia positivista: o entendimento a respeito do indivíduo transgressor da norma. Em resumo, para a Escola Liberal Clássica, o indivíduo transgressor é alguém que descumpriu o contrato social e, mediante isso, sobre ele recairá a pena imposta como forma de contraestímulo criminoso com base na utilidade e legalidade. Já para a moderna criminologia positiva, o transgressor será um indivíduo diferente biológica ou psicologicamente e, por este motivo, a pena atuará nele para corrigi-lo desta “doença” da criminalidade (Baratta, 2011).

Outrossim, Baratta (2011) leciona que após os anos 1930, a criminologia positivista se torna subalterna e volta a vigorar a doutrina da Escola Liberal Clássica. Contudo, existe algo em comum entre as duas escolas: a ideologia da defesa social, que coincidentemente, também nasce à época das revoluções burguesas (Puritana e Gloriosa no século XVII e Americana e Francesa no século XVIII) quando há a formação da Razão de Estado, conforme apontado por Foucault.

A finalidade da ideologia da defesa social, por sua vez, é:

[...] proteger a sociedade do comportamento desviante, recolhendo o delinquente ao cárcere para reeducá-lo, ressocializá-lo, para depois reinseri-lo em sociedade. Ocorre que, com a transmutação do caráter da pena, que, na verdade, em nada mudou a dor e o suplício, tem-se que houve apenas uma falaciosa mudança de conceitos e forma de punir, de modo que, em sua essência, a aflição e o suplício permanecem incólumes. (Lemos; Morais, 2019, p. 5).

Ainda, Moura (2008) ressalta que ao tempo que acontece a modernização do Estado, ocorre também a necessidade de se fundamentar de forma discursiva e ideológica a existência do direito penal por ele aplicado. Nesta perspectiva, tal concepção passou da escola clássica para a escola positivista, e, na decadência da Escola Positivista, retorna novamente à Escola Clássica. Além do mais, para a autora, tal ideologia é demasiadamente difundida na mente da população sobre a finalidade das ciências criminais como um todo.

A Ideologia da Defesa Social, comum às duas escolas de direito penal, possui sete princípios, de acordo com Baratta (2011):

i) princípio da legitimidade: o legitimado para a repressão da criminalidade é o Estado, que a recebe da sociedade;

ii) princípio do bem e do mal: a sociedade é o bem e o delito o mal, dessa forma o criminoso se trata de um elemento negativo dentro da sociedade;

iii) princípio de culpabilidade: preza pela penalização das condutas reprováveis;

iv) princípio o fim ou prevenção: divisão do objetivo conforme a estrutura do tipo penal, a prevenção geral (contra motivação com a pena em abstrato) e a prevenção especial (aplicação da pena no caso concreto);

v) princípio do interesse social e do delito natural: como o delito visa preservar bens de interesse de toda a sociedade, a violação a um, conseqüentemente, gera uma violação a todos os cidadãos;

vi) princípio da igualdade: a lei igual a todos e o grau de repressão varia de acordo com o dano causado.

Segundo Machado (2010), conhecer o direito apenas pela face normativa pode ser arriscado, principalmente por ignorar o modo como ele opera. Sobretudo, por se tratar o direito de um fato social. A transformação em mera racionalidade cognitivo instrumental resulta em uma cientificação recriando problemas sociais. Dentro da ciência penal deve se levar em conta outras ciências para melhor compreender as criminalizações abstratas e reais.

Sobre essa perspectiva que, a partir dos anos 1930, através das pesquisas em Sociologia Criminal desenvolvidas nos Estados Unidos da América (EUA) que há o início do questionamento da Ideologia da Defesa Social. Principalmente nas obras "Vigiar e Punir" de Michel Foucault, "Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário" e "Pena e Estrutura Social" de Otto Kirchheimer e Georg Rusche (Naspolini; Castro, 2016).

Conforme Baratta (2011), a primeira crítica tecida à Ideologia da Defesa Social vem de uma interpretação da obra freudiana. Theodor Reik *apud* Baratta (2011), ao interpretar Freud propõe que: a pena serve para satisfazer os impulsos reprimidos daqueles que punem, após um processo de identificação com ato desviante. Há um efeito catártico, portanto. Sob a mesma perspectiva Alexander e Staub *apud* Baratta (2011), em seguida, indicarão o "princípio da identidade dos impulsos" o que demonstra: a necessidade da expiação do indivíduo desviante não somente fica na reação da sociedade a passa aos meios institucionais de repressão. Tais teorias elaboradas questionam justamente o princípio da legitimidade porque a resposta institucional estaria "viciada" pela necessidade da punição do ato criminoso após um processo de identificação.

A segunda crítica leva em conta as teorias estruturais-funcionalistas, principalmente de Durkheim, as quais dizem que o delito é um fato social normal a qualquer sociedade e, inclusive, tem efeito positivo, qual seja, reafirmar a norma social vigente. O desvio, nessa perspectiva, é algo fisiológico da sociedade, não patológico. Se desenvolverá, por Merton, a ideia de que o crime é um produto da cultura (que proporá metas e meios legítimos aos indivíduos) em contradição com a estrutura social (que organizará a sociedade em estratos com acesso ou

não aos meios legítimos). Assim, diferentes perfis seguirão ou não os objetivos culturais, utilizando ou não dos meios legítimos. Reputa-se atacado principalmente o princípio do bem e do mal, observando que o delito, para essa teoria, nada mais é que um produto social que tem função positiva dentro da sociedade (Baratta, 2011).

Por sua vez, as teorias das subculturas criminais questionam diretamente o princípio da culpabilidade, de modo que são embasadas nas teorias estruturais-funcionalistas para, a partir da noção de subcultura criminal, demonstrar que o comportamento do indivíduo desviante dependerá da facilidade de acesso que tem aos meios ilegítimos para alcançar os objetivos culturais. Portanto, há nessas teorias uma forte noção de associação e aprendizado, em que o indivíduo desviante estaria inserto nos meios e valores ilegítimos os quais seriam, para ele, meios legítimos, pois assim aprendeu. Ao questionar a noção de valores únicos da sociedade e a impossibilidade do indivíduo de escolher quais aderir o princípio da culpabilidade é atacado (Baratta, 2011).

Posteriormente Sykes e Matza (2018) elaboram uma “correção” da teoria das subculturas criminais. Leva-se em conta que o desviante tem o conhecimento dos valores e dos meios socialmente legítimos. Para estes autores, a criminalidade advém da associação diferencial das técnicas de neutralização, que servem para se desinibir da culpabilidade do delito e neutralizar o controle punitivo. São elas: i) a exclusão da própria responsabilidade, como dizer que os atos foram cometidos em razão da pobreza; ii) negação do dano, dizendo que o ato não passa de brincadeira ou que não atentou contra ninguém, iii) negação da vítima, colocando-a sem situação de real desviante, como policiais que justificam chacinas afirmando ser bandido quem mora em determinado local, iv) condenação dos condenadores ao invocar a corrupção ou questionar a virtude moral das instituições de controle penal e, por fim, v) apelo a instâncias superiores, na qual o indivíduo afirmará a lealdade a grupos que estão acima de si próprio como facções criminosas, máfias e etc.

Nesse contexto, faz-se importante observar que as supracitadas teorias dizem respeito à dicotomia: valores/sociedade. Ou seja, trata-se de um problema de valoração de condutas.

Para Baratta (2011), a teoria do *labeling approach* (também chamada de etiquetamento ou reação social) muda o foco de estudo da criminologia dos valores sociais para os processos do sistema penal, desde a tipificação da conduta até a atribuição de status social ao indivíduo desviante. A teoria da identidade das carreiras desviantes denunciará o efeito criminógeno do sistema penal ao inferir que a importância da sanção social ou penal pela conduta desviante é a consolidação da identidade de desviante. Biparte-se a delinquência em primária - das quais fatores primários e secundários levarão à prática do ato - e secundária - que será oriunda das consequências do estigma gerado pela primeira. Nesse sentido, põe-se em dúvida justamente o princípio fim ou da prevenção, vez que a atuação do direito penal é a responsável por consolidar a “personalidade” desviante do indivíduo criminalizado.

A recepção alemã das teorias do *labeling approach* investigará uma área pouco explorada dentro da criminologia: os “crimes do colarinho branco”. Neste momento criminológico se verifica a falseabilidade da distribuição do “bem negativo” da criminalidade. As estatísticas demonstram, portanto, uma falsa percepção

de que o desvio está somente em alguns estratos sociais quando o desvio está em toda a sociedade. Isso porque através das chamadas meta regras (modos de interpretação e aplicação prática de uma regra) ocorre a seletividade penal pelos órgãos policiais, inclusive influenciados pelas próprias estatísticas, seletividade a qual recairá sobre a população marginalizada. Elenca-se que os crimes do colarinho branco são pouco perseguidos e que por fatores de natureza econômica (contratação de melhores advogados), social (pouco efeito estigmatizante que desvie a autoimagem do desviante) e jurídica (órgãos específicos de julgamento) os autores de tais delitos não são o “alvo” da perseguição penal (Baratta, 2011).

Por último, a sociologia do conflito negará o princípio do interesse social e do delito natural. Embasa-se na teoria do *labeling approach* que diz que a criminalidade é construída sobre o indivíduo, porém vai mais além, pois questiona quem define o próprio conceito de criminalidade e o que é crime. Assim, a sociologia do conflito responde esse vácuo ao propor que os interesses que constituem o direito penal são aqueles de quem tem poder para constitui-los e que a criminalidade não é natural, mas sim possui uma intrínseca natureza política. Ou seja, a pena e o direito penal são resultados da instrumentalização do conflito entre grupos sociais no Estado. O que nega a concepção de que existam delitos naturais e que se busca tutelar os interesses sociais, visto que os interesses sociais são diversos e somente poucos grupos conseguem institucionalizarem os seus (Baratta, 2011).

Em conclusão, Baratta (2011) aponta as insuficiências da criminologia burguesa e incorporará teorias marxianas no bojo do estudo da criminalidade, negando a igualdade formal do direito penal em contraposição à desigualdade material da realidade social e introduzirá os conceitos de conflito de classes embasado na sociologia do conflito de forma que para ele, o alvo do direito penal é a classe trabalhadora além do que, quem detém o poder da criminalização primária é a classe capitalista.

Como derradeira nota, insta salientar que Foucault (*apud* Baratta, 2011) dirá que na sociedade capitalista, o direito penal se tornará mais um instrumento de correção de conduta para aqueles que não se encaixam no sistema de produção, assim como uma escola para pessoas com deficiência que não se adaptam às ditas “instituições normais”. Segue, portanto, o caminho: família, igreja, escola, trabalho, presídio.

3 OS PROJETOS DE LEI E O CÂRCERE BRASILEIRO

A presente seção tem a finalidade de compreender o conteúdo dos referidos projetos de lei, principalmente o brasileiro, visto que se colocará em contraponto à realidade carcerária. Assim, com eventual aprovação do PL nº 2.822/2022, pretende-se alterar duas legislações vigentes: a Lei Federal nº 9.434/1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante, bem como a Lei de Execuções Penais (Lei Federal nº 7.210/1984).

A primeira lei seria alterada para o fim de se inserir o parágrafo 9º no art. 9º da Lei Federal nº 9.434/1997, o qual prevê as hipóteses de disposição do corpo para doação. Assim, o supracitado PL propõe a inclusão do seguinte trecho: “o detento livremente terá a possibilidade de doar órgão duplo ouvido o juiz, advogado e Ministério Público” (Brasil, 2022).

Já na segunda lei, qual seja, a Lei de Execução Penal, tenciona-se a alteração mais importante para a presente investigação, que é a modificação do art. 126. Nele, pretende-se incluir a possibilidade de remição da pena no caso de doação de órgão para o detento que já cumpriu 20% da pena, cuja remição será de 50% do *quantum* restante pena, progredindo automaticamente para o regime aberto em condições a serem fixadas pelo juiz competente. Outrossim, destaca-se que há uma única vedação: para apenados reincidentes em crime hediondo (Brasil, 2022).

Da justificção do Projeto de Lei, extrai-se a busca pela ampliação dos direitos dos detentos sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana e solidariedade, fundamentando-se que os detentos não perdem os direitos sobre seus corpos, bem como que a pretensa alteração legislativa poderá contribuir para o Sistema Único de Saúde, supostamente incentivando a doação de órgãos (Brasil, 2022).

Conforme explanado anteriormente, um Projeto de Lei com similar conteúdo foi proposto no estado de Massachusetts, nos EUA. O *bill*⁵ H.2333, nominado de “*An Act to establish the Massachusetts incarcerated individual bone marrow and organ donation program*”⁶, prevê a criação de um Programa de Doação de Medula Óssea e Órgãos no âmbito do Departamento de Correção. Na realidade estadunidense, o benefício visa permitir aos doadores a redução na execução penal em casas de correção de não menos que sessenta e não mais que trezentos e sessenta e cinco dias.

Ademais, a legislação ainda prevê:

Relatórios anuais, incluindo a quantidade real de medula óssea e órgão(s) doados e a estimativa de vidas salvas associadas a essas doações, deverão ser apresentados aos poderes Executivo e Legislativo do Commonwealth. Todos os custos associados ao Programa de Doação de Medula Óssea e Órgãos serão assumidos pelas instituições beneficiárias do programa e seus afiliados, não pelo Departamento de Correção. Não haverá comissões ou pagamentos monetários a serem feitos ao Departamento de Correção pela medula óssea doada por indivíduos encarcerados (Massachusetts, 2023).⁷

Quanto a temática ora referida, insta salientar que ainda no ano de 1989, propôs-se no Brasil o Projeto de Lei nº 3.847, o qual previa a possibilidade de redução da pena do reeducando sentenciado por crime inafiançável em até um

⁵ Em tradução literal: “Projeto de Lei”.

⁶ Em tradução literal: “Uma Lei para estabelecer o Programa de Doação de Medula Óssea e Órgãos para Indivíduos Encarcerados em Massachusetts”.

⁷ Texto original: “*Annual reports including actual amounts of bone marrow and organ(s) donated, and the estimated life-savings associated with said donations, are to be filed with the Executive and Legislative branches of the Commonwealth. All costs associated with the Bone Marrow and Organ Donation Program will be done by the benefiting institutions of the program and their affiliates-not by the Department of Correction. There shall be no commissions or monetary payments to be made to the Department of Correction for bone marrow donated by incarcerated individuals*”.

terço, mediante declaração pública de doação de órgãos após a morte, com a reversão do benefício se houvesse a anulação da declaração (Brasil, 1989).

Na justificativa do supracitado Projeto de Lei, seu autor, o deputado federal Leonel Júlio, fez alusão de que “seria cruel e, até mesmo, imoral o fato de oferecer-se a um condenado a opção entre o cárcere, com integridade física, ou a liberdade com mutilação, mediante alternativa de redução de pena em troca de órgãos” (Brasil, 1989, p. 9). A Comissão de Constituição e Justiça considerou constitucional o projeto e o encaminhou para a votação, que por motivos regimentais, saiu de pauta e foi arquivado.

Em meio aos projetos atuais que fomentam que o direito penal adentre (ainda mais) na esfera individual do detento (nomeadamente no seu corpo), mesmo em vida e mediante sua autorização, faz-se necessário observar quais são as condições do local onde este sujeito se encontra: o cárcere. Assim, se investigará, de forma breve, a situação carcerária brasileira.

Conforme o art. 112 da Lei Federal nº 7.210 de 1984, a Lei de Execuções Penais (LEP), o Brasil, adota o sistema penitenciário progressivo. Nesse sentido, a “pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos” (Brasil, 2019).

Para Bitencourt (2001), o sistema progressivo encontra-se em crise, assim como a pena privativa de liberdade, a qual apresenta os seguintes problemas:

i) a prisão tem um elevado fator criminógeno estimulando a delinquência. Nesse contexto, Hibber (1975) *apud* Bitencourt (2001) relembra que foi paulatinamente se tornando um criminoso mais bem preparado ao passo em sua idade evoluía e era transferido a instituições mais rígidas.

Divide-se o fator criminógeno em três modalidades: 1) material, no qual a incapacidade de lidar com o confinamento pode gerar prejuízo à saúde destes tornando-os inaptos ao retorno à sociedade; 2) psicológico, sendo a prisão um lugar de dissimulação e mentira, tendo em vista a rigidez prisional nem sempre bem empregada, não há espaço para o amadurecimento do criminoso e, por fim, 3) os fatores sociais, tendo em vista que a segregação da sociedade resulta em uma dificuldade de reinserção. (Bitencourt, 2001).

ii) outro ponto que demonstra a crise no sistema penal, mesmo que seja um dado relativo e não necessariamente crucial, é o índice de reincidência dos apenados com pena privativa de liberdade (Bitencourt, 2001).

iii) sobretudo, observam-se também problemas sociológicos, refletido através da formação de uma subcultura carcerária dada as peculiaridades do próprio sistema: rigidez, não há como escapar fisicamente e mentalmente, a vontade não escapa ao sistema; um número limitado de papéis que se pode desempenhar dentro e impossibilidade de escolha. Gera-se, além de tudo, uma estratificação social dentro do próprio microsistema, o que pode ser, e geralmente é, prejudicial (Bitencourt, 2001).

iv) além do mais, presentes também os problemas causados ao psicológico do detento. De acordo com Bitencourt (2001), desde o início do século XIX, com o avanço das instituições carcerárias, estudou-se a “psicose carcerária”. Embora tenha-se concluído que a psicose carcerária não se trata de um tipo específico, foi

iniciado o debate sobre as consequências psicológicas à prisão, as quais incluem: reação explosiva, irritação, apatia e delírios, além de demonstrações de atitudes infantis em detentos, haja vista da minuciosa regulamentação e monotonia da vida carcerária.

Não obstante, também se fala no profundo impacto que a prisão gera sobre a percepção do preso sobre si mesmo. O autoconhecimento é severamente afetado. Culbertson *apud* Bittencourt (2001) demonstra que à medida que a reincidência vai aumentando, o autoconceito de indivíduo tende a cair, até o momento que este autoconceito, em relação a orientação criminal, começa a crescer. O encarcerado após algumas passagens se vê como parte de uma sociedade delitiva, não da sociedade “normal”. Entende-se que a experiência está intrinsecamente ligada ao conceito do *labelling approach* (acima exposto).

v) há, por fim, a questão sexual nas penitenciárias, caracterizada pela ignorância da continuidade da atividade sexual humana após o encarceramento, o que resulta na repressão desse instinto e leva a problemas psíquicos e físicos em razão da abstinência causada: deformação da autoimagem, destruição da relação conjugal que o recluso possa anteriormente ter (Bittencourt, 2001).

Haja vista a todos estes problemas já enunciados há mais de uma década, no ano de 2015 o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da medida liminar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamenta (ADPF) n.º 347, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio considerou como estado de coisas inconstitucional a situação carcerária brasileira (Brasil, 2015).

De acordo com Gonçalves (2016), o STF importou da jurisprudência colombiana o instituto do Estado de Coisas Inconstitucionais, que, conforme a própria nomenclatura denuncia, visa declarar uma inconstitucionalidade generalizada em algum determinado setor que, no caso brasileiro, foi o carcerário.

Dos relatórios elaborados sobre o sistema carcerário pátrio, faz-se possível constatar a existência de diversas violações, tais como a associação das detenções com o contágio de doenças como HIV, sífilis, tuberculose; detentas utilizando miolo de pão como absorvente, segundo a Clínica de Direitos da UERJ; prostituição forçada por grupos vulneráveis como pessoas transsexuais, dentre outras transgressões à direitos sob a tutela estatal. Daí que, ao proferir a antecipação de voto, o Ministro Edson Fachin infere que “a ADPF n.º 347 trata dos direitos mais fundamentais da pessoa humana. Não [...] apenas à dignidade da pessoa humana (art. 1, III, CRFB/88), mas ao direito fundamental à integridade física e moral dos encarcerados (art. 5, XLIX, CRFB)” (Brasil, 2015, p.47).

Imperioso destacar que mesmo antes do julgamento da referida ADPF, já existiam julgados do STF que demonstravam a complicação do sistema penitenciário: Ação direta de inconstitucionalidade (ADI) n.º 4.357 e 4.425 que discute a indenização por danos a presos e o Recurso Extraordinário (RE) n.º 592.581 que julga pedido de realização de obras emergenciais para assegurar a dignidade da população carcerária (Gonçalves, 2016).

Sob a ótica debatida no primeiro capítulo, convém destacar, mais uma vez, o entendimento de Foucault, o qual:

[...] comunga o entendimento de que a falência da prisão coincide com seu próprio nascimento no início do século XIX,

quando passou a se observar que a pena privativa de liberdade, ao contrário de reduzir a criminalidade, acabava por produzi-la e impulsionar a delinquência, ou seja, a história da pena é a história do fracasso. (Lemos; Moraes, 2019, p.8).

Não obstante aos efeitos do encarceramento no Estado de Coisas Inconstitucionais, é relevante observar a evolução no encarceramento no Brasil. Pimenta (2016) informa que em 2014 havia mais pessoas presas no Brasil do que a população do Estado de Roraima: 505.665 contra 622.202 encarcerados. Este número coloca o Brasil na 4ª posição entre os que mais encarceram, atrás dos EUA, China e Rússia.

Conforme Souza e Zambiasi (2022), de acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), da totalidade de execuções penais no Brasil (1.352.599), 784.830 são penas privativas de liberdade e destas, 32,6% estão sendo cumpridas em regime fechado - isto é, dentro de uma unidade prisional. Faz-se necessário observar também que a seletividade do direito penal exposta no capítulo anterior ocasiona efeitos tanto no quantitativo carcerário quanto no qualitativo, ou seja, em quem se prende.

Após uma complexa análise de dados, Pimenta (2016) chega à conclusão de que para cada 100.000 homens jovens, 1.687,8 estão presos. Destes, a maioria é a população negra:

Tabela 1 - Raça/Cor das pessoas presas no Sistema Penitenciário

Raça/Cor	Total	Homens	Mulheres
Total	584.758	550.965	33.793
Negra	312.625	295.244	17.381
Branca	188.695	178.174	10.521
Outras	5.586	5.101	485
Sem informação	77.852	72.446	5.406

Fonte: Infopen (2014) *apud* Pimenta (2016, p. 79).

Tabela 2 - Comparação do Grau de Escolaridade entre as pessoas presas e a população com 18 anos ou mais

	Sem instrução e fundamental incompleto	Fundamental completo e médio incompleto	Médio completo e superior incompleto	Superior completo
Pessoas presas	60,3%	28,7%	10,5%	0,5%
População com 18 anos ou mais	45,3%	16,7%	28,0%	10,0%

Fonte: Infopen (2014); Censo (2010) *apud* Pimenta (2016, p. 89).

Dentre os três principais crimes responsáveis pelo encarceramento estão o roubo (art. 157 do CP), com 404.568 execuções, o tráfico de drogas (art. 33

da Lei Federal nº 11.343/2006), com 323.633 execuções e o furto (art. 155 do CP), com 224.310 execuções penais em curso (Souza; Zambiasi, 2022). Portanto, observa-se que, no Brasil, há um alvo específico do encarceramento, assim como demonstra a teoria do conflito: a juventude, pessoas negras, os pobres, os de baixa escolaridade e que respondem majoritariamente por crimes patrimoniais e tráfico de drogas.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo geral investigar as alterações estruturais do direito penal, tendo como base a evolução da pena e a ideologia da defesa social, no aparente movimento de invasão do corpo do detento. Inicialmente se constituiu três objetivos de pesquisa que estruturaram o presente trabalho e foram devidamente concluídos conforme se observa a seguir.

Da primeira seção, verifica-se que o poder é entendido como a expressão do poder social incorporado no soberano (atualmente Estado) e que se materializa na exteriorização deste, de modo que nasce juntamente com a sociedade. A eleição de um alvo sobre quem o poder incidirá em busca de recursos e submissão é necessária para a própria definição de poder em Foucault. O poder punitivo, todavia, é mais uma forma de expressão necessária desse poder.

Com o surgimento da Razão de Estado e dos Estados Nacionais, em conjunto com a moderação de Estado através de um processo de “liberalização”, a pena sai do corpo e começa a atender outras demandas sociais: o trabalho, principalmente (veja-se as *workhouses* e o sistema auburniano, este criado para contornar os efeitos econômicos abolição da escravidão).

Entretanto, conforme visto, mesmo que a pena esteja fora do corpo, Foucault ainda trata o sistema penal como um sistema despótico e absolutista baseado no controle e modelação de uma sociedade artificial onde dentro dele se exerce o poder absoluto com face racionalizada.

É nesse contexto sumário que a pena privativa de liberdade nasce e evolui.

Na segunda seção é observado o direito penal sob perspectiva da ideologia da defesa social que serve como instrumento teórico-justificante do sistema penal das duas principais escolas: a Escola Liberal Clássica e a Escola Positiva, além do senso comum. Embasado nos princípios que pregam pela igualdade, culpabilidade, prevenção e delito natural, principalmente, o direito penal se passa por um instrumento neutro e legítimo, para além de qualquer influência política.

Contudo, como visto, algumas teorias criminológicas demonstram a seletividade e influência política no direito penal. Nessa sumária exposição final cabe ressaltar, principalmente, as teorias sociológicas do conflito e, justamente, as teorias críticas que, como exposto na seção da pena, dirão que o direito penal servirá aos interesses econômicos e atuará nas contradições entre as classes sociais.

Por último, na terceira seção, os projetos de lei foram devidamente exemplificados em contraponto à realidade carcerária que em 2015 passou por um reconhecimento formal de ineficácia por parte do Estado através do julgamento da ADPF n.º 347. Além do que, ficou evidenciado em números a seletividade do

direito penal, o que demonstra a existência de um alvo específico dos processos de criminalização.

Conclui-se, portanto, que a atual pena privativa de liberdade advém de um determinado contexto (a reforma sistema auburniano para o sistema progressivo) que não mais existe, ao passo que o Estado brasileiro, através da decisão proferida nos autos da ADPF n.º 347, formalmente reconhece que a prisão não cumpre com os objetivos proposto, perdendo toda a sua essência.

Dito isso, o Projeto de Lei n.º 2.822/2022 segue na contramão da já “sucateada” Ideologia da Defesa Social (princípio da prevenção) - vez que esta nasce justamente de um movimento de controle do Estado e funda-se no abandono do suplício corporal como pena - da racionalização e humanização do poder punitivo. O poder punitivo atual, com este PL tende a tornar-se semelhante ao poder exercido pelo monarca absoluto que em busca de recursos e operacionalizando a dinâmica de poder necessária, tenta retornar a pena ao corpo do apenado, agora de forma racionalizada e positivada. Subverte-se, portanto, o discurso desta ideologia para modelar a legislação atual a sanha utilitarista, da mesma forma como foi feita em movimentos punitivistas passados - remete-se o leitor ao capítulo 1.

Assim, viola-se ainda mais o alvo já eleito pela seletividade do direito penal sob o aval da sociedade que de toda a forma se beneficiará. Independentemente da aprovação do Projeto de Lei n.º 2.822/2022, observa-se mais um movimento do poder hegemônico para tornar o detento como produto do Direito Penal, em detrimento ao indivíduo que, como apregoa a ideologia vigente, precisa ser recuperado/ressocializado.

Contudo, vale a ressalva de que a organização dos punitiva dos Estados não é universal, sendo a presente análise feita a partir de obras que analisam a sociedade capitalista marcada pela racionalidade moderna.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, J. A. G. Michel Foucault e a teoria do poder. *Tempo Social*, São Paulo, v. 7, n 1-2, p. 105-110, out. 1995.

BARATTA, A. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6. ed. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECCARIA, C. *Dos Delitos e Das Penas*. Tradução: Paulo M. Oliveira. São Paulo: Edipro, 2017.

BITENCOURT, C. R. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. *Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de jul. de 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 15 jul. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 3.847*, de 01 de agosto de 1990. Dispõe sobre a redução da pena de condenados que se disponham à doação *post mortem* dos órgãos para transplantes e determina outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 1990. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=216485>. Acesso em: 15 jul. 2023.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 2.822*, de 11 de novembro de 2022. Altera a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, e a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, para assegurar a doação de órgãos duplos como hipótese de remição de pena. Brasília: Senado Federal, 2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=576699>. Acesso em: 15 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347/DF*. 09/09/2015. Acórdão. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 2 out. 2023.

FERREIRA, N. D. P. Vivente e vida nua: conceitos de Biopolítica. *Revista Direito e Práx.*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, 2022, p. 893-915.

FOUCAULT, M. *Microfísica do Poder*. 13. ed. Tradução: Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

FOUCAULT, M. *Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, M. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 41. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

GONÇALVES, C. L. *O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e as suas possíveis consequências na ordem jurídica brasileira*. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Novas Tendências do Direito Público) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1132/Monografia_Estado_de_Coisas_Inconstitucional_e_consequencias_na_ordem_juridica_brasileira.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 1 out. 2023.

HOBBS, T. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2014.

LEMOS, L. F.; MORAIS, M. E. S. N. P. Os efeitos da pena e do cárcere etimologicamente analisada sob a perspectiva da dor: a real função do cárcere dentro da ideologia da defesa social. *Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição*, n. 2, p. 67-82, jul./dez. 2019.

LOMBROSO, C. *O Homem Delinquente*. Tradução: Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2010.

MACHADO, E. B. L. A. Da criminalização abstrata à criminalização real: a neutralização da marginalidade social. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., Fortaleza. *Anais [...]*. Fortaleza: CONPEDI, 2010.

MASSACHUSETTS. *Bill H.2333*. An Act to establish the Massachusetts incarcerated individual bone marrow and organ donation program. Boston: The General Court of the Commonwealth of Massachusetts, 2023. Disponível em: <https://malegislature.gov/Bills/193/H2333/Cosponsor>. Acesso em: 25 ago. 2023.

MELOSSI, D; MASSIMO, P. *Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI - XIX)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MOURA, G. P. Ideologia da defesa social e a construção da ideologia da punição. *Revista CONPEDI*, 2008. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/genilma_pereira_de_moura.pdf. Acesso em: 10 set. 2017.

NASPOLINI, S. H. D. F; CASTRO, M. F. O direito fundamental de igualdade, a ideologia da defesa social e a seletividade do sistema penal brasileiro. *Conpedi Law Review*, Uruguai, v. 2, n.4, 2016, p. 165-179.

PIMENTA, V. M. *Por trás das grades: o encarceramento brasileiro em uma abordagem Criminológico-crítica*. 2016. Dissertação (Mestrado) - Centro de Estudos Avançados Multidisciplinares, Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

PRIORE, D. M; VENANCIO, R. *Uma breve história do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Planeta: 2016.

RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Tradução: Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SOUZA, L. C; ZAMBIASI, V. W. Minimalismo penal e monitoração eletrônica: uma visão a partir dos princípios do direito penal mínimo de Alessandro Baratta sobre a monitoração eletrônica no município de Cascavel/PR. In: JORNADA CIENTÍFICA DA UNIVEL, 20., 2022, Cascavel. *Anais [...]*. Cascavel: UNIVEL, 2022.

SYKES, G. MATZA, D. *Técnicas de Neutralização: uma teoria da delinquência*. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2018. Disponível em: http://www.cafeefuria.com/ayresfranca/Trad_21_SYKES_GM_MATZA_D_FRANCA_LA_QUEVEDO_JV_Tecnicas_de_neutralizacao.pdf. Acesso em: 5 out. 2023.

ZAFFARONI, E. R. *O Inimigo no Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

MODIFICAÇÃO E EDIÇÃO GENÉTICA PELO SISTEMA CRISPR-CAS9: AS FRONTEIRAS ENTRE EUGENIA, AUTONOMIA, BENEFICÊNCIA E NÃO-MALEFICÊNCIA

Sthéfano Bruno Santos Divino*
Isabela Gonçalves Almeida**

RESUMO

O problema de pesquisa deste artigo consiste no seguinte questionamento: quando a eugenia resulta como produto da prática de edição e modificação genética pela CRISPr-Cas9? A exploração do tema se justifica pelo surgimento de opiniões polarizadas acerca de padrões éticos e morais na aplicação da engenharia genética, necessitando de análises amplas e propostas razoáveis que contemplem de maneira geral e responsável as problemáticas que circundam o assunto. Com o estudo, a primeira seção tem como objetivo a análise dos principais questionamentos éticos e morais no âmbito da modificação e da edição genética, com enfoque no sistema CRISPR-Cas9. Posteriormente, demonstra-se as circunstâncias em que se pode autorizar o uso do CRISPR-Cas9 ressaltando-se a limitação dos dados e das informações acerca do procedimento frente à sua novidade e seus respectivos impactos no princípio da autonomia frente ao Termo de Consentimento Livre e Esclarecido. Ao final, verifica-se que o uso do sistema CRISPR-Cas9 não é admitido e considerado prática eugênica se realizado *in vivo*, mas aceitável enquanto método terapêutico e admitido se utilizado em *seres humanos nascidos, desde* que seu uso seja atrelado à beneficência e à não-maleficência do paciente. Para alcançar os resultados e a conclusão proposta, utiliza-se o método de pesquisa integrada mediante técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: bioética; CRISPr-Cas9; edição genética; eugenia; modificação genética.

Data de submissão: 27/09/2023

Data de aprovação: 10/04/2024

* Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas).

** Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de Lavras (UNILAVRAS).

GENETIC MODIFICATION AND EDITING BY THE CRISPR-CAS9 SYSTEM: THE BOUNDARIES BETWEEN EUGENICS, AUTONOMY, BENEFICENCE AND NON-MALEFICENCE

Sthéfano Bruno Santos Divino
Isabela Gonçalves Almeida

ABSTRACT

The research problem of this article consists of the following question: when does eugenics result as a product of the practice of genetic editing and modification by CRISPr-Cas9? The exploration of the topic is justified by the emergence of polarized opinions about ethical and moral standards in the application of genetic engineering, necessitating broad analysis and reasonable proposals that address in a general and responsible manner the issues surrounding the subject. The first section of this study aims to analyze the main ethical and moral questions in the field of genetic modification and editing, focusing on the CRISPR-Cas9 system. Subsequently, the circumstances under which the use of CRISPR-Cas9 can be authorized are demonstrated, highlighting the limitation of data and information about the procedure given its novelty and its respective impacts on the principle of autonomy because of the Informed Consent. In the end, it is verified that the use of the CRISPR-Cas9 system is not admitted and considered a eugenic practice if performed *in vivo*, but acceptable as a therapeutic method and admitted if used in human beings born, if its use is tied to beneficence and non-maleficence of the patient. The integrated research method is used through the bibliographical research technique to reach the results and the proposed conclusion.

Keywords: bioethics; CRISPr-Cas9; gene editing; eugenics; genetic modification.

Date of submission: 27/09/2023

Date of approval: 10/04/2024

INTRODUÇÃO

A definição dos caminhos trilhados pelo ser humano perpassa por questões filosóficas, éticas e morais acerca da sua própria possibilidade de limitação. Em outros termos, o livre arbítrio enquanto estrutura suposta e componente da volitiva humana pode (e não necessariamente deve) assumir uma função de empoderamento do ser a partir do sentimento de que suas escolhas estão necessariamente afetando objetivamente o mundo.

Mesmo que essa não seja a discussão principal, as diversas trilhas que podem aparecer no curso da vida oferecem ao ser escolhas a serem tomadas para concretização do seu próprio eu e até mesmo a realização do outro. O ser humano enquanto indivíduo social é ser componente de uma esfera coletiva e, por mais individualista que o seja, sua individualidade ainda afeta e sofre influências internas e externas. Tais influências compõem os elementos necessários à delimitação de um esboço de um projeto de vida e as diretrizes necessárias para configuração de sua autonomia.

Não se pode afirmar que a ação do ser é irrestrita. Existem pressupostos de ordem ética, de ordem moral ou até mesmo jurídica que estabelecem limitações ao exercício dessa volitiva. Mesmo dentro de suas possibilidades e resultado ou produto do livre-arbítrio, preza-se pela restrição de tais condutas em busca da coletividade enquanto valor e estrutura necessária ao desenvolvimento social.

É neste contexto que ações humanas sobre seres humanos surgem e trazem consigo reflexões indelegáveis a um segundo plano e necessárias à uma crítica de ordem social e natural. A escolha dos supostos padrões de vida e das condições necessárias ao exercício do próprio eu e da constituição de sua individualidade é uma das práticas consideravelmente questionadas e possivelmente implementadas mediante modificação e edição genética. Aqui, atribui-se a um ou a dois indivíduos a possibilidade de delimitar mediante parâmetros biológicos e estatísticos, a constituição de um ser e como sua respectiva vida poderá ser em um futuro breve. Assim, mesmo que a indefinição seja traço correspondente e inerente às margens de erro e aceitação probabilística, o simples fato de existir a possibilidade de traçar parâmetros quicá irreversíveis a outrem que sequer tem o poder de escolha sobre esse ato é por si só assustador.

Sob o aspecto natural e biológico, a seleção probabilística é tida e vista como parte indispensável ao processo evolutivo dos seres (Darwin, 2000, p. 37). A alteração consciente dessa esfera probabilística invade uma ordem de

seleção natural do ser humano e traz consigo a eugenia.¹ O bem-nascido (Galton, 1906, p. 12) é produto de uma prática deliberada de manipulação e alteração das condições a que naturalmente o indivíduo se sujeitaria. Trata-se das escolhas das características que podem e que possivelmente influenciarão seus caminhos no curso de sua vida.

A prática deliberada, por si só, objetivando a exclusão de certos genes e a artificialização do ser humano é decadente e deve ser evitada a todo custo. Caso contrário, instaura-se o Admirável Mundo Novo (Huxley, 2014, p. 1) composto por comunidades previamente selecionadas com seus padrões e funções de vida previamente determinados. As reflexões de ordem ética e moral se acentuam quando a prática de edição e modificação genética podem ter como finalidade a possível melhoria nas condições de vida do ser geneticamente modificado mediante exclusão de um gene que possivelmente traria uma enfermidade durante sua vida.

Essas técnicas têm avançado e sendo aprimoradas constantemente. Recentemente (em 2012), o sistema CRISPR-Cas9 foi desenvolvido e divulgado por Jennifer Doudna como forma de remover, adicionar ou trocar sequências de DNA localizadas em qualquer região do genoma. Assim, o sistema CRISPR-Cas9 possibilita a correção de erros no genoma e a ativação ou desativação de genes em células e organismos de forma rápida, barata e relativamente fácil. Ele tem várias aplicações laboratoriais, incluindo a geração rápida de modelos celulares e animais, telas genômicas funcionais e imagens ao vivo do genoma celular (Redman, et al., 2016, p. 213). Uma exemplificação do uso prático do CRISPR/Cas9 é seu uso potencial para tratar doenças genéticas causadas por mutações em um único gene (tais como a fibrose cística (FC), a distrofia muscular de Duchenne (DMD) e as hemoglobinopatias). Porém, até o momento, a abordagem só foi validada em modelos pré-clínicos, mas há esperança de que em breve ela possa ser aplicada à prática clínica (Redman, et al., 2016, p. 213).²

Perceba-se que a utilidade e a instrumentalidade do sistema são consideravelmente impactantes na qualidade de vida do usuário. Diante desse

¹A eugenia pode ser definida como a ciência que trata daquelas agências sociais que influenciam, mental ou fisicamente, as qualidades raciais das futuras gerações (Galton, 1906, p. 03, nota).

Original: "Eugenics may be defined as the science which deals with those social agencies that influence, mentally or physically, the racial qualities of future generations".

No mais, a eugenia pode ser positiva, negativa ou preventiva. "A eugenia positiva tem, sobretudo, por fim propagar o dever que cabe aos casais eugênicos de terem o maior número possível de filhos a fim de que, graças à crescente procriação hígida, se consiga equilibrar a formidável procriação de inferiorizados. É mister demonstrar e propagar o perigo e as ameaças que pesam sobre a humanidade, devido ao malthusianismo que se alastra de modo assustador entre os elementos das classes favorecidas" (Kehl, 1929, p. 146).

"Para a eugenia negativa cabia a função de evitar prole degenerada. Como colocamos no início de nossa exposição, cada movimento eugênico encontrou seu modo de efetuar tal impedimento. A expressão máxima dessa vertente eugênica foi a eliminação de indivíduos indesejáveis, que culminou na perseguição e execução dos judeus pelos nazistas. [...] Por último, a eugenia preventiva, que se constituía propriamente na higiene da raça e preocupava-se com a puericultura, a educação sexual e a orientação pré-natal" (Castaneda, 2003, p. 915).

²"Another disease in which CRISPR/Cas9 has been investigated is DMD. Tabebordbar et al recently used adeno-associated virus (AAV) delivery of CRISPR/Cas9 endonucleases to recover dystrophin expression in a mouse model of DMD, by deletion of the exon containing the original mutation. This produces a truncated, but still functional protein. Treated mice were shown to partially recover muscle functional deficiencies" (Redman, et. al., 2016, p. 213)

contexto, o problema de pesquisa deste artigo consiste no seguinte questionamento: quando a eugenia resulta como produto da prática de edição e modificação genética? Duas hipóteses são previamente estabelecidas como guia desta pesquisa:

H1: A edição genética *in vivo* não é capaz de configurar eugenia quando utilizada em casos clínicos.

H2: Configura-se eugenia a edição genética, independentemente de o caso ser clínico.

Para responder ao problema proposto, a primeira seção tem como objetivo a análise dos principais questionamentos jurídicos, éticos e morais no âmbito da modificação e da edição genética, com enfoque no sistema CRISPR-Cas9. Sob o aspecto jurídico, aborda-se brevemente como a temática é tratada no sistema jurídico brasileiro e em alguns normativos internacionais. Como resultado parcial, os principais problemas éticos e morais são: a afetação a sacralidade do genoma, riscos de uma nova eugenia (Bergel, 2017, p.456-457); implicações, ainda pouco conhecidas a respeito das alterações em embriões, elitização do acesso à terapia, uso do tratamento para fins meramente estéticos (Pluvinage, et.al., 2018, p.22); utilização da técnica para pesquisa em humanos, ocorrência de mosaïcismo, risco de criação de novos tipos de doença, hereditariedade da edição de genes (Ferreira, 2022, p. 128); acesso irresponsável dos procedimentos por biohackers (Marfany, 2019, p.26).

A segunda seção, por sua vez, demonstra as circunstâncias em que se pode autorizar o uso do CRISPR-Cas9, ressaltando-se a limitação dos dados e das informações acerca do procedimento frente à sua novidade e seus respectivos impactos no princípio da autonomia frente ao Termo de Consentimento Livre e Esclarecido. Como resultado parcial, ressalta-se que o uso do sistema em análise em seres vivos nascidos com finalidade terapêutica não é identificado como eugenia, mas encontra desafios de ordem ética quanto à limitação informacional das consequências e possíveis resultados adversos ao longo prazo. Essa limitação tem o condão de afetar diretamente a autonomia do paciente acerca da escolha de realização do procedimento terapêutico mediante sistema CRISPR-Cas9. Porém, reconhece-se que o desconhecimento sobre tais fatores podem ser relevados frente à beneficência e não-maleficência do paciente.

Ao final, conclui-se que a edição genética *in vivo* em qualquer circunstância e mesmo em casos clínicos é capaz de configurar eugenia. Lado outro, seu uso em pessoas nascidas e conscientes pode se tornar alternativa terapêutica destinada à satisfação dos objetivos de vida mediante melhoria de sua qualidade. Para alcançar os resultados e a conclusão proposta, utiliza-se o método de pesquisa integrada mediante técnica de pesquisa bibliográfica.

1 QUESTIONAMENTOS ÉTICOS E MORAIS NO ÂMBITO DO SISTEMA CRISPR-CAS9

O sistema CRISPr-9 é uma técnica da engenharia genética que pode ser utilizada como mapeamento de doenças humanas e como ferramenta no tratamento de enfermidades genéticas, como neoplasia maligna, enfermidades monogênicas e enfermidades infecciosas, tais como hepatite B e o HIV (Faria,

2022, p.01). O procedimento ocorre por meio do RNA guia³, que se associa a uma enzima proteica (endonuclease) denominada CAS9, e juntos serão responsáveis por *recortar* a parte indesejada de uma das fitas de DNA e remover o gene alvo. Após esta clivagem⁴, a maquinaria molecular intrínseca do organismo (responsável pela correção de erros no genoma) é utilizada para alterar a sequência de DNA, adotando a modificação (Arend, et.al., 2017, p.81). O procedimento também pode ser utilizado na manipulação de células precursoras de gametas⁵, células tronco pluripotentes⁶, gametas ou em embriões⁷.

A primeira prática conhecida⁸ em humanos se deu por meio do pesquisador chinês e biofísico He Jiankui que, em 26 de novembro de 2018, anunciou no *Youtube* a realização do método CRISPR-Cas9 nos primeiros gametas modificados do mundo. Jiankui os implantou em uma mulher que veio dar à luz a gêmeas, Lulu e Nana. Devido a modificação, as gêmeas supostamente ficaram imunes ao vírus do HIV (Lucchesi, 2022, p.41).

Após a difusão da notícia, o pesquisador foi alvo por diversos profissionais que se colocaram contra a prática sob os argumentos de violação de padrões

³ Repositor molecular da informação genética (Nelson; Cox, 2018, p.281).

⁴ De acordo com o conceito divulgado pelo DeCS/MeSH (Bireme, 2007, online), trata-se de uma reação que cliva uma das ligações covalentes do açúcar-fosfato entre os nucleotídeos que compõem o esqueleto do DNA. É catalisada por enzimas, agentes químicos ou por radiação. A clivagem pode ser exonucleolítica (removendo o nucleotídeo terminal) ou endonucleolítica (dividindo a fita em dois).

⁵ Células germinativas que dão origem aos gametas. No macho, são denominadas de espermatogônios, células esféricas que se encontram no início do folículo espermático que se manifestam no processo de espermatogênese. Nas fêmeas, as células que se desenvolvem como óvulos surgirão do epitélio gastrodermal do ovário, por meio do processo de ovogênese (Lisboa, 2018, p.05).

⁶ São células internas do blastocisto que irão originar as centenas de tecidos que compõem o corpo humano, sendo chamadas de células-tronco embrionárias pluripotentes (Grinfeld; Gomes, 2004, p.45).

⁷ Marfanny (2019, p.04) lista algumas hipóteses em que é cabível a edição de genes: "i) interrupção de um gene para destruir uma instrução genética específica; ii) modificar o gene para que a informação a genética é diferente (a mesma de outro indivíduo, por exemplo); iii) inserir informações totalmente novo; iv) excluir genes e sequências de dna particulares; v) corrigir mutações genéticas que causam doenças hereditárias, vi) criar novas combinações genéticas sintéticas, inexistentes naquele organismo ou em qualquer outro, vii) alterar o regulamento de um gene, para que não se expresse mais que em certas condições; viii) utilizar, qualquer uma determinada informação genética, seja sua localização específica em um cromossomo, para alcançar objetivos da pesquisa".

⁸ Em 1980, a Biotecnologia assumiu um papel crescente dentro do planejamento estratégico das Grandes Potências, como uma espécie de Arma de Destruição em Massa, presente durante a Guerra Fria. Nesse mesmo ano, houve uma revolução biotecnológica que teve origem em 1970 com a invenção da biotécnica DNA recombinante, a técnica da manipulação genética das espécies, que potencializou o armamento biológico na construção de agentes infecciosos mais virulentos e exóticos. O acirramento da Guerra Fria ensejou na criação de um banco de dados genéticos pelos americanos, o GenBank, para impulsionar o desenvolvimento biotecnológico armamentista, a fim de que os EUA recuperassem sua hegemonia. Em apertada síntese, tratou-se de uma Guerra Biológica não-declarada que envolvia a manipulação genética para fins político-militares (Almeida, 2006, p.272).

bioéticos⁹ por aplicar o melhoramento humano de forma irresponsável.¹⁰ Desde então o debate acerca da edição genética tem se intensificado e suscitado questionamentos éticos e morais como óbices à prática da aplicação da engenharia genética para fins terapêuticos.¹¹ A partir desse cenário, o objetivo dessa seção reside na demonstração dessas problemáticas (éticas e morais), bem como na identificação de propostas e ações legislativas em nível nacional (Brasil) e internacional, pretendendo reduzir a complexidade do produto da modificação e edição genética.

1.1 AS LEGISLAÇÕES INTERNACIONAIS E NACIONAIS QUE REGEM (OU DEVERIAM REGER) A UTILIZAÇÃO DA EDIÇÃO DE GENES HUMANOS: DO CONTEXTO AO TEXTO

A edição genética é o resultado do aprofundamento da pesquisa e do aperfeiçoamento gradual das técnicas de interferência no genoma humano (Araujo; Dos Santos, 2020, p. 168). Todavia, o sistema CRISPR-Cas9 é um avanço científico relativamente recente (Araujo; Dos Santos, 2020, p. 163) e seus efeitos ainda não são totalmente conhecidos.¹² Logo, traz consigo potenciais ameaças para a humanidade¹³ por parte do seu processamento ser feito parcialmente às cegas. Para ilustrar melhor essa afirmação, os dados pontuados por Sganzerla e Pessini (2020, p.533) demonstram que o genoma humano ainda é uma incógnita para a Ciência, dentre 20 mil genomas modificados, somente conhecemos 6 mil, perfazendo 2% o percentual de genes codificados (Sganzerla; Pessini, 2020, p. 533).

O desconhecimento dos resultados nos genes poderia colocar em risco toda uma linhagem germinativa pela possibilidade de realização em células somáticas,

⁹ Autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça.

¹⁰ Jennifer Doudna (2018) umas das ganhadoras do Prêmio Nobel de Química de 2020 e responsável pela criação do sistema CRISPR-Cas afirmou que “[...] ele não parece interessado nas questões éticas envolvidas nas edições de gene em embriões [...]”, visão também compartilhada por outros cientistas. Argumentou também que como a técnica nunca tinha sido utilizada em humanos, configurava experimentação. He Jianjui foi processado pelo Tribunal do Povo Shenzhen e condenado há três anos de prisão, multa e proibição de exercício do cargo, sob entendimento de que “deliberadamente violou as regulamentações nacionais sobre o tema e desrespeitou os limites éticos da ciência e da medicina” (Lucchesi, 2022, p.39). Outros ataques de profissionais da área o descreveram como “amador”, “monstruoso” e “profundamente perturbador” (BBC News, 2021, online).

¹¹ Entre os principais problemas éticos estão: a afetação a sacralidade do genoma, riscos de uma nova eugenia (Bergel, 2017, p.456-457); implicações, ainda pouco conhecidas a respeito das alterações em embriões, elitização do acesso à terapia, uso do tratamento para fins meramente estéticos (Pluvinage, et.al. 2018, p.22); utilização da técnica para pesquisa em humanos, ocorrência de mosaicismos, risco de criação de novos tipos de doença, hereditariedade da edição de genes (Ferreira, 2022, p.128); acesso irresponsável dos procedimentos por bio-hackers (Marfany, 2019, p.26).

¹² A técnica intitulada editor de DNA foi desenvolvida por Jennifer Doudna em 2012 (2013)

¹³ Como, por exemplo, poderia propiciar a eugenia e transhumanismo com o aumento da discriminação (Mendonça, 2019, p.17), gerar mutações off-target devido a ação inespecífica da enzima Cas-9 (Clemente, 2018, p.208) e eventual surgimento de novas enfermidades, também pode haver certas mudanças na “autocompreensão ética da espécie” (Reis; Oliveira, 2019, p.144).

ainda que não ocorram efeitos colaterais na primeira geração¹⁴. Os riscos também perpassam o surgimento de novas doenças para as quais não se tem tratamento clínico ainda, sendo a ameaça da ocorrência de mosaicismos algo iminente.¹⁵

O Relatório *Human Genome Editing: Science, Ethics, and Governance*, produzido pela *National Academies of Sciences, Engineering, and Medicine*, em 2017, enfatiza em seu contexto que a edição do genoma tem o potencial de trazer avanços significativos para a saúde humana, oferecendo *insights* valiosos, mas ressalta importância de se avaliar os prejuízos. Assim, em decorrência da reconhecida necessidade de mais estudos sobre a técnica de edição de material genético para mitigação dos riscos em potencial, surge uma das pautas sobre a clonagem de embriões para a pesquisa.

O tema ainda é sensível sob o ponto de vista ético. Críticos¹⁶ que rejeitam a produção de embriões humanos clonados para fins de pesquisa, alegam abuso da vida para exploração (Sandel, 2013, p.87-94). A clonagem também se chocaria com a dignidade humana por não garantir ao indivíduo a condição de ser único, irrepetível e distinto de outros seres existentes - vivos ou mortos (Casabona, 2000, p. 148).¹⁷

Contudo, a prática da clonagem inclusive para fins terapêuticos é vedada no sistema jurídico brasileiro por meio da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005). Em seu artigo 6º, inciso III, a referida norma proíbe o uso da engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano para que sejam produzidos organismos geneticamente modificados (OGM).

A forma como a legislação brasileira lida diretamente com as questões sobre clonagem e engenharia genética não traz justificativas pela da vedação da prática. Porém, a circunstância dispensa a busca pela vontade do legislador para

¹⁴ As gêmeas Lulu e Nana foram acidentalmente dotadas de versões do CCR5 inteiramente inventadas, inexistentes em qualquer outro genoma humano. Essa mudança é transmitida hereditariamente e estarão presentes em seus filhos, netos e assim consecutivamente. (BCC News, 2021, online).

¹⁵ Lulu e Nana carregam genes CCR5 inteiramente novos. Como de costume, cada bebê tem duas cópias do gene — uma herdada de cada pai —, mas elas não foram editadas de maneira uniforme. Nana teve acidentalmente um único par de bases extra adicionado a um, e quatro removidos do outro. Enquanto isso, Lulu herdou uma cópia com 15 pares de bases inadvertidamente deletados, assim como uma versão totalmente inalterada. Krishanu Saha, bioengenheiro da Universidade de Wisconsin-Madison/EUA afirma que “Nunca vimos essas proteínas CCR5 antes e não sabemos sua função no contexto de um ser humano” e assinala que “Não sabemos como as vidas dos bebês serão afetadas, o quanto serão suscetíveis a vários tipos de doenças infecciosas e o que isso significa em termos da pandemia atual e futuras” (Gorvett, 2021, online).

¹⁶ Paulo Ramsey, em 1970, propôs a discussão de que a clonagem reduziria a diversidade entre os indivíduos, com o objetivo de selecionar características específicas de indivíduos já existentes. Isto teria como consequências a perda da individualidade, com a possível despersonalização destas pessoas. Em 1974 o filósofo Hans Jonas, afirmava que a clonagem era intolerável pois condenava o futuro do novo indivíduo ao passado do indivíduo original. Ele criticava a proposta de clonagem pelo indivíduo em potencial já vir com uma expectativa pré-determinada. O professor Arthur Caplan, da Universidade da Pennsylvania/EUA, publicou artigo onde propôs que é intolerável permitir pesquisas sobre clonagem humana devido ao número de embriões e fetos que seriam sacrificados neste processo. Em 2001, Caplan acabou se retratando e defendeu a utilização da clonagem terapêutica (Goldim, 2003, online).

¹⁷ Os direitos fundamentais dispostos constitucionalmente pelo direito material não são considerados taxativos e, por isso, se estendem à individualidade do patrimônio genético (Araujo; Dos Santos, 2020, p.165)

evitar práticas de exegese. Mas é notável a ressalva da ausência do arcabouço argumentativo que especifique quais direitos estariam sendo protegidos com a proibição, por que e como. “Essa é a realidade da lei brasileira de biossegurança, pouco compreendida pelos juristas e reveladora de uma série de incongruências, como a proibição da clonagem como gênero, sem ponderar as suas diferentes espécies - reprodutiva e terapêutica” (Araujo; Dos Santos, 2020, p.166).

Em âmbito internacional, a situação é ainda mais crítica. Há pouco em termos de normativos internacionais regulando as pesquisas com manipulação de informações genéticas dos seres vivos (Diniz; Diniz, 2012, p.10). As legislações existentes estão desatualizadas, incompatíveis com avanço tecnológico da ciência.¹⁸ Frisa-se: a insuficiência é referente à produção normativa e restrita ao campo das ciências sociais, em especial ao Direito. Lado outro, o avanço nas ciências exatas ou nas ciências da saúde é consideravelmente mais impactante e inovador frente à tutela normativa. Esse contexto se justifica pela própria natureza pretérita do Direito, pois passa-se a regular ou estabelecer parâmetros normativos para suportes fáticos já existentes e que demandam certo cuidado. Mas diante dos constantes avanços tecnológicos na área em debate, a tutela jurídica que pode ser inexistente ou defasada, encontra desafios para acompanhá-los. Algumas observações devem ser tecidas.

Primeiramente deve-se verificar se há normativo suficiente à regulação da prática de edição ou modificação genética. Sua ausência, por si só, já caracteriza uma atribuição de responsabilidade à ética e à moral. Portanto, serão estabelecidos nesses campos os limites de ordem deontológica para controle da prática. Neste contexto, o princípio da autonomia privada passa a ser relativizado pelos percursos éticos e morais então estabelecidos pelo órgão de classe. O fato de o Estado ser silente na regulamentação de um tema consideravelmente complexo e tormentoso não autoriza o particular e os interessados a agirem sem respeito aos preceitos éticos e morais objetivando a edição e modificação genética de forma irrestrita. O suporte dessa limitação está na própria condição de ser humano.

Lado outro, a defasagem das regulamentações pode ensejar um cenário mais agravante que sua ausência, pois perante as lacunas legislativas abre-se margem para interpretações distintas e pela possibilidade de práticas que não estão vedadas e consagradas enquanto proibidas na norma reguladora. Neste caso, prezar-se-ia pela vedação da hermenêutica ampliativa e restritiva de direitos frente ao silêncio normativo frente à deontologia dos Conselhos de Classe, que encontrariam dificuldades para justificar a proibição nessa circunstância.

Assim, pode-se deduzir que a insuficiência legislativa na temática em análise pode ser agravada se comparada à ausência legislativa. Enquanto no primeiro caso a complexidade é maior em razão da utilização de principiologias hermenêuticas

¹⁸ Dentre as escassas legislações internacionais é possível citar como exemplo a Lei Nacional de Saúde Mental n° 26.657/2010 e Lei de Biossegurança n° 26.271/2006 da Argentina, que proíbe expressamente o uso da engenharia genética em humanos; a Convenção Europeia de Bioética de 1997, que veda a modificação de genes na espécie humana, assinada e ratificada somente pela Espanha, possuindo mais de vinte anos; o segundo International Publishing Summit de Genoma Humano, realizado em Hong Kong, no ano de 2018 que abordou, de maneira rasa a necessidade de supervisão independente, acompanhamento médico obrigatório, ausência de alternativas razoáveis para o caso clínico, plano de acompanhamento a longo prazo e cuidados sobre os efeitos sociais.

e sistemáticas, no segundo caso relega-se às limitações exclusivamente ao plano deontológico, ético e moral. No primeiro o silêncio normativo é utilizado como fundamento da não proibição. No segundo, a ausência legislativa dá certo poder à deontologia para determinar parâmetros de conduta que devem ser seguidos, mesmo que limitado àqueles diretamente subordinados a ela em razão de sua profissão. Portanto, é dedutível que a prática de edição e modificação genética surge como um dilema jurídico, ético e moral, mas que pode ser agravado pela insuficiência normativa e, dela, pelas práticas que podem ser caracterizadas como eugênicas¹⁹ também podem surgir.

Como proposta à essa situação, sugere-se a criação em nível mundial de um rol taxativo de enfermidades monogênicas²⁰ como meio de controle da arbitrariedade dos profissionais durante a prática de manipulação e edição genética. Desse modo, os países poderiam manter a comunicação das técnicas de aperfeiçoamento no uso da edição genética, bem como seria garantido a isonomia de tratamento, evitando o turismo médico por meio de mercados pouco regulados ou ilegais (Furtado, 2019, p.228).

Contudo, percebe-se que o contexto em que se insere tanto as hipóteses quanto a proposta advém de uma situação em que a prática de manipulação e edição genética são resultado de uma simples volitiva dos interessados para alcançar um resultado determinado, que no final pode ser eugênico ou não. Visto sob outra ótica, o uso dessa prática *in vivo* para fins terapêuticos e casos clínicos seria justificativa a permitir sua realização?

2 O USO DO CRISPR-CAS9 IN VIVO E EM CASOS CLÍNICOS: DA LIMITAÇÃO DA INFORMAÇÃO E DA AUTONOMIA AO TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

Em 2020, Olaghere, 36, fez parte de um experimento clínico realizado pela Universidade da Califórnia-Berkeley para tratamento da anemia falciforme por meio da técnica do CRISPR-CAS9. O paciente relatava fortes dores diariamente devido a essa condição, o que afetou em toda sua trajetória de vida. O sistema CRISPR-CAS9 foi desenhado para corrigir a mutação genética responsável pela doença em células-tronco do paciente. O tratamento mostrou uma melhora significativa em seu estado de saúde e Olaghere se declarou aliviado por não sentir mais dores (BBC News, 2022, *online*). Diferentemente do experimento realizado com as gêmeas na China, nesse caso, pode-se considerar que a tentativa de edição e

¹⁹ Em um viés liberal, a edição genética propiciaria o surgimento de uma “projeção infantil”, onde a população optaria pela manipulação dos genes para atribuir características físicas e intelectuais em sua prole. Tal como defendido por José Santaló (2019, p.05), que ao abordar o tema utiliza as expressões “design de crianças” e “o desenho da criança”.

²⁰ As doenças monogênicas são causadas por mutações em um único gene. (Moodle USP: e-Disciplinas). Alguns exemplos são: Albinismo, Hemofilia, Daltonismo, Acromatopsia, Fibrose Cística, Ictiose Congênita, Microcefalia Vera, Hidrocefalia, Fenilcetonúria, Acondroplasia, Polidactilia, Síndrome Orofaciodigital, Síndrome de Marfan, Ectrodactilia, Hipofosfatemia, Dentinogênese Imperfeita, Polipose Múltipla de Cólon e Prognatismo Mandibular. (Silva, 2015, p.02).

modificação genética não foi para tratar uma enfermidade, tal como a de Olaghere, mas desenvolver melhorias em embriões já saudáveis (Marfany, 2019, p.27).

O caso de Olaghere é um exemplo de como o uso da biotecnologia pode ser transformadora e um ponto chave na melhora da qualidade de vida dos seres humanos. Contudo, a resistência da política mundial acerca da edição de genes humanos e a insuficiência da infraestrutura legislativa que permita um estudo mais aprofundado do sistema CRISPR-CAS9 para fins terapêuticos também gera desafios. Um deles é atinente ao consentimento informado²¹ do paciente e sua autonomia.²²

O Termo responsável pela coleta do consentimento livre e esclarecido deve conter, dentre outros requisitos, as informações atinentes ao procedimento a ser realizado, bem como os riscos e efeitos colaterais de sua prática. Porém, por se tratar de técnica recente, torna-se difícil delimitar e conhecer todos os efeitos da técnica de edição e modificação genética, seja no próprio ser modificado ou para suas gerações de descendentes. Dificulta-se a elaboração de um TCLE (Termo de Consentimento Livre e Esclarecido) completo e nos termos estabelecidos pela Recomendação n. 1/2016 do CFM. Os pacientes sujeitos ao processo de edição genética seriam capazes de exercer sua autodeterminação crítica integralmente, mas neste caso está ela limitada à ausência ou insuficiência informacional. Esse fato pode confrontar com o princípio da autonomia, vez que o consentimento informado é sua expressão e que lhe confere instrumentos aptos a aceitar ou recusar determinados tratamentos ou intervenções com base nas informações prestadas acerca dos riscos e dos procedimentos a serem seguidos (Godinho, 2023, *online*).²³ Como consequência, à míngua de informação ou sendo ela incompleta ou imprecisa apta a consolidar o consentimento devidamente esclarecido, pode-se afirmar que mesmo com a assinatura no Termo que lhe tiver sido apresentado, o consentimento do paciente poderá ser considerado inválido. Dessa forma, a conduta médica passa a ser tratada como um ato não autorizado, incidindo, a partir daí, as regras que imputem a ele a responsabilidade civil pela intervenção não permitida sobre a integridade física de terceiros (Godinho, 2023, *online*). Verifica-se que existe uma necessidade proeminente de normatização adequada proporcional ao investimento realizado nos outros ramos da ciência de modo evitar um efeito

²¹ "O consentimento livre e esclarecido consiste no ato de decisão, concordância e aprovação do paciente ou de seu representante legal, após a necessária informação e explicações, sob a responsabilidade do médico, a respeito dos procedimentos diagnósticos ou terapêuticos que lhe são indicados" (Brasil, 2016, p. 01).

²² Sarmiento (2016, p. 141) define autonomia privada como "faculdade do indivíduo de fazer e implementar escolhas concernentes à sua própria vida". Seria o reconhecimento do ser humano como um agente moral, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e com o direito de seguir a sua decisão, desde que ela não viole direitos alheios".

²³ Vigorou por muito tempo uma visão acentuadamente paternalista da relação médico-paciente, na qual o enfermo seria verdadeiramente tutelado pelo profissional e ocuparia, então, posição de mero objeto da atuação médica (Neto; Nogaroli, p.10-11, 2019). No entanto, o paciente é protagonista do seu tratamento e as decisões acerca dele são uma faculdade. No mais, A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, traz em seu bojo, no art. 6º que "qualquer intervenção médica preventiva, diagnóstica e terapêutica só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido, baseado em informação adequada".

dominó lesivo para ambas as partes presentes na relação médico-paciente e viabilizar a intervenção terapêutica *in vivo*.

Esse é o contexto geral onde os efeitos colaterais e os procedimentos são preponderantemente conhecidos. Contudo, os efeitos do uso terapêutico mediante aplicabilidade da técnica CRISPr-Cas9 em casos clínicos ainda são incertos.²⁴ Embora haja um enrijecimento de alguns países²⁵ quanto à prática demonstrado por meio de eventos e diretrizes normativas, não significa relegá-la a um segundo plano. Pelo contrário, seu desenvolvimento acentua-se constantemente e seus métodos são aprimorados. As pesquisas terapêuticas que realizaram a edição de genes humanos por meio do CRISPr-Cas9 até o momento têm se manifestado precursoras com um manifesto potencial de efetividade. Uma pesquisa realizada pela *Oregon Health & Science University* nos Estados Unidos conseguiu reverter parte da cegueira de dois pacientes. Ambos foram diagnosticados com Amaurose e perderam a visão ao longo da vida. O procedimento CRISPr-Cas9 foi feito diretamente nos olhos dos pacientes e, a princípio, dois deles apresentaram bons resultados, conseguindo enxergar silhuetas e cores (Contaifer, 2021, *online*).

Outro evento pode ser trazido a título argumentativo. Em 2016, Cyranoski (2016) publicou na Revista *Nature* artigo intitulado *CRISPR gene-editing tested in a person for the first time*, na qual relata sua pesquisa sobre injeção de linfócitos geneticamente modificados em pacientes com câncer de pulmão, com o objetivo de ativar uma resposta imunológica que eliminasse as células tumorais. O ensaio clínico envolveu 10 pacientes e um deles apresentou uma resposta positiva sem efeitos adversos (Zambon, et.al, 2021, p.06).

Por fim, a edição e modificação genética também foram utilizados como métodos terapêuticos para uma rara enfermidade genética visual que afeta 1 a cada 200.000 pessoas e que, se não curada, pode levar à cegueira (Miller, 2018, *online*).²⁶ Por meio de uma única injeção subretiniana intitulada Luxturna, genes adeno-associados são introduzidos no gene defeituoso e destinados ao reparo das células-alvo da retina (Marfany, 2019, p.24).²⁷

Perceba-se que nessas circunstâncias o uso do CRISPr-Cas9 em casos clínicos e terapêuticos não se assemelha a condutas eugênicas. O objetivo da prática é meramente melhoria da situação do ser para concretização do plano de vida do paciente por meio do princípio bioético da beneficência e não maleficência.

²⁴ "Another significant concern is the possibility of offtarget effects on parts of the genome separate from the region being targeted. Unintentional edits of the genome could have profound long-term complications for patients, including malignancy. The concentration of the Cas9 nuclease enzyme and the length of time Cas9 is expressed are both important when limiting off-target activity.1 Although recent modifications in the nuclease have increased specificity, further work is required to minimise off-target effects and to establish the long-term safety of any treatment" (Redman, et. al., 2016, p. 214).

²⁵ Exemplos: Brasil, Argentina, Espanha, Portugal etc.

²⁶ Porém, apesar de sua aprovação e comercialização já em 2018, o custo aproximado é de 850.000 euros (Miller, 2018, *online*)

²⁷ "También se han creado empresas para desarrollar terapias mediante el uso de CRISPR para tratar enfermedades hereditarias, y ya se ha aprobado una terapia específica para tratar la ceguera causada por mutaciones concretas en genes específicos, con una primera fase clínica para realizar edición genética *in vivo* en células de la retina humana para corregir o compensar el defecto genético" (Marfany, 2019, p. 24).

Recomenda-se, contudo, que o procedimento seja utilizado apenas quando os meios alternativos de tratamento não sejam mais eficientes para proporcionar uma qualidade de vida ao paciente. Neste caso, mesmo diante da impossibilidade de determinar todos os efeitos colaterais, o manifesto consentimento informado continua sendo exigido, mas relativizado perante as limitações científicas acerca da temática.

Portanto, entende-se não autorizado o uso indiscriminado e incondicionado do sistema CRISPr-Cas9, mas apenas quando inexisterem outros métodos cientificamente comprovados e adequados ao tratamento da enfermidade do paciente. O sopesamento dos princípios éticos da informação e do esclarecimento encontram limites na insuficiência de dados frente à inovação procedimental. Todavia, ciente dessas condições e das circunstâncias em que se insere, o paciente poderá anuir com a procedimentalização a partir do manifesto proferido a partir dos efeitos já então conhecidos e esperados. Trata-se, portanto, de relativização informacional frente à beneficência do interessado. Perceba-se que a volitiva nessa situação pode ser externada pelo sujeito a ser alvo do procedimento.

Lado outro, retorna-se à edição e modificação genética pela CRISPr-Cas9 *in vivo* (em embriões) com objetivo de amenizar, reduzir ou até mesmo extirpar o desenvolvimento de enfermidades com alta probabilidade de transmissão hereditária e genética. Explica-se a partir do seguinte relato. Em 2017, cientistas da Universidade de Saúde e Ciência do Oregon, do Instituto Salk e do Instituto de Ciências Básicas da Coreia do Sul usaram a edição gênica em embriões humanos afetados por cardiomiopatia hipertrófica, uma condição cardíaca fatal. Embora o sucesso não tenha sido absoluto, 72% dos embriões não manifestaram a mutação da doença (BBC News, 2022, *online*).

Tendo em vista as aplicações até hoje realizadas, a técnica se evidencia precursora no sentido de atribuir uma nova perspectiva para condições que antes eram imutáveis. Ocorre que os aspectos éticos e morais não podem ser relegados. Deve-se ter cautela para não sobrepor convicções instrumentalistas e utilitaristas aos padrões éticos e morais. Sustentar a aplicação da técnica CRISPR-Cas9 *in vivo* a partir de fundamentos abstratos com a pretensão de melhoria de vida do suposto ser gerado beira ao egoísmo. Impõe-se ao futuro ser humano nascido e geneticamente a condição de uma trajetória de vida que mesmo que seja dificultada está fora das diretrizes naturais do processo evolutivo. Natureza é estatística, é seleção, é risco. Práticas que tendem a modificar os eventos antes mesmo de sua ocorrência acondicionam um futuro de possibilidades supostamente concretizadas como forma de justificar o utilitarismo. Nesse contexto, o conceito de eugenia enquanto bem-nascido não sofre qualquer modificação e tem sua aplicação e enquadramento quando da utilização das edições e modificações genéticas pelo sistema CRISPR-Cas9 *in vivo*.

Por mais que exista uma probabilidade considerável de transmissão de uma condição congênita, não se pode esperar sua completa manifestação. Há circunstâncias que a própria seletividade natural necessita para garantia do efetivo processo evolutivo. Os elementos latentes que contribuem para formação de novas gerações incluem elementos positivos e negativos. E, neste caso, vale uma ressalva: a definição de positividade ou negatividade atrelada à uma característica fica ao arbítrio do biometrista? Atribui-se a um indivíduo a possibilidade de escolha de

caminhos de outrem? Ignora-se a singularidade de cada *ser* a partir da identificação de parâmetros considerados bons ou ruins para alcançar uma vida ideal? Mas qual a definição de ideal? Padrões com fundamento em quais variáveis? Quem os define? Além disso, a edição genética pela técnica em análise não possui parâmetros de controle sobre as consequências do ato, que no final pode gerar mutações. Trata-se de nítida insegurança capaz de afetar a vida de um possível ser e que, de certa forma, reverteria a beneficência pela maleficência. Por essa razão, a técnica do CRISPR-Cas9 não pode ser utilizada em embriões humanos que serão implantados mediante reprodução assistida.²⁸

Em conclusão, acredita-se que o uso do sistema CRISPR-Cas9 em embriões que apresentem grande potencial para desenvolvimento de enfermidades congênitas para sua respectiva retirada seja considerado prática eugênica, pois o fundamento que a sustenta é pautado no utilitarismo e em padrões previamente definidos e enviesados sobre o que é ser um bom ser humano.

CONCLUSÃO

O problema de pesquisa deste artigo consistiu no seguinte questionamento: quando a eugenia resulta como produto da prática de edição e modificação genética pela CRISPR-Cas9? Objetivamente, a eugenia surge enquanto produto a partir da edição e modificação genética *in vivo* de embriões. Neste caso, há um iminente risco de a prática possibilitar uma espécie de elitismo genético eugênico. Lado outro, quando utilizado como técnica terapêutica em seres já nascidos, o sistema CRISPR-Cas9 pode aparecer como opção viável caso inexistam outros métodos cientificamente comprovados para tratamento da enfermidade associada ao paciente. Contudo, embora essas circunstâncias permitam sua utilização, pois as limitações informacionais sobre os resultados e consequências ao longo prazo são incertas. Diante dessa incerteza e do desconhecido, o paciente deverá ser informado sobre tanto e levando em consideração sua autonomia poderá optar por assumir ou não riscos e resultados que podem vir ou não a existir. Trata-se de dilema frente à insuficiência informacional sobre seus efeitos frente à autonomia do interessado.

Neste caso não há uma relativização da autonomia ou do princípio da beneficência ou da não-maleficência. Pelo contrário, trata-se de situação e circunstância em que uma das únicas saídas para possível solução da enfermidade é a utilização da técnica de modificação e edição genética. Não se subordina o paciente à sua realização. Pelo contrário, oferece-se a possibilidade mediante delimitação informacional do já conhecido e do também desconhecido para

²⁸ "We developed computational pipelines to assess single-cell genomics and transcriptomics datasets from OCT4 (POU5F1) CRISPR-Cas9-targeted and control human preimplantation embryos. This allowed us to evaluate on-target mutations that would be missed by more conventional genotyping techniques. We observed loss of heterozygosity in edited cells that spanned regions beyond the POU5F1 on-target locus, as well as segmental loss and gain of chromosome 6, on which the POU5F1 gene is located. Unintended genome editing outcomes were present in ~16% of the human embryo cells analyzed and spanned 4–20 kb. Our observations are consistent with recent findings indicating complexity at on-target sites following CRISPR-Cas9 genome editing. Our work underscores the importance of further basic research to assess the safety of genome editing techniques in human embryos, which will inform debates about the potential clinical use of this technology" (Alanis-Lobato, et. al., 2021, p. 1).

que a partir desses dados ele tome seus rumos e nortes mediante exercício de sua autonomia e declaração volitiva. O TCLE deve ser o instrumento basilar e indispensável à consecução deste tratamento e conter todas as orientações profissionais, médicas e científicas sobre o sistema CRISPR-Cas9.

Mesmo após todas as discussões e propostas, ainda existem limitações de ordem técnica a serem consideradas. O uso das edições e modificações genéticas enquanto métodos terapêuticos, embora suscitem reflexões morais e éticas sobre o que é bom ou ruim e sobre o que é certo ou errado, ainda podem ser amenizados pelo exercício do eu enquanto optante ou não pelo tratamento. Contudo, estabelecer pressupostos probabilísticos pretendendo evitá-los invade inaceitavelmente uma esfera que sequer pertence ao indivíduo que a realiza. Aqui entende-se pela sua restrição sob pena de configuração eugênica.

Diante o exposto, espera-se que as reflexões aqui trazidas sejam utilizadas como mecanismo e forma de complementação das temáticas já debatidas e como possíveis nortes para futuros suportes fáticos que necessitem de uma hermenêutica compatível ao problema suscitado.

REFERÊNCIAS

ACTIS, A. M. Cuestiones éticas de la edición genética mediante la tecnología CRISPR-Cas9. *Revista de Bioética y Derecho*, Barcelona, 2021, n. 53, p. 203-214, 2021. Disponível em: https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872021000300011. Acesso em: 19 set. 2023.

ALANIS-LOBATO, G. et al. Frequent loss of heterozygosity in CRISPR-Cas9-edited early human embryos. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, Califórnia, v. 118, n. 22, p. e2004832117, 2021. Disponível em: <https://www.pnas.org/doi/abs/10.1073/pnas.2004832117>. Acesso em: 19 set. 2023.

ALMEIDA, M. E. Guerra e Desenvolvimento Biológico: o caso da biotecnologia e da genômica na segunda metade do século XX. *Revista brasileira de epidemiologia*, [s.l.], v. 9, n. 3, p. 264-282, 2006. Disponível em: <https://www.scielosp.org/pdf/rbepid/2006.v9n3/264-282/pt>. Acesso em: 19 set. 2023.

APIESP. Hospitais universitários atendem cerca de 400 mil pessoas por ano. *APIESP*, Seção: Notícias, [s.l.], 7 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.apiesp.org.br/hospitais-universitarios-atendem-cerca-de-400-mil-pessoas-por-ano/>. Acesso em: 26 abr. 2023.

ARAUJO, A. T. M.; DOS SANTOS, R. S. V. Implicações bioético-jurídicas do uso da edição genética como alternativa terapêutica nas relações em saúde no Brasil. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, [s.l.], v. 23, n. 46, p. 161-186, 2020. Disponível em: <https://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/24704>. Acesso em: 19 set. 2023.

- AREND, M. C. *et al.* O Sistema CRISPR/Cas9 e a possibilidade de edição genômica para a cardiologia. *Arquivos Brasileiros de Cardiologia*, [s.l.], v. 108, n. 1, p. 81-83, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/abc/a/S7rhCRLnYjVmCDfTrdSYTDs/?lang=pt#>. Acesso em: 19 set. 2023.
- BARBOZA, C. M. S. *et al.* A técnica de CRISPR-Cas9 na terapia gênica: uma revisão da literatura. *Revista Transformar*, [s.l.], v. 14, n. 1, p. 562-698, 2020. Disponível em: <http://www.fsj.edu.br/transformar/index.php/transformar/article/view/348/234>. Acesso em: 19 set. 2023.
- BBC NEWS. Doença Falciforme: 'Não sabia mais o que era não sentir dor', diz paciente curado após tratamento genético pioneiro. *Portal G1*, [s.l.], 20 de março de 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/olha-que-legal/noticia/2022/03/20/doenca-falciforme-nao-sabia-mais-o-que-era-nao-sentir-dor-diz-paciente-curado-apos-tratamento-genetico-pioneiro.ghtml>. Acesso em: 26 abr. 2023.
- BERGEL, S. D. O impacto ético das novas tecnologias de edição genética. *Rev. Bioét.*, [s.l.], v. 25 n.3, p. 454-461, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/bioet/a/sdjql69BjztwzyMJ39rv63K/?lang=pt>. Acesso em: 19 set. 2023.
- BVS. Biblioteca Virtual em Saúde. Descritores em Ciências da Saúde (Clivagem do DNA). *DeCS/MeSH*, 2007. Disponível em: https://decs.bvsalud.org/ths/resource/?id=52473&filter=ths_termall&q=clivagem. Acesso em: 11 maio. 2023.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 set. 2023.
- BRASIL. *Recomendação CFM n. 1/2016*. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. Brasília: CFM, 2016. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf. Acesso em: 8 maio 2023.
- CASABONA, C. M. R. Consideraciones jurídicas sobre los procedimientos experimentales de mejora (enhancement) en neurociencias. *Percurso Acadêmico*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 80-107, 2013. Disponível em: <https://periodicos.pucminas.br/index.php/percursoacademico/article/view/6258/5773>. Acesso em: 19 set. 2023.
- CASTAÑEDA, L. A. Eugenia e casamento. *História, Ciências, Saúde-Manguinhos*, [s.l.] v. 10, n. 3, p. 901-930, 2003. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/hcsm/a/JvmYk6Rbgt8Jn8J48vVGZLP/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 20 set. 2023.

CLEMENTE, G. T. Modulação gênica em embriões humanos. *Actualidad jurídica iberoamericana*, [s.l.], n. 9, p. 202-223, 2018. Disponível em: <https://idibe.org/wp-content/uploads/2018/11/202-223.pdf>. Acesso em: 20 set. 2023.

CONTAIFER, J. Técnica de edição de genes reverte cegueira de duas pessoas nos EUA. *Metrópoles*, [s.l.], 2021. Disponível em: <https://www.metropoles.com/saude/tecnica-de-edicao-de-genes-reverte-cegueira-de-duas-pessoas-nos-eua>. Acesso em: 22 abr. 2023.

CYRANOSKI, D. CRISPR gene-editing tested in a person for the first time. *Nature*, [s.l.], v. 539, n. 7630, 2016. Disponível em: <https://go.gale.com/ps/i.do?id=GALE%7CA471282615&sid=googleScholar&v=2.1&it=r&linkaccess=abs&issn=00280836&p=HRCA&sw=w&userGroupName=anon%7Eaa327303&aty=open-web-entry>. Acesso em: 20 set. 2023.

DARWIN, C. *A origem das espécies e a seleção natural*. Tradução: E. N. Fonseca. Curitiba: Hemus/Novo Século, 2000.

DEL CONT, V. Francis Galton: eugenia e hereditariedade. *Scientiae Studia*, [s.l.] v. 6, n. 2, p. 201-218, 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ss/a/nCZxGgFhN8MVtq8C9kVCPwb/>. Acesso em: 20 set. 2023.

DINIZ, M. M. P.; DINIZ, L. M. P. Edição de genomas pelo sistema CRISPR-CAS e suas aplicações: questões éticas e jurídicas no contexto brasileiro e outros exemplos. *Immunity*, v. 337, n. 6096, p. 816-821, 2012. Disponível em: <http://pdf.blucher.com.br.s3-sa-east-1.amazonaws.com/socialsciencesproceedings/ienbio/2019-ENBIO-GT-08.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2023.

FARIA, A. CRISPR/CAS9: Edição do DNA e o tratamento de doenças. *Blog Mendelics*, [s.l.], 2022. Disponível em: <https://blog.mendelics.com.br/crispr-cas9-edicao-do-dna-e-o-tratamento-de-doencas/#:~:text=O%20CRISPR%2FCas9%20tem%20um,e%20o%20HIV%2C%20por%20exemplo.blog.mendelics.com.br/crispr-cas9-edicao-do-dna-e-o-tratamento-de-doencas/>. Acesso em: 28 dez. 2022.

FERREYRA, K. A. Consideraciones éticas sobre CRISPR/Cas9: Uso terapéutico en embriones y futura gobernabilidad. *Revista de Bioética y Derecho*, [s.l.], n. 54, p. 121-138, 2022. DOI: 10.1344/rbd2021.54.36115. Disponível em: <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/36115>. Acesso em: 4 mar. 2023.

FURTADO, R. N. Edição genética: riscos e benefícios da modificação

do DNA humano. *Rev. Bioét.*, Brasília, v. 27, n. 2, p. 223-233, 2019. DOI: 10.1590/1983-80422019272304. Disponível em: www.scielo.br/j/bioet/a/jFptVvKR7RJHWXwmsKpZFrh. Acesso em: 4 mar. 2023.

GALLAGHER, J. Cientistas conseguem 'apagar' doença cardíaca genética com edição de DNA. *BBC News Brasil*, [s.l.], 2 de agosto de 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-40808728>. Acesso em: 22 abr. 2023.

GALTON, F. Restriction in marriage. *Sociological Papers*, [s.l.], v. 2, p. 3-13, 49-51, 1906. Disponível em: <https://www.galton.org/bibliography/index.html>. Acesso em: 22 maio. 2023.

GORVETT, Z. As perigosas mutações genéticas acidentais que podem mudar o futuro da humanidade. *BBC News Brasil*, [s.l.], 5 de junho de 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/vert-fut-56903276>. Acesso em: 22 abr. 2023.

GODINHO, A. M. A responsabilidade civil dos profissionais de saúde pelo dano derivado do desrespeito à autonomia dos pacientes. *Migalhas*, [s.l.], 30 de março de 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/383886/responsabilidade-pelo-dano-do-desrespeito-a-autonomia-dos-pacientes>. Acesso em: 22 abr. 2023.

GOLDIM, J. R. *Clonagem: aspectos biológicos e éticos*. Porto Alegre: UFRGS, 2003. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/clone.htm>. Acesso em: 8 maio. 2023.

GRINFELD, S; GOMES, R. G. C. Células tronco: um breve estudo. *Odontologia Clínico-Científica*, v. 7, n. 1, p. 29-33, mar. 2008.

HUXLEY, A. *Admirável mundo novo*. São Paulo: Globo, 2014.

KEHL, R. *Lições de eugenia*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929.

KNOTT, G. J.; DOUDNA, J. A. CRISPR-Cas guides the future of genetic engineering. *Science*, [s.l.], v. 361, n. 6405, p. 866-869, 2018. Disponível em: <https://www.science.org/doi/abs/10.1126/science.aat5011>. Acesso em: 20 set. 2023.

LEMES, R. P. Princípios da Edição Gênica. *Academia.edu*, [s.l.], p. 01-18, 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/36055783/Princ%C3%ADpios_da_Edi%C3%A7%C3%A3o_G%C3%AAnica. Acesso em: 24 maio. 2023.

LISBOA, R. A. R. *Morfologia dos gâmetas, fertilização in vitro, divisão celular e formação de pólipos de *Catostylus tagi* (Cnidaria: Catostylidae)*. 2018. Dissertação (Mestrado em Biologia Marinha) - Departamento de Biologia, Universidade de Aveiro, Portugal, 2018. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/231952619.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2023.

LÓPEZ BARONI, M. J. Las tres Europas ante la encrucijada genómica. *Revista de Bioética y Derecho*, [s.l.], n. 47, p. 77-92, 2019. DOI: 10.1344/rbd2019.0.28937. Disponível em: <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/28937>. Acesso em: 4 mar. 2023.

LUCCHESI, M. E. C. *A edição genética humana e as interfaces com o direito ambiental brasileiro*. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade de Caxias do Sul, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ucs.br/xmlui/bitstream/handle/11338/10760/Disserta%c3%a7%c3%a3o%20Maximiliano%20Evaristo%20de%20Castro%20Lucchesi.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 22 abr. 2023.

MARFANY, G. Interrogantes y retos actuales de la edición genética. *Revista de Bioética y Derecho*, [s.l.], n. 47, p. 17-31, 2019. DOI: 10.1344/rbd2019.0.28551. Disponível em: <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/28551>. Acesso em: 4 mar. 2023.

MENDONÇA, B. O. *Edição genética: impactos éticos e jurídicos*. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://adelpha-api.mackenzie.br/server/api/core/bitstreams/dc64e703-d9a1-43e1-9f8e-fb92c391ceae/content>. Acesso em: 22 set. 2023.

MICHEL, J. *Hospitais Universitários e a Pós-Graduação Médica*. Disponível em: https://eventos.cfm.org.br/images/stories/PDF/ensinomedico_mariadopatrocínio.pdf. Acesso em: 26 abr. 2023.

MILLER, J. Novartis's pricing might be tested with costly eye therapy. *Thomson Reuters News*, [s.l.], Seção: Health Care & Pharma, 23 de novembro de 2018. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-novartis-luxturna-idUSKCN1NSOFM>. Acesso em: 11 maio. 2023.

BRASIL. Ministério da Educação. *Sobre os Hospitais Universitários Federais*. Brasília: Ministério da Educação, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/ebserh/pt-br/hospitais-universitarios/sobre-os-hospitais-universitarios-federais>. Acesso em: 26 abr. 2023.

NATIONAL ACADEMIES OF SCIENCES, ENGINEERING, AND MEDICINE. *Human Genome Editing: Science, Ethics, and Governance*. Washington, DC: The National Academies Press, 2017. DOI: 10.17226/24623. Disponível em: <https://nap.nationalacademies.org/catalog/24623/human-genome-editing-science-ethics-and-governance>. Acesso em: 8 maio. 2023.

NELSON, D. L.; COX, M. M. Nucleotídeos e Ácidos Nucleicos. *Princípios de Bioquímica de Lehninger*. 7. ed. [S.l.]: Artmed, 2018, p.281-312. 2018. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6222497/mod_resource/content/1/Guia%20de%20estudos%20aula%209%2C%20acidos%20nucleicos.pdf. Acesso em: 26 set. 2023.

KFOURI NETO, M.; NOGAROLI, R. Responsabilidade Civil pelo Inadimplemento do Dever de Informação na Cirurgia Robótica e Telecirurgia: uma abordagem de Direito comparado (Estados Unidos, União Europeia e Brasil). *Revista Científica da Academia Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, 2020.

Disponível em: <https://abdc.emnuvens.com.br/abdc/article/view/43>. Acesso em: 22 set. 2023.

NOHAMA, N. CRISPR: entre a esperança e a agonia. *Revista IHU on-line*, São Leopoldo, 2018. Disponível em: <https://www.ihu.unisinos.br/categorias/188-noticias-2018/585255-crispr-entre-a-esperanca-e-a-agonia>. Acesso em: 22 set. 2023.

O GLOBO. Terapia gênica é revolucionária para doenças genéticas, mas custos são inacessíveis. *O Globo*, [s.l.], 2021. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/saude/terapia-genica-revolucionaria-para-doencas-geneticas-mas-custos-sao-inacessiveis-25050737>. Acesso em: 8 de maio. 2023.

PLUVINAGE, J. F. *et al.* Tecnologia inova na edição de genes e desafia limites éticos. *Cienc. Cult.*, São Paulo, v. 70, n. 1, p. 20-22, 2018. DOI 10.21800/2317-66602018000100007. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/pdf/cic/v70n1/v70n1a07.pdf>. Acesso em: 22 set. 2023.

PORTAL FGV. Retrospectiva 2022: Mapa da nova pobreza revela que 29,6% dos brasileiros têm renda familiar inferior a R\$ 497 mensais. *Portal FGV*, [s.l.], 18 de julho de 2022. Disponível em: <https://portal.fgv.br/noticias/retrospectiva-2022-mapa-nova-pobreza-revela-296-brasileiros-tem-renda-familiar-inferior-r>. Acesso em: 26 abr. 2023.

QI, L. S. *et al.* Repurposing CRISPR as an RNA-guided platform for sequence-specific control of gene expression. *Cell*, [s.l.] v. 152, n. 5, p. 1173-1183, 2013. DOI 10.1016/j.cell.2013.02.022. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3664290/>. Acesso em: 22 set. 2023.

REALE, M. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

REDMAN, M. *et al.* What is CRISPR/Cas9?. *Archives of Disease in Childhood-Education and Practice*, [s.l.], v. 101, n. 4, p. 213-215, 2016. DOI 10.1136/archdischild-2016-310459. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4975809/>. Acesso em: 22 set. 2023.

REIS, E. V. B.; OLIVEIRA, B. T. CRISPR-Cas9, biossegurança e bioética: uma Análise Jusfilosófica-Ambiental da Engenharia Genética. *Veredas do Direito - Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, Belo Horizonte, v. 16, n. 34, p. 123-152, 2019. DOI 10.18623/rvd.v16i34.1490. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1490>. Acesso em: 22 set. 2023.

SANDEL, M. J. *Contra a perfeição: ética na engenharia genética*. Tradução: Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SANTALO, J. La mejora genética humana en los tiempos del CRISPR/Cas9. *Revista de Bioética y Derecho*, [s.l.], n. 47, p. 33-41, 2019. DOI: 10.1344/rbd2019.0.28376. Disponível em: <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/28376>. Acesso em: 4 mar. 2023.

SARMENTO, D. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SGANZERLA, A.; PESSINI, L. Edição de humanos por meio da técnica do Crispr-cas9: entusiasmo científico e inquietações éticas. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 44, n. 125, p. 527-540, 2020. DOI 10.1590/0103-1104202012519. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sdeb/a/8z84LrTTPq6Xzr77D3jtWDG/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 22 set. 2023.

SILVA, C. C. Doenças Monogênicas: Contribuição mendeliana. Goiás: PUC Goiás. p. 1-44. Disponível em: <https://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/8948/material/Gen%C3%A9tica%20-%20Heran%C3%A7a%20Monog%C3%AAnica.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2023.

ZAMBON, A. F. *et al.* Tecnologia CRISPR-Cas9: uma revisão acerca de perspectivas terapêuticas no câncer de pulmão e considerações para aplicação na transgenia humana. In: *Congresso Internacional em Saúde*, 8., 2021, Ijuí. *Anais [...]*. Ijuí: UNIJUÍ, 2021. Disponível em: <https://www.publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/conintsau/article/view/19025>. Acesso em: 22 abr. 2023.

A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DOS SUJEITOS TRANS NO BRASIL E OS PROCESSOS DIALÓGICOS DE JUDICIALIZAÇÃO

Amanda Brum*
Renato Duro Dias**

RESUMO

O presente estudo abarca a análise da efetivação dos direitos dos sujeitos trans no Brasil e os processos de judicialização a partir da teorização de Post e Siegel e Bunchaft. Utilizando-se da técnica de pesquisa da documentação indireta da pesquisa bibliográfica, objetiva-se repensar - frente ao *déficit* legislativo - a atuação jurisdicional das reivindicações dos sujeitos em subalternização, como fundamentalmente dos sujeitos trans. Para tanto, tem-se como questão de pesquisa a seguinte indagação: a compreensão da atuação jurisdicional a partir dos processos dialógicos de judicialização possibilitam respostas sensíveis aos direitos dos subalternizados, como dos sujeitos trans? Parte-se, então, da hipótese que a compreensão da atuação jurisdicional a partir dos processos dialógicos de judicialização possibilitam respostas sensíveis aos direitos dos subalternizados, como dos sujeitos trans. Acredita-se, portanto, que o Constitucionalismo Democrático-Paritário se revela fundamental no contexto brasileiro, posto que se constitui potente para atender aos desafios da cultura constitucional brasileira sensível aos direitos dos sujeitos subalternizados, como dos sujeitos trans.

Palavras-chave: efetivação de direitos; sujeitos trans; processos dialógicos de judicialização; constitucionalismo democrático; constitucionalismo democrático-paritário.

Data de submissão: 16/08/2022

Data de aprovação: 02/05/2024

* Doutora em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS).

** Doutor em Educação pela Universidade Federal de Pelotas (UFPEL).

THE REALIZATION OF THE RIGHTS OF TRANS SUBJECTS IN BRAZIL AND THE DIALOGICAL PROCESSES OF JUDICIALIZATION

Amanda Brum
Renato Duro Dias

ABSTRACT

The present study covers the analysis of the implementation of the rights of trans subjects in Brazil and the processes of judicialization based on the theorization of Post and Siegel and Bunchaft. Using the research technique of indirect documentation of bibliographical research, the objective is to rethink - in the face of legislative deficits - the jurisdictional action of the claims of subjects in subalternation, as fundamentally of trans subjects. To this end, the research question is the following question: does the understanding of jurisdictional action based on dialogical processes of judicialization enable sensitive responses to the rights of subordinates, such as trans subjects? The starting point, then, is the hypothesis that the understanding of jurisdictional action based on dialogical processes of judicialization enables sensitive responses to the rights of subordinates, such as trans subjects. It is believed, therefore, that Democratic-Paritarian Constitutionalism proves to be fundamental in the Brazilian context, as it is powerful in meeting the challenges of Brazilian constitutional culture, sensitive to the rights of subordinated subjects, such as trans subjects.

Keywords: realization of rights; trans subjects; dialogical processes of judicialization; democratic constitutionalism; democratic-parity constitutionalism.

Date of submission: 16/08/2022

Date of approval: 02/05/2024

INTRODUÇÃO

Muitas têm sido as discussões no Direito Constitucional sobre a judicialização da política e seus reflexos sob o ponto de vista da legitimidade democrática, uma vez que um dos aspectos fundantes das democracias constitucionais contemporâneas, segundo ensina Bunchaft (2015), abarca a expansão da atuação jurisdicional das Cortes Superiores, conforme ocorre no cenário brasileiro - particularmente, na proteção e na efetivação dos direitos dos sujeitos que vivenciam seus gêneros e suas sexualidades¹ de forma plural - como no caso dos sujeitos trans.

Indubitavelmente, não obstante o processo democrático seja o mecanismo mais adequado para a transformação social, a promoção e a efetivação de direitos aos sujeitos submetidos a situações de não reconhecimento, os sujeitos submetidos a tais situações não têm a obrigação de esperar a atuação legislativa que efetive os direitos fundamentais - razão pela qual certas formas de judicialização revelam-se, diante da insuficiência da atuação do processo político majoritário, fundamentais na proteção de direitos destes sujeitos.

Nesse panorama, o Judiciário pode funcionar como caixa de ressonância em relação às pretensões normativas de certos grupos subalternizados - como os sujeitos trans. Daí a importância de repensar a atuação jurisdicional frente às reivindicações desses sujeitos. Assim, com o intuito de compreender as atitudes da Corte Superior brasileira, isto é do STF (Supremo Tribunal Federal) a partir da teorização dos processos dialógicos de judicialização e de resgatar uma nova concepção teórica a respeito dessas formas de judicialização voltadas para a proteção de sujeitos em subalternização², assume relevância o estudo das construções teóricas do Constitucionalismo Democrático, pautado por Post e Siegel (2007), e fundamentalmente, o Constitucionalismo Democrático-Paritário, construção teórica cunhada por Bunchaft (2016a) e adaptada à cultura política-constitucional dos países periféricos, como o Brasil.

Assim, neste escrito, estrutura-se como questão de pesquisa: a compreensão da atuação jurisdicional a partir dos processos dialógicos de judicialização possibilitam respostas sensíveis aos direitos dos subalternizados, como dos sujeitos trans? Tem-se, então, como hipótese que a compreensão da atuação jurisdicional a partir dos processos dialógicos de judicialização possibilitam respostas sensíveis aos direitos dos subalternizados, como dos sujeitos trans.

Este estudo se estrutura por meio do método bibliográfico de cunho narrativo e é composto de em dois momentos, além de contar com uma introdução e uma conclusão. Assim, se fará, de início, breves apontamentos acerca dos avanços - a partir da atuação jurisdicional, especialmente da Suprema Corte brasileira - acerca da efetivação de direitos aos sujeitos que experimentam seus gêneros e sexualidades de forma plural, e, posteriormente, assevera-se a necessidade de repensar a atuação jurisdicional frente às reivindicações destes sujeitos, assim como compreender a atuação judicial baseada na teorização dos processos dialógicos de judicialização - em especial, os postulados por Post e Siegel (2007) e por Bunchaft (2016a).

¹ Grafa-se gênero e sexualidade no plural no sentido de pluralizar tais categorias.

² Vale-se do aporte de Spivak (2010) para compreender tal categoria.

A análise proposta - da teorização dos processos dialógicos de judicialização - justifica-se, por fim, pela necessidade proeminente de se legitimar cientificamente as construções teóricas das formas dialógicas de judicialização, já que, pela defesa de Bunchaft (2016a), quando os processos dialógicos de judicialização, como fundamentalmente o Constitucionalismo Democrático-Paritário, pautam as decisões judiciais, estas não são marcadas pelo solipsismo judicial³ e não ofendem os limites dos Estados Democráticos de Direito, bem como possibilitam respostas sensíveis aos direitos dos subalternizados, como dos sujeitos trans.

1 A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DOS SUJEITOS TRANS NO CENÁRIO BRASILEIRO: BREVES APONTAMENTOS

No cenário constitucional brasileiro não existe expressamente nenhum direito atinente aos sujeitos trans. A efetivação desses tem ocorrido a partir da atuação do Judiciário, isto porque, como dito, os sujeitos submetidos a situações de não reconhecimentos não têm outra escolha senão recorrer ao Judiciário, diante da inefetividade da atuação legislativa na efetivação de direitos fundamentais. Frente a isso, o Poder Judiciário adquiriu amplas funções e dimensões políticas em um período recente no atual contexto social (Escrivão Filho; Sousa Júnior, 2016).

O Judiciário é chamado, atualmente, a intervir em diversas demandas de interesse social, como aquelas que tangem às necessidades dos que vivenciam seus gêneros e suas sexualidades de forma plural. Neste contexto, não se pode deixar de reconhecer que, no Brasil, diante da omissão legislativa, é a partir da atuação do Judiciário - em especial, do STF - que muitos avanços ocorreram (e vêm ocorrendo) quanto à efetivação de direitos fundamentais aos sujeitos subalternizados, como os sujeitos trans.

Chama-se atenção, neste contexto, que o atendimento das demandas dos sujeitos que vivenciam seus gêneros e suas sexualidades de maneira plural, no Brasil, inicialmente não ocorreu na Corte Superior - isto é, no STF - mas nas instâncias inferiores do Judiciário nacional. Inúmeros foram os julgamentos, de vários Tribunais Federais e Estaduais, que reconheceram os efeitos jurídicos de uniões estáveis vivenciadas por casais do mesmo sexo antes das demandas aportarem

³O solipsismo deve ser entendido como a concepção filosófica de que o mundo e o conhecimento estão submetidos estritamente à consciência do sujeito. Ele assujeita o mundo conforme o seu ponto de vista anterior. Epistemologicamente, o solipsismo representa o coroamento da radicalidade do individualismo moderno em seu sentido mais profundo” (Streck, 2017a, p. 273). Streck, por meio da Crítica Hermenêutica do Direito - matriz teórica estruturada com a publicação da primeira edição da sua obra Jurisdição Constitucional e Hermenêutica, atualmente intitulada como Jurisdição Constitucional e Decisão Judicial (Streck, 2017b) - alerta conjuntamente com a hermenêutica filosófica de Gadamer e a teoria integrativa de Dworkin, cada uma ao seu modo, para a problemática do solipsismo judicial. (Streck, 2017a). Procuram, “em seus estudos, controlar esse voluntarismo e esse subjetividades a partir da força da tradição, do círculo hermenêutico e da incidibilidade entre interpretação e aplicação”. (Streck, 2017a, p. 276). Para Streck (2017a, p. 276) “uma advertência deve ser feita para melhor compreender aquilo que denomino de ‘solipsismo judicial’. Com efeito, na teoria da decisão devemos, fundamentalmente, evitar que esta seja dada por ideologia, subjetividade ou interesses pessoais, porque esse é o espaço em que entre o sujeito solipsista mais especificamente. Isso não quer dizer que o juiz seja uma figura inerte, neutra. Criticar e denunciar o solipsismo não implica proibição de juízes interpretarem [...]. Tenha-se claro que a crítica ao subjetivismo ou qualquer forma de voluntarismo, em que se encaixa o solipsismo, não tem absolutamente nada a ver com o ripristinamento do juiz boca da lei ou outras coisas do gênero no Direito”.

na Corte Superior (Rios, 2011)⁴. Também, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi provocado acerca das necessidades dos sujeitos que vivenciam suas sexualidades e seus gêneros de forma plural. Desse modo, esta Corte se manifestou em alguns julgamentos que tematizaram acerca das necessidades desses sujeitos, como ocorreu no julgamento do RE nº 1.008.398/SP e do RE nº 1.626.739.

Na trajetória jurídica do STF, apenas em 2011 o órgão pleno manifestou-se acerca da temática. Contudo, antes do julgamento histórico de 2011, em alguns momentos, a partir de decisões monocráticas, Ministros do STF expressaram-se quanto à efetivação de direitos dos sujeitos que vivenciam seus gêneros e suas sexualidades de forma plural. Ganharam relevância, neste cenário, as decisões proferidas pelo Ministro Marco Aurélio, em 2003, e pelo Ministro Gilmar Mendes, em 2004.

Assim, ilustram esses avanços quanto à efetivação de direitos fundamentais aos sujeitos que vivenciam suas sexualidades de forma plural, especificamente no STF, o reconhecimento por essa Corte da constituição da união estável entre pessoas do mesmo sexo - em 2011. Nesse julgamento, os Ministros do STF decidiram, por unanimidade, no julgamento da ADI nº 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, que a união contínua, pública e duradora entre pessoas do mesmo sexo constitui união estável, em outras palavras, entidade familiar.

Na situação específica dos sujeitos trans, o julgamento do Recurso Extraordinário - RE nº 670.422- interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que confirmou decisão de primeira instância, permitiu a alteração do nome no registro civil, embora condicionasse a alteração de sexo à cirurgia de transgenitalização, e ainda, da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 4.275. A Procuradoria Geral da República propugnou a ação, conferindo a interpretação em consonância com a Constituição Federal brasileira do artigo 58 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) para assegurar aos sujeitos trans o direito de alteração do nome e do gênero, independentemente de cirurgia de transgenitalização.

Há que se pontuar, no entanto, que ainda que tais reivindicações tenham sido asseguradas pelo STF e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tenha publicado o provimento 73/2018, que dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento de pessoas transgêneros no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN) — o provimento estabelece regras para que a alteração do nome e gênero dos sujeitos trans sejam requeridos ao ofício do RCPN desde que sejam maiores de 18 anos⁵ e habilitados às práticas de todos os atos da vida civil e impossibilita que a alteração referida seja negada desde que o pedido seja formulado conforme estabelecido —, ainda assim, os sujeitos trans, atualmente, encontram dificuldade para realizar tal alteração, conforme apontado pela Antra (Associação Nacional de Travestis e Transexuais).

⁴ Dentre eles, podem se listar os seguintes processos: AI nº 599.075.496/TJRS; AI 2004.04.01.045598-4 - TRF- 4ª Região; AC nº 70001388982 - TJ/RS-7 Turma; EI nº 70003967676 - TJ/RS.

⁵ Ressalta-se que a alteração da Lei 14.382 ainda se demonstra recente para que os impactos sejam mensurados.

Já, acerca da possibilidade de utilização de banheiros públicos por sujeitos trans de acordo com a identidade de gênero, esta demanda, tramita desde 2014 no STF - RE nº 845.779 SC. Nele, pleiteia-se a reforma de decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que indeferiu indenização por danos morais a transexual proibida de utilizar o banheiro feminino de *shopping center* e que, em razão desse impedimento e do abalo que tal situação ocasionou, teve as necessidades fisiológicas em suas roupas, diante das demais pessoas que circulavam no estabelecimento. No mesmo ano, 2014, o STF reputou constitucionalidade à questão e reconheceu repercussão geral da matéria. O julgamento de mérito teve início em 2015, mas foi suspenso e até o momento não houve alteração quanto ao momento processual.

Recentemente, em 2021, em decisão monocrática, na medida cautelar na ADPF nº 527, foi determinada, pelo Ministro do STF, que as presas transexuais femininas e travestis tenham a opção por cumprir a pena em estabelecimento prisional femininos, assim como os presos transexuais em estabelecimento prisional masculino, deste que em área reservada que garanta a segurança dos/as apenados/as.

Diante disso, cumpre dizer, outra vez, que não obstante o processo democrático seja o mecanismo mais adequado para a transformação social, a promoção e a efetivação de direitos, os sujeitos submetidos a situações não reconhecimento certas formas de judicialização revelam-se, como demonstrado - diante da insuficiência da atuação do processo político majoritário -, fundamentais na proteção de direitos dos subalternizados. Passa-se, então, no tópico seguinte, ao estudo dos processos dialógicos de judicialização, fundamentalmente do Constitucionalismo Democrático e do Constitucionalismo Democrático-Paritário, isto porque, acredita-se, como Bunchaft (2016), que as Cortes Superiores devem, na construção de sentidos inerentes, reinterpretar os princípios constitucionais que são introduzidos no debate democrático e apropriados por sujeitos subalternizados em lutas por reconhecimentos.

2 REPENSANDO AS ATUAÇÕES JUDICIAIS: PROCESSOS DIALÓGICOS DE JUDICIALIZAÇÃO

A inscrição dos/das trans nos espaços públicos diante da insuficiência da atuação do processo político majoritário demanda a atuação do Poder Judiciário, compreendida e baseada em processos dialógicos de judicialização - fundamentalmente, o preconizado por Bunchaft - no contexto pós-westfaliano (Bunchaft, 2016b), haja vista que a instância judiciária é crucial à efetivação das reivindicações sociais e à concretização dos direitos fundamentais. No contexto atual, observa-se no Brasil o intenso debate acerca da expansão da presença e da interferência da justiça sobre temas tradicionalmente atribuídos ao campo político, o que suscita a análise de seus reflexos sob o ponto de vista da legitimidade democrática (Bunchaft, 2015).

Justamente nesse cenário que se faz necessário reinterpretar as atuações jurisdicionais e compreendê-las a partir da teorização dos processos dialógicos de judicialização - propostos por Post e Siegel (2007) e especialmente por Bunchaft (2016a) - já que tais construções teóricas podem representar ferramentas potentes, ao promoverem diálogos institucionais entre os poderes para suprir a insuficiência

da atuação do processo político majoritário no que se refere à efetivação dos direitos de sujeitos que vivenciam não reconhecimentos, como os sujeitos trans.

Chama-se atenção que, no mesmo contexto, por vezes, detectam-se argumentos que visam discutir e validar a questão da expansão da política da justiça a partir do fenômeno do ativismo judicial, todavia, de acordo com a adução de Streck (2014), o fenômeno da judicialização “exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado - pensamos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivos e Legislativos em direção da justiça constitucional” (Streck, 2014, p. 589), e não se confunde com o ativismo judicial, pois aquele “vem da inércia de alguns dos outros Poderes do Estado - do Poder Legislativo, por exemplo - num fenômeno que está ligado diretamente ao funcionamento inadequado das instituições ante suas funções constitucionais”, enquanto este ocorre “quando um juiz ou tribunal decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado” (Streck, 2016, p. 724).

Além do mais,

É por isso que afirmo, como já o fiz em outras oportunidades, que a judicialização é contingencial. Ela depende de vários fatores que estão ligados ao funcionamento constitucionalmente adequado das instituições. O ativismo judicial, por outro lado, liga-se à resposta que o Judiciário oferece à questão objeto de judicialização. No caso específico da judicialização da política, o ativismo representa um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político (seja para realizar um pretense “avanço”, seja para manter o status quo). Ativismo é, assim, um behaviorismo judicial (Streck, 2016, p. 724).

A rigor, como as vertentes dos processos dialógicos de judicialização - o Constitucionalismo Democrático, proposto por Post e Siegel (2007), e o Constitucionalismo Democrático-Paritário, teorizado por Bunchaft (2016a) - pautam-se em diálogos institucionais, nos quais o Judiciário não profere a última palavra, não se confundem com perspectiva do ativismo judicial, o qual sempre é “ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais, como se fosse possível uma linguagem privada construída à margem da linguagem pública” (Streck, 2016, p. 724).

À vista disso, a vertente teórica do Constitucionalismo Democrático pressuposta por Post e Siegel (2007) procura analisar e compreender a forma como os direitos constitucionais foram estabelecidos e como ocorrem suas práticas em uma sociedade democrática marcada pelas controvérsias (Post; Siegel, 2007). É premente ponderar, inicialmente, “que o Constitucionalismo Democrático não exclui a política do âmbito do direito. Em contraste, visa equacioná-los entre uma tensão: integridade do Estado de Direito *versus* necessidade da ordem constitucional de legitimidade democrática” (Bunchaft, 2016a, p. 219).

Fundamentando-se então na leitura do Constitucionalismo Democrático, apura-se que a divergência interpretativa não deve ser refutada, visto que simboliza um pressuposto normal para a evolução do Direito Constitucional. (Post; Siegel,

2007). A autoridade da Constituição depende da sua legitimidade democrática (Post; Siegel, 2007), e assim, as Cortes têm importância fundamental no processo, já que devem, em consonância com Post e Siegel (2007), assumir uma forma distinta de autoridade, declarando e efetivando direitos dos subalternizados. Para efetivar a Constituição, a autoridade constitucional, todavia, em última análise, depende da confiança dos cidadãos (Post; Siegel, 2007).

Dito isso, a vertente teórica proposta defende “o papel do governo representativo e dos cidadãos mobilizados em fazer cumprir a Constituição, ao mesmo tempo em que defende o papel dos tribunais em usar o raciocínio legal jurídico para interpretar a Constituição”. (Post; Siegel, 2007, p. 379). De fato, Bunchaft e Limberger, ao analisar as ideias de Post e Siegel, afirmam que “não há efetiva incompatibilidade entre o papel proativo do povo na delimitação do significado da Constituição das virtudes ativas do Poder Judiciário na efetivação das normas constitucionais” (Bunchaft; Limberger, 2016, p.86), já que “ambos realizam papéis fundamentais na especificação dos sentidos constitucionais e na garantia dos direitos fundamentais”. (Bunchaft; Limberger, 2016, p.86).

Na explicação de Bunchaft (2014, p.125) às proposições de Post e Siegel, “o Judiciário tem a capacidade de interagir com os movimentos sociais, interpretando a Constituição a partir de uma cultura constitucional juridicamente sensível a suas demandas”. Ademais, Post e Siegel (2007) averiguam determinadas condutas proeminentes do Poder Judiciário como legítimas somente quando o processo político formal não atuou no sentido de efetivar os direitos aos subalternizados, e também a Corte somente pode concretizar normas constitucionais pressupondo que a interpretação tenha sido sedimentada na consciência popular (Post; Siegel, 2013). Portanto,

[...] não há efetivamente incompatibilidade entre o papel proativo do povo na delimitação do significado da Constituição e as virtudes ativas do Poder Judiciário na efetivação das normas constitucionais, ambos desempenham papéis relevantes na especificação dos sentidos constitucionais e na garantia dos direitos fundamentais, e em princípio, a Suprema Corte somente pode concretizar normas constitucionais pressupondo a interpretação que seja sedimentada na consciência popular (Post; Siegel, 2013, p. 373-433).

O Constitucionalismo Democrático presume, a partir da leitura de Bunchaft (2016a, p. 231), “que a Constituição e o direito constitucional são moldados em meio a interações discursivas entre o governo, o Congresso, as Cortes, as reivindicações dos movimentos sociais e os partidos políticos”. Para além disso, na argumentação de Post e Siegel, “todos esses atores têm a responsabilidade de resguardar reciprocamente o cumprimento da Constituição, delineando a cultura constitucional.” (Bunchaft, 2016a, p.216). Já Post e Siegel (2007) aduzem que a vertente do Constitucionalismo Democrático potencializa a legitimidade democrática da Constituição na medida em que se revela sensível a cada um desses atores.

Resta claro que o Constitucionalismo Democrático postula formas dialógicas de judicialização, nas quais, ainda que o Judiciário tenha legitimidade

para efetivar direitos dos subalternizados, não estabelece a última palavra, isso porque, em concordância com a vertente teórica, o aprofundamento democrático para com os movimentos sociais, o Congresso, os partidos políticos e a sociedade se inviabilizariam, caso a palavra final fosse proferida pelo Judiciário - especialmente, pela Suprema Corte. (Post; Siegel, 2007).

Ao seu turno, articulando-se os pressupostos da teoria do Constitucionalismo Democrático de Post e Siegel (2007) com os conceitos centrais da teorização de Fraser - respectivamente, contrapúblicos subalternos⁶ e de paridade participativa⁷ - Bunchaft (2016a) desenvolveu a construção teórica do Constitucionalismo Democrático-Paritário, teoria que representa uma expressão dos processos dialógicos de judicialização adaptada à cultura política-constitucional dos países periféricos, como o Brasil, designando que

Quando os mecanismos das instâncias deliberativas funcionam de forma efetiva, contemplando a terceira dimensão da justiça teorizada por Fraser (2010) - representação - a necessidade e de intervenção judicial proeminente minimiza-se, contudo, quando a atuação dos processos políticos formais não atende às expectativas normativas de grupos vulneráveis, a tendência é a atuação judicial assumir contornos maximalistas, de forma a suprir o *déficit* intrínseco às suas condições de abertura e de participação (Bunchaft, 2016a, p. 229).

Isto é, à luz do Constitucionalismo Democrático-Paritário proposto por Bunchaft, quando "o processo deliberativo não assume seu papel efetivamente democrático, o Judiciário - diante das reivindicações dos movimentos sociais - pode demonstrar sensibilidade jurídica frente a tais demandas para alcançar a plenitude da paridade de participação" (Bunchaft, 2016a, p.221), efetivando assim "direitos de grupos subalternizados, ainda que por meio de processos decisórios com contornos maximalistas" (Bunchaft, 2016a, p.221).

Bunchaft (2016a), em sua tese, descortina a necessidade proeminente do potencial racionalizador do debate democrático contra-hegemônico consubstanciado pelos contrapúblicos subalternos institucionais. Também, a vertente teórica do Constitucionalismo Democrático-Paritário "incorpora como preocupação a análise específica e atenta das estruturas de poder que perpassam os processos deliberativos". Dessa feita, "resgata a abordagem de Fraser, que confronta diretamente o poder, identificando e tematizando práticas sociais de deliberação em sociedades que estabelecem concepções assimétricas de mundo" (Bunchaft, 2016a, p. 229).

⁶ Contrapúblicos subalternos, conforme pontuado, na concepção de Fraser, como elucida Bunchaft (2016a), abrangem múltiplas esferas públicas contra-hegemônicas nas quais os subalternizados se contrapõem às assimetrias e à dificuldade de acesso à esfera oficial.

⁷ Vale lembrar que, para Fraser, a paridade de participação significa que a distribuição de recursos materiais deve servir de modo a garantir a independência e a "voz" dos participantes. "Este chamarei a condição objetiva de paridade participativa. [...] em contraposição, a segunda condição requer que padrões institucionalizados de valor cultural expressem igual respeito por todos os participantes e garantam a igualdade de oportunidade para alcançar a estima social. Este chamarei a condição intersubjetiva da paridade participativa" (Fraser, 2003, p. 36).

Logo, o Constitucionalismo Democrático-Paritário potencializa “práticas comunicativas de interpretação constitucional dos movimentos sociais e sua interação com o Judiciário, mensura a injustiça procedimental e substantiva, desconstruindo assimetrias de poder e mecanismos institucionais que impedem a paridade de participação de sujeitos estigmatizados” (Bunchaft, 2016a, p. 228). A vertente defendida por Bunchaft (2016a) também considera as injustiças de enquadramento (desafiando a moldura keynesiana-wesftaliana) e infere que a temática do reconhecimento de direitos aos sujeitos que vivenciam suas sexualidades e seus gêneros inspira uma opinião pública transnacional.

Assim, os movimentos sociais, inspirados por uma opinião pública cada vez mais transnacional, problematizam injustiças de metanível por meio da reconfiguração do *quem* da justiça (Bunchaft, 2016a). E é “a partir de mobilizações e de contramobilizações em contrapúblicos subalternos - inclusive em esferas públicas transnacionais - que os movimentos sociais moldam o desenvolvimento da constituição” (Cristianetti, 2016, p. 143), e conseqüentemente, as demandas por reconhecimento de direitos se encaminham ao Judiciário - especialmente, ao STF.

A Constituição é então encarada como uma “construção social aberta aos influxos hermenêuticos dos movimentos sociais”, e diante disso, “não se pode minimizar o papel da opinião pública transnacional e da esfera pública pós-westfaliana na influência da postura proeminente do STF” (Bunchaft, 2016a, p. 226). O Constitucionalismo Democrático-Paritário depreende então a Constituição “como uma construção social aberta a diálogos transnacionais inspirados por esferas públicas pós-westfaliana, de forma que as demandas mais radicais de grupos da sociedade civil nacional e global e do movimento LGBTQI+ não serão neutralizadas pelas maiorias políticas parlamentares” (Bunchaft, 2016a, p. 227).

A construção teórica delineada por Bunchaft evidencia, desse modo, especial alcance teórico para reinterpretar o fenômeno da judicialização no contexto brasileiro, tendo em vista que se estrutura a partir do entendimento de que as Cortes Superiores se mostram sensíveis às reivindicações dos sujeitos subalternizados, como especialmente os trans, e que, sem proferirem a última palavra, influenciam os ramos do poder público em valores constitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista a expansão, frente *ao déficit* legislativo, da atuação jurisdicional da Corte Superior brasileira nos últimos anos na proteção e na efetivação dos direitos dos sujeitos que vivenciam seus gêneros e suas sexualidades de forma plural - como no caso dos sujeitos trans, impõe-se a necessidade de compreender as atitudes da Corte Superior brasileira a partir da teorização dos processos dialógicos de judicialização e de resgatar uma nova concepção teórica a respeito dessas formas de judicialização voltadas para a proteção de sujeitos em subalternização. Assim, pretendeu-se apontar a necessidade de a partir dos aportes teóricos de Post e Siegel (2007) e, especialmente, de Bunchaft (2016a) repensar as atuações judiciais, para compreendê-las a partir dos processos de dialógicos de judicialização.

Contextualmente, ambos os marcos teóricos - a saber, de Post e Siegel (2007) e, especialmente, de Bunchaft (2016a) - desvelaram-se substanciais,

pois, em suas teorias, como apontado, objetivam analisar e entender como as Cortes Superiores enquanto instâncias contramajoritárias podem efetivar direitos fundamentais a sujeitos em situação de subalternização, como no caso dos sujeitos trans.

Nesse sentido, resgata-se que, como lembra Bunchaft, um aspecto marcante das democracias constitucionais contemporâneas, em virtude do *déficit* legislativo, é a expansão da atuação jurisdicional na proteção dos direitos fundamentais reivindicados pelos sujeitos subalternizados, como especialmente aqueles que vivenciam suas sexualidades de maneira plural - o que pode ser verificado no decorrer do texto, no caso do Brasil, por meio da atuação do STF em muitas provocações.

Em suma, com a intenção de compreender as atitudes proeminentes das Cortes Superiores, especialmente da brasileira, isto é, do STF e de propor uma nova concepção teórica a respeito da judicialização voltada à proteção e à efetivação de direitos, buscou-se elencar as construções teóricas do Constitucionalismo Democrático preconizado por Post e Siegel e, especialmente o Constitucionalismo Democrático-Paritário, lecionado por Bunchaft - pois como demonstrado, trata-se, da construção teórica adaptada à cultura política-constitucional dos países periféricos, como o Brasil.

A pesquisa oportunizou, então, repensar as atuações jurisdicionais - especificamente do STF - e compreendê-las a partir da teorização Constitucionalismo Democrático-Paritário, considerando-se que tal aporte teórico, possibilita representar ferramentas potentes para romper com autocompreensões majoritárias assimétricas. Entendeu-se, portanto, que a compreensão acerca da atuação jurisdicional frente às reivindicações dos sujeitos que vivenciam suas sexualidades de maneira plural a partir dos processos dialógicos de judicialização, especialmente do Constitucionalismo Democrático-Paritário, revela-se fundamental, posto que respectiva construção teórica constitui-se potente para atender aos desafios da cultura constitucional brasileira sensível aos direitos dos sujeitos subalternizados, como dos sujeitos trans.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS. *Alteração do Registro Civil*. [S.l.]: ANTRA, 2018. Disponível em: <https://antrabrasil.org/>. Acesso em: 1 jan. 2022.

BUNCHAFT, M. E. Constitucionalismo Democrático, Ativismo Judicial e Minorias Sexuais: uma reflexão à luz da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. In: BUNCHAFT, M. E. *Ativismo Judicial e Grupos estigmatizados: Filosofia Constitucional do Reconhecimento*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

BUNCHAFT, M. E. Minimalismo judicial, constitucionalismo democrático: uma reflexão sobre os direitos de minorias sexuais na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 19, n. 1, 2014. Disponível em: <http://www.univali.br/periodicos>. Acesso em: 3 mar. 2017.

BUNCHAFT, M. E. Transexualidade e o “direito dos banheiros” no STF: uma reflexão à luz de Post, Siegel e Fraser. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 6, n. 3, 2016a. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4112/pdf>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BUNCHAFT, M. E. Judicialização, Deliberação e minorias LGBT: uma reflexão sobre os contextos brasileiros e norte-americanos. *Relatório Técnico relativo ao Processo n. 2345-2551/14-4*. Porto Alegre: FAPERGS, 2017.

BUNCHAFT, M. E. Transexualidade no STJ: Desafios para a Despatologização à luz do debate Butler-Fraser. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 21 n. 1, 2016b. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/8770>. Acesso em: 1 ago. 2016.

BUNCHAFT, M. E.; VINCIGUERRA, T. R. D. O caso Obergefell v. Hodges e a Suprema Corte Norte-Americana: uma análise sobre o Backlash à luz do debate entre Post, Siegel e Sunstein. *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 12, n. 2, 2017. Disponível em: <http://www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 3 jan. 2018.

BUNCHAFT, M. E.; LIMBERGER, T.; MOREIRA, E. R. O casamento entre pessoas do mesmo sexo na Suprema Corte norte-americana: uma análise sobre o *backlash* à luz do debate entre constitucionalismo democrático e minimalismo judicial. *RVMD*, Brasília, v. 10, n. 1, 2016. Disponível em: <http://www.portalrevistas.ucb.br>. Acesso em: 5 jan. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Provimento 73/2018*. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/>. Acesso em: 2 jan. 2022.

CRISTIANETTI, J. *A união homoafetiva no STF e o Constitucionalismo Democrático: contribuição da filosofia do reconhecimento de Axel Honneth e Nancy Fraser*. 2016. Dissertação (Mestrado) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2016. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br>. Acesso em: 20 set. 2016.

ESCRIVÃO FILHO, A.; SOUSA JÚNIOR, J. G. *Para um debate teórico-conceitual e político sobre direitos humanos*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

FRASER, N. Justice Social in the Age of Identity Politics. In: FRASER, N.; HONNETH, A. *Redistribution or Recognition? A Political Philosophical Exchange*. London: Verso, 2003.

POST, R.; SIEGEL, R. Roe Rage: Democratic constitutionalism and backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, p. 373-433, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract//990968>.

POST, R.; SIEGEL, R. *Constitucionalismo Democrático: Por uma Reconciliação entre Constituição y Pueblo*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2013.

RIOS, R. R. Direitos sexuais, uniões homossexuais e a decisão do Supremo Tribunal (ADPF 132-RJ e ADI 4.277). In: RIOS, R. R.; GOLIN, C., LEIVAS, P. G. C. (org). *Homossexualidade e Direitos Sexuais: reflexões a partir da decisão do STF*. Porto Alegre: Sulina, 2011.

SPIVAK, G. C. *Pode o subalterno falar?* Belo Horizonte: UFMG, 2010.

STRECK, L. L. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016. Disponível em: <https://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/viewFile/12206/pdf>. Acesso em: 10 jan. 2018.

STRECK, L. L. *Verdade e Consenso*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, L. L. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017a.

STRECK, L. L. *Hermenêutica e jurisdição: Diálogos com Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017b.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Processos*. Brasília: STJ, 2022. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>. Acesso em: 2 de jan. de 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Processos*. Brasília: STF, 2022. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 2 de jan. de 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Jurisprudências*. Porto Alegre: TJ-RS, 2022. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 2 jan. 2022.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. *Jurisprudência*. Porto Alegre: TRF-4, 2022. Disponível em: <https://www.trf4.jus.br/trf4/>. Acesso em: 2 jan. 2022.

RENASCIDOS NAS MÍDIAS: A AVATARIZAÇÃO DOS MORTOS E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Danilo Porfírio de Castro Vieira*
Dijeison Tiago Rios Nascimento**

RESUMO

O trabalho visa analisar a possibilidade jurídica de disposição da imagem de pessoas falecidas, mesmo com autorização familiar. Com o desenvolvimento da inteligência artificial, a mídia vem “ressuscitando” celebridades falecidas com retórica de homenagem, mas com fins mercadológicos. Recentemente, a técnica foi aplicada em peça publicitária que utilizou a imagem da cantora Elis Regina em um dueto com sua filha. A repercussão chegou às portas do Conar, para verificar a ocorrência de abuso no uso da imagem. Nesse contexto, busca-se verificar se o morto possui direitos de personalidade, especificamente à imagem, à honra objetiva e à intimidade, e se os parentes podem deles dispor. Os direitos de personalidade, como extensão dos direitos existenciais, ao caírem na relativização da disponibilidade, abrem margem para a coisificação do homem, tornando-o um objeto de mercado. O trabalho recorreu à metodologia dedutiva e ao método de pesquisa bibliográfica e documental, com uso de referências doutrinárias e artigos científicos.

Palavras-chave: direitos de personalidade; morto; disponibilidade; coisificação; inteligência artificial.

Data de submissão: 16/10/2023

Data de aprovação: 08/12/2023

* Doutor em Ciências Sociais pela Universidade Estadual Paulista (UNESP).

** Mestre em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).

REBORN IN THE MEDIA: THE AVATARIZATION OF THE DEAD AND ITS CONSEQUENCES

Danilo Porfírio de Castro Vieira
Dijeison Tiago Rios Nascimento

ABSTRACT

The work aims to analyze the legal possibility of disposing of the image of deceased people, even with family authorization. With the development of artificial intelligence, the media has been "resurrecting" deceased celebrities with rhetoric of homage, but with marketing purposes. Recently, the technique was applied in an advertising piece that used the image of singer Elis Regina in a duet with her daughter. The repercussions reached the doors of Conar, to verify the occurrence of abuse in the use of the image. In this context, we seek to verify whether the deceased has personality rights, specifically to image, objective honor and intimacy, and whether relatives can dispose of them. Personality rights, as an extension of existential rights, when falling into the relativization of availability, open space for the objectification of man, making him a market object. The work used deductive methodology and the bibliographic and documentary research method, using doctrinal references and scientific articles.

Keywords: personality rights; dead; availability; objectification; artificial intelligence.

Date of submission: 16/10/2023

Date of approval: 08/12/2023

INTRODUÇÃO

Em junho de 2023, as mídias apresentaram, com auxílio de recursos da Inteligência Artificial, uma propaganda da Volkswagen em que a cantora Maria Rita faz um dueto com sua falecida mãe, a prestigiada cantora Elis Regina (morta no dia 19 de janeiro de 1982).

O vídeo foi produzido para comemorar os 70 anos da empresa no Brasil, tendo seu início com a filha de Elis conduzindo uma ID.Buzz (versão moderna da Kombi) e cantando a música Como nossos pais, de autoria de Belchior, sucesso na voz de Elis Regina, na década de 1970. A seguir, Elis Regina aparece conduzindo uma Kombi clássica (modelo conhecido como corujinha), iniciando o dueto.

A tecnologia utilizada na reprodução da imagem é denominada *deepfake*, que permite a manipulação de forma realista do rosto de pessoas, recorrendo ao uso de dublê. De acordo com Danielle K. Citron e Robert Chesney:

This capability makes it possible to create audio and video of real people saying and doing things they never said or did. Machine learning techniques are escalating the technology's sophistication, making deep fakes ever more realistic and increasingly resistant to detection (Citron; Chesney, 2019, p. 1753).

A referida tecnologia tem como mecanismo redes neurais artificiais, que misturam o rosto de uma dublê com imagem recriada da falecida cantora. O resultado obtido na peça publicitária da Volkswagen pode ser parcialmente visualizado na figura 1.

Figura 1 - Maria Rita e Elis Regina



Fonte: G1, 2023.

Esse recurso não é exclusivo e nem foi utilizado de forma inédita. Em 2012, houve a aparição holográfica de Tupac Shakur (Como [...], 2012); em 2013, a projeção do músico Renato Russo, para um público de aproximadamente 45 mil pessoas, em Brasília (Falhas [...], 2013); e também seria utilizado na pretendida e frustrada turnê holográfica de Amy Winehouse, que ocorreria em 2019 (Turnê [...], 2019).

As produções cinematográficas também estão recorrendo ao uso da Inteligência Artificial, como no caso da aparição digital de James Dean, autorizada por sua família, no filme *Finding Jack*, em 2020; ou em *Star Wars*, “ressuscitando” atores como Peter Cushing e Carrie Fisher.

O problema dessas simulações baseadas em recursos tecnológicos está em responder às seguintes questões: a) o que vemos é uma homenagem ou uma violação à memória do morto? b) se o que vemos não é a pessoa, o que se percebe é a reificação (coisificação) da identidade, imagem e memória do morto, por meio de sua avatarização?

Sim, avatarização! Pois, se anteriormente se estendia a individualidade no metaverso, agora, observa-se a forja de pseudopessoas, que travestem dublês. Logo, os recursos tecnológicos tornam indefinidos os limites entre o real e o virtual.

Diante da repercussão do caso da cantora Elis Regina, o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária - Conar abriu processo para avaliar se ocorreu em infração ética a campanha da Volkswagen. Mesmo com a autorização da família da artista, o que se questiona é a possibilidade de disponibilização da imagem, da memória e da identidade do morto por terceiros.

As alegações principais são de que Elis Regina não poderia “reivindicar o uso da própria imagem”, bem como questões relacionadas ao respeito à personalidade, à existência do artista, à veracidade, à memória, ao patrimônio cultural e à confusão entre ficção e realidade, principalmente em crianças e adolescentes (Conar [...], 2023).

Não se trata de disposição de obra autoral, mas da existência, ou memória da existência, o que é intransmissível sucessoriamente. Nos EUA, o *United States Copyright Office - USCO* reconheceu que as imagens criadas por Inteligência Artificial (IA) não são tuteladas por direitos autorais, pois não há criatividade e originalidade envolvidas. Nesse sentido, o órgão federal americano decidiu que:

If a work's traditional elements of authorship were produced by a machine, the work lacks human authorship and the Office will not register it. For example, when an AI technology receives solely a prompt from a human and produces complex written, visual, or musical works in response, the “traditional elements of authorship” are determined and executed by the technology - not the human user. Based on the Office's understanding of the generative AI technologies currently available, users do not exercise ultimate creative control over how such systems interpret prompts and generate material (Estados Unidos da América, 2023, p. 04).

Logo, o avanço tecnológico exponencial gera dificuldades não somente no campo ético-moral, mas jurídicas, especificamente sobre os direitos da personalidade e questões principiológicas envolvendo boa-fé, em especial a respeitabilidade e a veracidade.

Para o professor Maurício Bunazar, “[...] o grande dilema ético está em se criar uma imagem de Elis Regina que não existia, em uma situação na qual ela nunca esteve, tudo para fins de exploração econômica” (O novo [...], 2023). Por fim, o mencionado professor pondera, de forma exemplificativa e inquietante, que: “[...] Imagine o Gandhi fazendo propaganda de armamentos, ou o Pontes de Miranda fazendo propaganda de sinopse jurídica. Será que isso é aceitável? Vejam que temos profundos dilemas éticos aqui” (O novo [...], 2023).

1 INDÚSTRIA CULTURAL, COISIFICAÇÃO E A COLONIZAÇÃO DO MUNDO DA VIDA

O que parece é que o fenômeno da avatarização é próprio da concepção frankfurtiana de indústria cultural e coisificação (reificação) da vida.

A Indústria Cultural é uma denominação desenvolvida por Theodor Adorno e Max Horkheimer (Horkheimer, 2002) na primeira geração filosófica da Escola de Frankfurt, definindo que os bens culturais na modernidade, especificamente na sociedade de consumo, deixam de ser expressão criativa, identitária, sensível, ideológica, e se tornam objeto de aquisição “reificação da arte/fetichismo da mercadoria” (Marx, 1975). Com a reificação da arte, observa-se a alienação e coisificação do homem, seja o artista ou quem consome a arte (Adorno; Horkheimer, 1985).

O processo de massificação da cultura recorre à influência midiática (meios de comunicação e recursos publicitários), manipulando o consumidor e homogeneizando padrões estéticos e comportamentais na população.

O conceito de reificação foi desenvolvido por Lukács, considerando o fetichismo da mercadoria e do comportamento do sujeito inserido neste processo, submetido material e psicologicamente a uma realidade fragmentada alheia das mediações interpessoais (Lukács, 1989).

O trabalho, submetido à racionalidade instrumental produtiva do capitalismo, elimina as qualidades humanas, inclusive criativas/sensitivas. Na concepção de Hannah Arendt, o *homo faber*, que expõe no trabalho sua subjetividade/consciência, é reduzido ao *homo laborens*, uma mera peça no sistema de produção (Arendt, 2003). A estrutura capitalista de sociedade é a imagem e semelhança da mecanização da empresa (Honneth, 2018).

Esse processo, para Jurgen Habermas, é denominado de colonização do mundo da vida (Habermas, 2003), imposição dos sistemas econômico e burocrático sobre a “totalidade” valorativa (compartilhada) da sociedade. Habermas, por meio de sua ação comunicativa, posiciona-se criticamente à racionalidade instrumental (estratégica, teleológica) e à colonização do mundo da vida pelos sistemas econômico e burocrático (Habermas, 2003).

Entende-se como mundo da vida (*Lebenswelt*) o mundo sociocultural, um repositório de sentidos, de símbolos, espaço de semantização (domínio da

linguagem). É a reprodução simbólica, de sentidos compartilhados pela sociedade, a “reserva de padrões de interpretação, organizados linguisticamente e transmitidos culturalmente” (Habermas, 2012).

Lebenswelt se vincula ao conceito fenomenológico husserliano de “consciência coletiva”, segundo o qual a consciência não se separa do mundo, tendendo para ele. A consciência é a fonte de significado para o mundo, estando comprometida com ele e com sua realidade (intencionalidade). Os fenômenos da consciência são desenvolvidos em função da intersubjetividade, sendo resultados histórico-culturais.

O mundo da vida é “depósito de convicções subjacentes” (certezas pré-reflexivas) dado aos sujeitos viventes (autoevidência). Sua natureza é extramundana, um “lugar transcendental em que os falantes e ouvintes se encontram”, que, em contexto determinado, se transforma em saber cultural (Habermas, 2012).

Nessa perspectiva, o mundo da vida “[...] constitui uma rede de pressupostos intuitivos, transparentes, familiares e, ao mesmo tempo, destituído de limites, a serem preenchidos para que uma manifestação atual possa adquirir sentido, isto é, ser válida ou inválida” (Habermas, 2012, p. 240).

Sobre Sistema, este consiste num referencial com especificidades, a expressão material da sociedade, regida pela adequação das relações meio-fins, um espaço de “intermediação do ‘agir-racional-com-respeito-a-fins’” (Neves, 2015, p. 94) políticos ou econômicos, que tem como objeto a condução de ações, por meio de mecanismos de controle, organizando-se dentro da relação dicotômica diferenciação e integração.

Jurgen Habermas entende que a formação da sociedade moderna, estabelecida em função da racionalização das visões de mundo, deixando de lado a perspectiva mítico-religiosa (desencantamento), acabou por desagregar o sistema do mundo da vida. A modernidade, em seu processo de secularização, emancipou a ciência, a jurisprudência e a arte, transformando-as em sistemas autônomos. Dentro das relações sociais, as estruturas sistêmicas acabaram por desconsiderar os meios de entendimento linguístico-comunicativos (contato social possível) e, conseqüentemente, os critérios prático-morais, suprimindo a intersubjetividade (Habermas, 2012).

Especificamente, os sistemas burocrático e econômico adquiriram autonomia e impuseram sua racionalidade ao mundo da vida, mediatizando-o e o colonizando. O mundo da vida foi tecnizado, acarretando a perda de liberdade e sentido (Habermas, 2012).

Dentro da perspectiva da racionalidade instrumental, baseada na eficiência e no utilitarismo, o subsistema econômico coordena ações com base na estratégia da troca e compensação (mercantilização), enquanto o subsistema burocrático coordena recorrendo à estratégia do poder (Habermas, 2012).

Nessa perspectiva, o surgimento e a conseqüente popularização das novas tecnologias de Inteligência Artificial expõem dramaticamente a situação da reificação da vida a serviço da indústria cultural e do sistema mercadológico. Portanto, alerta-se para o sensível e controvertido uso da imagem de pessoas mortas sob a justificativa de lembrança e de homenagem, pois, na verdade, o

que se busca é o lucro, o ganho, inclusive com a promessa de prosperidade para quem autoriza. Como se a morte aniquilasse a humanidade daquele que deixou obras e memórias.

Reduzidos a programas, avatares em mundo real.

1.1 MORTOS COMO AVATARES

O termo “Avatar” remonta à tradição religiosa hindu, tendo origem no sânscrito *avatāra*, a manifestação corpórea/terrena de deuses. Contemporaneamente, avatar reporta-se a ações individuais no mundo eletrônico, seja por personagens de jogos ou em outras atividades no espaço do metaverso. Nas ciências da computação, o avatar é a representação do usuário no ambiente virtual, como uma experiência próxima do sensível (Sawava, 2003).

O termo não se restringe à virtualidade, como se observa na prática do Cosplay, hábito entre fãs de mangás e “HQs” de se fantasiarem de determinados tipos de personagens (processo de incorporação/potencial alegórico) em que o indivíduo assume uma “persona” (um personagem com outras características físicas e comportamentais).

Em alguns jogos eletrônicos, dá-se a oportunidade de os usuários construírem seus próprios avatares e, inclusive, fazerem grandes investimentos financeiros para determinar o formato e/ou a cor do corpo, rosto, olhos, entre outras características, podendo assumir (ou não) um perfil semelhante ao do mundo real (Waggoner, 2009).

Diante disso, questiona-se se os direitos de personalidade, de imagem e de identidade da pessoa se estendem ao avatar, repercutindo nos direitos à honra, à intimidade e à privacidade, conforme disposto no art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988, e nos artigos 11 a 21 do Código Civil de 2002.

Também é possível entender que o avatar seja tutelado pelos direitos autorais, sendo considerado não uma extensão da pessoa, mas uma criação, uma obra intelectual fruto da criatividade de seu usuário. Ao se abordar direitos autorais, considerar-se-á tanto a perspectiva patrimonial como a moral, conforme dispõe o art. 24 da Lei 9.610/1998, destacando-se que, de acordo com o estabelecido no art. 27 da referida lei, os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis.

Entretanto, a situação em análise foge desse contexto. Não se trata de uma construção intelectual/criativa ou mesmo uma “ramificação” da personalidade no metaverso. O que se observa é o ressuscitar de alguém nas mídias. É como Pablo Stolze Gagliano e Rodrigo Moraes denominam o recurso da Inteligência Artificial e do *deepfake*, ressurreição digital. Na perspectiva dos autores:

A morte não é um obstáculo nem para as religiões nem para as indústrias do entretenimento e da publicidade.

A religião católica, por exemplo, acredita na ressurreição da carne. A religião espírita, por sua vez, crê na reencarnação.

A “religião” capitalista acredita na “ressurreição digital”.

Está em alta o mercado de celebridades mortas, e o capitalismo acredita, firmemente, na “ressurreição digital”, tanto que já vem

tentando impor contratos por adesão para atores e dubladores (Gagliano e Moraes, 2023, n.p.).

O termo ressurreição, todavia, parece-nos inadequado. O que há é uma avatarização da pessoa, um retorno à ideia religiosa de avatar, a projeção de alguém, buscando o contato com o mundo real.

Uma pessoa finada é recorporificada, não pelo poder dos deuses, mas pela ação daqueles que, na atualidade, detêm o domínio do recurso tecnológico e grande influência midiática e econômica, como nos exemplos demonstrados no item 1 deste artigo.

Portanto, não se trata de Vishnu, Buda ou Cristo, mas de artistas consagrados (não são as pessoas, mas seus avatares), que ressurgem por meio de recursos tecnológicos, com a autorização dos familiares, e com a retórica nobre da homenagem. Contudo, em verdade, o que se percebe é manifestação da reificação das pessoas em favor de fins meramente mercadológicos.

2 DIREITOS DE PERSONALIDADE DOS MORTOS

Com paradigma neoconstitucionalista, resultante das profundas transformações sociais, a partir da segunda metade do século XX, o Direito Privado sujeitou-se a um redimensionamento (Direito Prospectivo e a repersonalização), compromissado com o *teleos* maior da ordem jurídica: o homem.

No Brasil, esse processo de prospecção (aplicação da norma de Direito Civil sob os imperativos principiológicos constitucionais, ou seja, a hermenêutica Civil-Constitucional) teve seu início em 1988, com a promulgação da Constituição Federal (referência axiológico-interpretativo). O sistema de Direito Civil reconhece sua sujeição à tutela de direitos fundamentais, buscando superar o primado tradicional patrimonialista (Perlingieri, 2007; Lorenzetti, 1998; Ramos, 1998).

Nesse sentido, os direitos de personalidade não mais se reduzem ao binômio capacidade e personalidade, adquirindo fundamento existencial no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, insculpido no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988. Logo, a devida tutela da proteção da personalidade (artigos 11 a 21 do Código Civil), enquanto cláusula geral, que se abre para demandas, necessidade e compreensões futuras, só se efetiva com o devido respeito aos direitos fundamentais, como expõe o Enunciado n. 274, da IV Jornada de Direito Civil:

Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação (Brasil, 2012, p. 49).

Repisando, é cláusula geral, pois transcende o rol taxativo do art. 5º da Constituição de 1988 e dos art. 11 a 21 do Código Civil de 2002, abrindo-se semanticamente à dinâmica social, às mudanças do processo relacional dinâmico

(direitos de personalidade são líquidos e infinitos), considerando matricialmente que os direitos à vida, à honra, às integridades física e psíquica, à privacidade e à intimidade, quando respeitados, concretizam a dignidade humana.

Os direitos de personalidade são extensão de direitos existenciais, que não se reduzem ao solipsismo, mas são intersubjetivos, com dimensão coletiva/difusa (socialização/personalidade como qualidade da condição humana). A demanda existencial dos direitos de personalidade, como cláusula geral, se evidencia com a questão do uso da imagem do morto no processo de avatarização.

A vida é o marco decisivo da titularidade de direitos (pessoa natural) e de seus direitos inerentes (personalidade), iniciando-se com o nascimento com vida e tendo seu fim com a morte. Em sentido amplo, há três categorias jurídicas de morte: a real, civil e presumida.

A morte real é física. Trata-se da cessação da vida de forma palpável e constatável (óbito comprovado), pelo fenecimento das atividades cerebrais e biológicas, conforme estabelecido na Lei n. 9.434 de 1997 e ratificado na doutrina de Caio Mário da Silva Pereira, para quem “[...] A vida do indivíduo está subordinada à atividade cerebral. E enuncia que a vida termina com a “morte cerebral”, ou morte encefálica. A ciência admite que, ocorrendo esta, será lícita a remoção de órgãos para fins de transplante, ou outras finalidades científicas” (Pereira, 2019, p. 189).

A personalidade civil termina com a morte física, deixando o indivíduo de ser sujeito de direitos e obrigações. Constatado clinicamente o óbito, é lavrada a certidão (ato do oficial do Registro Civil, sem o qual não se faz o sepultamento), sendo formalizado o fim do *status* jurídico, nos termos do art. 9º, I, do Código Civil de 2002.

A morte civil, em princípio, não é mais reconhecida no direito brasileiro. Esse instituto remonta a tradições pré-modernas vinculadas ao esquecimento social da pessoa, quando era reconhecida a perda da personalidade ainda com vida, como se a pessoa estivesse morta. Para Francisco Amaral:

O direito moderno não aceita a morte civil, que era a perda de personalidade por outros motivos que não o falecimento, como ocorria, no direito romano, quando a pessoa se tornava escrava ou, no direito moderno, com a prisão perpétua, o banimento ou a profissão religiosa (Amaral, 2018, p. 326).

Esse também é o entendimento de Nelson Rosenvald e Felipe Braga Neto, para quem:

O *Code de Napoleón* (1804), em sua redação original, previa a morte civil. Naturalmente, uma tal sanção seria, na atualidade, claramente afrontosa à dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil. Aliás, Teixeira de Freitas, nosso genial civilista do século XIX, sempre louvado por Pontes de Miranda, já considerava a morte civil “uma monstruosa instituição” (Rosenvald e Braga Neto, 2021, p. 68).

Entretanto, há quem defenda a existência, no Código Civil de 2002, de ecos dessa forma de morte, a exemplo da indignidade do filho e da exclusão sucessória, como se morto estivesse.

Por fim, há a morte presumida quando, em certas ocasiões, não se consegue provar a morte real. Nesse tipo de situação, o desaparecimento da pessoa ocorre em condições de extremo perigo, podendo ser determinada com base no rito da ausência, conforme estabelecido no arts. 22 a 39, do Código Civil.

Destaca-se que os principais efeitos do fim da personalidade são a dissolução conjugal, o regime de bens e a extinção do poder familiar e dos contratos personalíssimos. É importante ressaltar que o brocardo romano *mors omnia solvit* (a morte dissolve tudo) não se aplica ao Direito Civil contemporâneo.

Mesmo com a morte, na forma prevista nos artigos 6º e 7º do Código Civil de 2002, são resguardados direitos de personalidade em um aspecto objetivo, como o direito à honra, à imagem ou à privacidade (Tepedino, 2021). Essa perspectiva também é ostentada na importante obra de Francisco Amaral, para quem:

Discute-se a possibilidade de prolongamento da personalidade após a morte da pessoa para proteger-lhe os respectivos direitos da personalidade, e para justificar a condenação à ofensa moral contra o morto. Procura-se, assim, garantir o seu direito à honra e à reputação, agindo o respectivo cônjuge, ou os herdeiros, em nome e no interesse do defunto. A personalidade humana existe, assim, antes do nascimento e projeta-se para além da morte (Amaral, 2023, p. 327).

No REsp 521.697/RJ, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a tutela dos direitos de personalidade *post mortem* de pessoas de reputação notória, tendo os familiares o direito postulatório a danos morais e materiais contra os agressores. De acordo com a Corte da Cidadania:

Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem e a honra de quem falece, como se fossem coisas de ninguém, porque elas permanecem perenemente lembradas nas memórias, como bens imortais que se prolongam para muito além da vida, estando até acima desta (Brasil, 2006, p. 1-2).

Os familiares, em especial os herdeiros, são legítimos defensores dos interesses do morto e devem guardar os direitos constitucionais de personalidade, pois a dignidade se mantém residualmente por meio do respeito à integridade ao corpo e às diversas dimensões da memória, tendo o direito, inclusive, conforme disposto no art. 943, do Código Civil de 2002, de exigir reparação em caso de evento danoso. É importante salientar que não se trata de transmissão de direitos de personalidade, mas do direito de ação. Nessa perspectiva, no âmbito do REsp 705.870/MA, o STJ entendeu que:

Nos termos dos arts. 12 e 943 do Código Civil de 2002 (art. 1.526 do Código Civil de 1916), o direito de exigir a reparação de dano moral é assegurado aos sucessores do lesado, transmitindo-se com a herança. O direito que se sucede é o de ação, de reparação, que possui natureza patrimonial, e não o direito moral em si, que é personalíssimo e, portanto, intransmissível (Brasil, 2013, p. 1).

O objeto da proteção é a memória do morto, a presença deixada, sendo sua honra objetiva (reputacional), sua identidade/história e imagem violadas pela agressão promovida por terceiro. Assim, o morto é o titular do direito violado (Tucci, 2006). A personalidade não se extingue completamente com a morte, existindo dentro de uma concepção estática de existência e dignidade residual (os existencialistas chamam de presença). Também é importante apresentar a visão do Professor José de Oliveira Ascensão, segundo a qual a tutela da memória do morto não se imiscui com os direitos de personalidade dos familiares vivos (Ascensão, 1997).

Justificativa inversa poderia não só subverter a própria natureza dos direitos de personalidade, como exporia uma reificação/mercantilização da identidade do morto e a tornaria objeto de disponibilidade da família e até mesmo de terceiros. Por essa lógica, cumpre ratificar que os direitos de personalidade, sob os paradigmas do neoconstitucionalismo e da repersonalização, são expressões da dignidade da pessoa humana, devendo ser tratados como direitos fundamentais e gozando das prerrogativas de indisponibilidade, intransmissibilidade e irrenunciabilidade (Bittar, 2015; Schreiber, 2014).

Portanto, os direitos de personalidade do morto devem ser guardados pela família, pois não são objeto de disposição. Assim, a violação à memória, ao direito de imagem e à honra da pessoa falecida, no caso da cantora Elis Regina, seria uma clara infração aos direitos de personalidade, na perspectiva do art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988.

Regina Beatriz Tavares da Silva posiciona-se de forma distinta, defendendo que os herdeiros possuem o direito de autorizar o uso da imagem. De acordo com a autora:

[...] parece evidente que a filha de Elis, Maria Rita, por estar na mesma publicidade, autorizou o uso da imagem e da voz da mãe. Portanto, numa primeira vista, nada a fazer, no caso, no âmbito do Direito Civil, a não ser que outro filho de Elis Regina impugnasse a utilização da imagem da mãe, mas, ao que consta todos concordaram com o uso da imagem da cantora (Silva, 2023, n.p.).

Para Regina Beatriz Tavares da Silva, há a possibilidade do uso de cláusulas extrapatrimoniais em testamento para se evitar a celeuma sobre a (in)disponibilidade da imagem e identidade do falecido. A autora destaca que: a) Whoopi Goldberg determinou em seu testamento que ninguém faça a criação de holograma digital com sua imagem; b) que Robin Williams (morto em 2014) autorizou em testamento a forma como sua imagem poderá ser utilizada em propagandas e filmes; e c) que Madonna proibiu em testamento o uso de hologramas com sua imagem,

após sua morte. Na perspectiva da mencionada civilista, o testamento pode ser um documento que comporta disposições de ordem pessoal com caráter não patrimonial (Silva, 2023).

Na mesma linha de Regina Beatriz Tavares da Silva, destaca-se que Pablo Stolze Gagliano e Rodrigo Moraes reconhecem a possibilidade jurídica do uso de testamento autorizando o uso *post mortem* da imagem e voz. Porém, levantam dúvidas sobre a disposição dos sucessores sem autorização documental prévia (Gagliano e Moraes, 2023).

A Lei n. 13.709/2018, também conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD, visa, prioritariamente, garantir proteção aos direitos de personalidade de pessoas naturais, existindo omissão quanto à proteção dos dados pessoais de pessoas falecidas. De forma preocupante, o Superior Tribunal de Justiça, no RHC n. 86.076/MT, entendeu pela inexistência do direito ao sigilo e à privacidade de pessoa morta. Com base no acórdão da Corte Superior, "Não há ilegalidade na perícia de aparelho de telefonia celular pela polícia, sem prévia autorização judicial, na hipótese em que seu proprietário - a vítima - foi morto, tendo o referido telefone sido entregue à autoridade policial por sua esposa" (Brasil, 2017, p. 1).

É importante ressaltar que o direito de imagem a ser tutelado não se confunde com os direitos morais do autor morto. Os herdeiros possuem o uso, o gozo e a disposição sobre os direitos patrimoniais, mas sempre resguardando a integridade da obra.

O direito patrimonial, transferido *causa mortis*, decai em 70 anos, a contar no início do ano subsequente ao falecimento, conforme art. 96, da Lei n. 9.610 de 1998. Após a finalização do prazo legal, a obra adquire dimensão cultural-social, tornando-se de domínio público. Em suma, a obra é expressão existencial consolidada (Menezes e Oliveira Junior, 2012).

O prazo de 70 anos acima destacado somente se refere aos direitos patrimoniais do autor, não se aplicando, portanto, aos direitos morais, que são perpétuos e de exercício ilimitado no tempo. Assim, a proteção contra o dano moral do autor, mesmo após seu falecimento, é imprescritível. De acordo com Pablo Stolze Gagliano e Rodrigo Moraes:

Vale dizer que uma obra caída em domínio público não consiste em *res nullius* (coisa sem dono). Precisa, portanto, de zelo, já que não somente reflete a personalidade do autor falecido como, também, representa a memória cultural de um povo, conforme dispõe o art. 216, III, da Constituição Federal.

Após a morte do autor, portanto, pode-se afirmar que se perpetuam tão somente os direitos morais à paternidade e à integridade (Gagliano e Moraes, 2023, p. 4).

Nesse sentido, os herdeiros, como guardiões da integridade moral da obra e da memória do autor falecido, devem reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra; a vinculação nominal ou do pseudônimo; o ineditismo da obra; sua inteireza e integridade (Branco e Paranaguá, 2009).

Por fim, sustenta-se que a imagem, a memória e a identidade do autor não fazem parte do rol dos direitos autorais, pois não se trata da obra, de construção criativa, mas da parte existencial, mesmo residual do que outrora foi uma pessoa. Nessa perspectiva e em consonância com as lições de Gagliano e Moraes (2023, p. 12): “[...] aos herdeiros não se transmitem, propriamente, direitos da personalidade do falecido, mas, tão somente, a legitimidade para atuar em sua defesa”.

Portanto, o uso da imagem ou da voz de pessoa morta, mediante a utilização de técnicas de Inteligência Artificial, para construção de novas performances artísticas ou publicitárias, operando a “ressurreição digital” do falecido, sob o argumento de que se trata de homenagem/tributo ao morto, é um tipo de situação que precisa ser analisada com muita cautela, tendo em vista a importância de se resguardar os direitos de personalidade, que, conforme a Ministra Nancy Andrighi, são “[...] inalienáveis, vitalícios, intransmissíveis, extrapatrimoniais, irrenunciáveis, imprescritíveis e oponíveis *erga omnes*” (Brasil, 2010, p. 1). Nessa perspectiva, para Nelson Rosendal e Felipe Braga Neto, “As democracias constitucionais contemporâneas - com a contribuição dos princípios e regra de direito civil - não toleram qualquer tentativa de coisificar a pessoa humana. Observa-se, em nosso século, uma filtragem ética dos institutos de direito civil” (Rosendal e Braga Neto, (2021, p. 72).

CONCLUSÃO

Conforme destacado no decorrer do texto, o morto inexoravelmente tem certos direitos de personalidade garantidos pelo ordenamento jurídico brasileiro. São direitos carregados de objetividade, tais como: direito à reputação, à imagem, à identidade, ao nome e à memória.

Independentemente do fundamento jurídico de proteção, os art. 12 e 21, do Código Civil, reconhecem que aos familiares (em especial os herdeiros) cabem a guarda dos direitos de personalidade do morto. Destaca-se, conforme ficou evidenciado, que são guardiões, não titulares, pois não têm pleno exercício sobre esses direitos.

No caso da propaganda envolvendo a cantora Elis Regina, não ocorreram disposições sobre direitos autorais, mas especificamente o uso da sua imagem e a exploração da sua memória com fins claramente comerciais. Ou seja, pelo recurso de *deepfake*, a cantora foi avatarizada, não se tratando da pessoa, mas de uma dublê se passando por ela na peça publicitária, que dividiu opiniões na internet.

Nesse contexto, o direito moderno apresentou-nos uma nova dimensão de sagrado, o não religioso, o civil (Crippen, 1988; Evans, 2003), tendo como fim valorativo o Homem.

A dignidade é o sagrado secular, a exaltação do emancipacionismo como soberania individual. É o direito de autodeterminação, sustentado na isonomia, um padrão de nivelamento entre os indivíduos que afiança a vida autêntica e a pluralidade em sociedade. Autenticidade e pluralidade estas que se escoram na Razão secular lógico-teórico, de fulcro epistêmico, para o seu aprimoramento moral (racionalidade procedimental). A Razão, como expressão Moral, garante o exercício autorresponsável do livre arbítrio. A liberdade, enquanto forma racional, é autorregulativa.

A inviolabilidade da dignidade da pessoa e de seus princípios fundamentadores é imperativo moral racional reconhecido pelo Direito. Tem valor compartilhado e intangível, ou seja, é Sagrado Secular.

O sagrado constitucional é a Humanidade, o *homo humanus*, não sendo exclusivo dos indivíduos, mas um direito/valor com dimensão difusa. Logo, os direitos existenciais e os direitos de personalidade afiançam a intangibilidade da Dignidade, desde a concepção ao *post mortem*.

A escola de Frankfurt, em suas diversas gerações, alertou para reificação (coisificação) das relações de trabalho, da produção artística e das relações sociais (aquilo que Habermas denomina de colonização econômica do mundo da vida). A transformação da força criativa, da autonomia humana em mercadoria (fetiche da mercadoria).

Essa coisificação se faz presente na indústria cultural, especificamente cinematográfica, e nas mídias publicitárias, com a avatarização de pessoas mortas. Definitivamente, não se trata de um tributo à memória, ou de uma honraria, mas de um instrumento de promoção mercadológica, que expõe a memória do morto, sua história, sua identidade e sua honra objetiva com o intuito de promover produtos e obter lucro.

Por fim, o Direito, como instrumento de controle, deve responder a esse tipo de situação por meio do cerceamento, pois como já diziam os antigos: de boas intenções o inferno está cheio.

REFERÊNCIAS

ADORNO, T. W.; HORKHEIMER, M. *Dialética do esclarecimento*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

ADOROCINEMA. *Chris Evans, Elijah Wood e outros artistas criticam novo filme com James Dean em CGI*. 2019. Disponível em: <https://www.adorocinema.com/noticias/filmes/noticia-151647/>. Acesso em: 24 jul. 2023.

AFONSO, F. *O rejuvenescimento digital de atores velhos precisa acabar!* 2017. Disponível em: <https://medium.com/chupetadepipoca/rejuvenescimento-digital-hollywood-atores-velhos-efeitos-visuais-computa%C3%A7%C3%A3o-gr%C3%A1fica-a55d9867c63f>. Acesso em: 24 jul. 2023.

AMARAL, F. *Direito civil: introdução*. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. Disponível em: <https://stj.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553602100/>. Acesso em: 25 jul. 2023.

ARENDT, H. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

ASCENSÃO, J. O. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Editora Coimbra, 1997.

BITTAR, C. A. *Os Direitos da personalidade*. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva Jus, 2015.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: enunciados aprovados*. Brasília: CJF, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jul. 2023.

BRASIL. *Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997*. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Brasília, DF, 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm#:~:text=Comprar%20ou%20vender%20tecidos%2C%20%C3%B3rg%C3%A3os,qualquer%20vantagem%20com%20a%20transa%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 25 jul. 2023.

BRASIL. *Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.610%2C%20DE%2019%20DE%20FEVEREIRO%20DE%201998.&text=Altera%2C%20atualiza%20e%20consolida%20a,autorais%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs.&text=Art.%201%C2%BA%20Esta%20Lei%20regula,os%20que%20lhes%20s%C3%A3o%20conexos. Acesso em: 25 jul. 2023.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 25 jul. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 521.697/RJ*. Recorrente: Editora Schwarcz LTDA e outros. Recorrido: os mesmos. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2006. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=904173&num_registro=200300533543&data=20060320&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 25 jul. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 705.870/MA*. Recorrente: Maria do Socorro Campos Naufel. Recorrido: Leonardo Afonso de Freitas e Outros. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, DF, 23 de abril de 2013. Disponível em: https://intranet.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=24017039&num_registro=200401671731&data=20130423&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 27 jul. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 807849/RJ*. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 24 de março de 2010. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5995681&num_registro=200600032847&data=20100806&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 8 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC n. 86.076/MT*. Recorrente: Rosenildo Pereira Gomes. Recorrido: Ministério Público do Estado do Mato Grosso. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Brasília, DF, 19 de outubro de 2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701528146&dt_publicacao=12/12/2017. Acesso em: 25 jul. 2023.

CITRON, D. K.; CHESNEY, R. Deep fakes: A looming challenge for privacy, democracy, and national security. *California Law Review*, v. 107, n. 6, p. 1753, 2019. Disponível em: https://scholarship.law.bu.edu/faculty_scholarship/640.

COMO foi feito o holograma de Tupac Shakur que impressionou o mundo? *Tecmundo*, 2012. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/holografia/22409-como-foi-feito-o-holograma-de-tupac-shakur-que-impressionou-o-mundo-.htm>. Acesso em: 24 jul. 2023.

CONAR abre processo ético contra Volks por imagem de Elis em comercial: com uso de inteligência artificial, cantora, que morreu em 82, aparece dirigindo e cantando ao lado da filha, Maria Rita. *Migalhas*, 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/389733/conar-abre-processo-etico-contravolks-por-imagem-de-elis-em-comercial>. Acesso em: 24 jul. 2023.

CRIPPEN, T. Old and new gods in the modern world: toward a theory of religious transformation. *Social Force*, v. 67, n. 2, dez. 1988.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Copyright Registration Guidance: Works Containing Material Generated by Artificial Intelligence. *United States Copyright Office*, Washington, DC, v. 88, n. 51, 2023. Disponível em: https://www.copyright.gov/ai/ai_policy_guidance.pdf. Acesso em: 25 jul. 2023.

EVANS, M. T. The Sacred: differentiating, clarifying and extending concepts, *Review of Religious Research*, v. 45, n. 1, 2003.

FALHAS técnicas marcam show com holograma de Renato Russo. *Tecmundo*, 2013. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/holografia/41457-falhas-tecnicas-marcam-show-com-holograma-de-renato-russo.htm>. Acesso em: 24 jul. 2023.

GAGLIANO, P. S.; MORAES, R. Inteligência Artificial e os seus impactos no Direito Civil e no Direito Autoral. *Migalhas*, 2023. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2023/7/B0636E689B5A3C_Artigo-InteligenciaArtificiale.pdf. Acesso em: 26 jul. 2023.

G1. Economia. Elis Regina aparece cantando ao lado da filha Maria Rita em campanha feita com inteligência artificial. *G1*, 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/midia-e-marketing/noticia/2023/07/04/elis-regina-appeare-cantando-ao-lado-da-filha-maria-rita-em-campanha-da-volkswagen-feita-com-inteligencia-artificial.ghtml>. Acesso em: 24 jul. 2023.

HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2.

HABERMAS, J. *Teoria do agir comunicativo*. São Paulo: WMF, Martins Fontes, 2012. v. 2. p. 215-240.

HONNETH, A. *Reificação: um estudo da teoria do reconhecimento*. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

HORKHEIMER, M. *Eclipse da razão*. São Paulo: Centauro, 2002.

LORENZETTI, R. L. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: RT, 1998.

LUKÁCS, G. *História e consciência de classe: estudos de dialética marxista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elfos, 1989.

MENEZES, J. B.; OLIVEIRA JUNIOR, V. P. A. Limites ao direito autoral post mortem. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, n. 11, p. 404-428, 2012. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/268>. Acesso em: 22 jul. 2023.

NEVES, M. Luhmann, Habermas e o Estado de Direito. *In: CONGRESSO BRASILEIRO DE FILOSOFIA*, 5., 1995, São Paulo. *Anais [...]*. São Paulo: USP, 1995. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n37/a06n37.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2023.

O NOVO sempre vem: "Não podemos ter medo do novo", diz advogada sobre comercial com Elis. *Migalhas*, 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/389777/nao-podemos-ter-medo-do-novo--diz-advogada-sobre-comercial-com-elis>. Acesso em: 26 jul. 2023.

PARANAGUÁ, P.; BRANCO, S. *Direitos autorais*. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

PEREIRA, C. M. *Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil - Teoria Geral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Grupo Gen, 2019. v. 32.

PERLINGIERI, P. *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RAMOS, C. L. S. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, L. E. (coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ROSENVALD, N.; NETTO, F. B. *Código Civil Comentado*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

SAWAVA, M. R. *Dicionário de informática e internet*. 3. ed. São Paulo: Nobel, 2003.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. rev. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, R. B. T. Memória da pessoa falecida em deepfake de Elis Regina. *Migalhas*, 27 jul. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/390642/memoria-da-pessoa-falecida-em-deepfake-de-elis-regina>. Acesso 27 jul. 2023.

TEPEDINO, G. Início e fim da personalidade. In: TEPEDINO, G. *Fundamentos do Direito Civil: teoria geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. v. 1, cap. 7, p. 118.

TUCCI, J. R. C. Tutela jurisdicional da personalidade post mortem. *Revista dos Tribunais*, v. 845, 2006.

TURNÊ do holograma de Amy Winehouse tem estreia suspensa por tempo indeterminado. *Radio Rock*, 2019. Disponível em: <https://www.radiorock.com.br/2019/02/22/turne-do-holograma-de-amy-winehouse-tem-estreia-suspensa-por-tempo-indeterminado/>. Acesso em: 24 jul. 2023.

VASCONCELOS, P. P. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006.

WAGGONER, Z. *My avatar, my self - Identity in video role-playing games*. Jefferson: MacFarland and Company, 2009.

A UNIDADE DO SISTEMA DECISÓRIO: O ENTENDIMENTO DO STJ NA RECLAMAÇÃO 36.476/SP NO UNIVERSO DOS PRECEDENTES VINCULANTES

Lucas Oliveira Faria*
Marcelo Rodrigues Mazzei**
Sebastião Sérgio da Silveira***

RESUMO

Este artigo analisará o julgamento da Reclamação 36.476/SP, decidida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 2020, em que o Tribunal adotou o entendimento de que não é cabível a reclamação para garantir a adequada aplicação de precedentes fixados pelo STJ a partir de julgamento de recursos especiais repetitivos. Neste diapasão, a partir de método dedutivo, com utilização de procedimento bibliográfico e documental, analisar-se-á o entendimento adotado pela Corte, em quatro partes: de início, realizar-se-á uma pequena introdução sobre o NCPC e as balizas fixadas por este no que toca à prestação jurisdicional; em seguida, analisar-se-á a visão tradicional dos chamados precedentes e como se inserem no contexto brasileiro e discorrer-se-á sobre a relação da reclamação com os referidos precedentes, com destaque à sua função de uniformização da prestação jurisdicional e, por fim, analisar-se-á a decisão do Superior Tribunal de Justiça, buscando responder se esta satisfaz a lógica de precedentes vinculantes. A investigação demonstrou que a Reclamação 36.476/SP desprestigia a lógica de precedentes vinculantes instituída pelo NCPC, isto porque retira instrumento apto a garantir a vinculatividade dos julgados que gozam de tal estatura o que, por si só, prejudica a unidade do sistema decisório.

Palavras-chave: precedentes; reclamação; uniformidade.

Data de submissão: 16/04/2023

Data de aprovação: 15/06/2023

* Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP).

** Doutor em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP).

*** Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

THE DECISION-MAKING SYSTEM UNIT: AN ANALYSIS OF STJ UNDERSTANDING IN CLAIM 36.476/SP IN THE UNIVERSE OF PRECEDENTS BINDING

Lucas Oliveira Faria
Marcelo Rodrigues Mazzei
Sebastião Sérgio da Silveira

ABSTRACT

This article will analyze the judgment of Complaint 36,476/SP, decided by the Superior Court of Justice (STJ) in 2020, in which the Court adopted the understanding that the claim is not appropriate to ensure the proper application of precedents set by the STJ from judgment of repetitive special features. In this tuning fork, using a deductive method, using a bibliographic and documentary procedure, the understanding adopted by the Court will be analyzed, in four parts: initially, there will be a small introduction about the NCPC and the fixed marks by this in what concerns the jurisdictional provision; then, the traditional view of the so-called precedents will be analyzed and how they fit into the Brazilian context, and the relationship of the claim with the aforementioned precedents will be discussed, with emphasis on their function of standardizing the jurisdictional provision and, by Finally, the decision of the Superior Court of Justice will be analyzed, seeking to answer whether it satisfies the logic of binding precedents. The investigation showed that Complaint 36.476/SP discredits the logic of binding precedents instituted by the NCPC, this because it removes an instrument able to guarantee the binding of judgments that enjoy such stature which, in itself, undermines the unity of the decision-making system.

Keywords: precedents; claim; uniformity.

Date of submission: 16/04/2023

Date of approval: 15/06/2023

INTRODUÇÃO

Uma das importantes características do Novo Código de Processo Civil (NCPC) é trazer instrumentos que busquem garantir a uniformidade da prestação jurisdicional a partir de uma jurisprudência estável, íntegra e coerente, com fins de garantir ao jurisdicionado decisões de mais previsibilidade e isonomia além, claro, de segurança jurídica.

Dentre as ferramentas para garantir que os juízes e tribunais decidam de forma íntegra e coerente, o legislador trouxe, ao sistema processual brasileiro, os chamados precedentes vinculantes, devidamente enumerados no Art. 927 do novo *Codex* que inclui: as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) em controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamentos de recurso extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do STF, em matéria constitucional, e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em matéria infraconstitucional, e, por fim, a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Com a inclusão do Art. 927 do NCPC houve - e ainda há - relevantíssima discussão no meio jurídico acerca dos chamados "precedentes", instituídos pela novel legislação, isto porque, a par de trazerem notória inspiração no *common law*, é certo que os precedentes brasileiros são, por sua própria estrutura e razão de ser, ferramenta diferenciada dos irmãos da tradição norte-americana.

Isto porque, como demonstrar-se-á no decorrer deste artigo, a tradição do *common law* encara os precedentes como algo construído a partir da prática decisória, razão pela qual se valoriza - em demasia - as circunstâncias fáticas do *leading case* e também a compatibilidade desta com os futuros casos em que se aplicará o precedente gerado e, claro, há profunda consideração da *ratio decidendi* tanto para a evolução criadora, como para a aplicação do precedente.

A par disso, voltando ao NCPC, é possível denotar que este não só estabeleceu os chamados precedentes vinculantes, como também municiou o jurisdicionado de ferramentas aptas a garantir a observância de tais decisões, entendidas como vinculadoras das autoridades judiciais. Dentre estas ferramentas, encontra-se a reclamação, notoriamente reestruturada e ampliada no NCPC.

Com fins de evitar o descumprimento de certos entendimentos pretensamente vinculantes pelos órgãos do Poder Judiciário, como no caso dos julgamentos de recurso especial e extraordinário repetitivos, o legislador previu que, quando do desrespeito, seria cabível a apresentação de reclamação para a Corte de Precedentes que o originou, seja o STJ ou o STF.

Todavia, como bem se sabe, o NCPC recebeu alterações ainda no seu período de vacância, com o advento da Lei Federal 13.256/16, que modificou as hipóteses de cabimento da reclamação, deixando claro que apenas seria cabível a apresentação de reclamação constitucional, face à decisão que desrespeita precedente proveniente de recurso especial e extraordinário repetitivo, se esgotadas as instâncias ordinárias, conforme redação do Art. 988, §5º, inciso II.

É sabido que a Lei Federal 13.256/16 surgiu em decorrência da grande pressão dos Tribunais Superiores frente ao NCPC, recentemente aprovado pela crença de que este aumentaria em demasia o volume de trabalho daqueles - agora

Cortes de Precedentes - razão pela qual, além de inúmeras outras mudanças, como o retorno do juízo de admissibilidade dos recursos extraordinários *lato sensu*, também foi restringido o cabimento da reclamação no caso dos julgamentos de recurso especial e recurso extraordinário repetitivos.

O presente artigo busca analisar, com base no retrospecto supramencionado, a decisão proferida pelo STJ no Reclamação 36.476/SP em que se decidiu, apesar da disposição expressa do Art. 988, §5º, inciso II do NCPC, que não é cabível a reclamação ao STJ em casos de decisões que não observem os precedentes da corte, fixados em julgamentos de recursos especiais repetitivos.

Com o objetivo fixado, a análise dividir-se-á em quatro momentos: de partida, serão analisadas, no NCPC, as balizas fixadas pelo novo código, com destaque à busca de uniformização de jurisprudência íntegra, estável e coerente, e as ferramentas trazidas para este intento, em seguida, analisar-se-á, com mais destaque, uma destas ferramentas, qual seja, os precedentes vinculantes e como estes se inserem no direito brasileiro. Após, discorrer-se-á sobre a reclamação e sua importância na garantia da uniformização da jurisprudência e, por fim, analisar-se-á a decisão do STJ, buscando responder se esta satisfaz a lógica de precedentes vinculantes introduzida pela novel legislação.

A metodologia da investigação se baseará em método de abordagem dedutivo, acompanhado de método de procedimento consistente em levantamento bibliográfico em livros e bases atualizadas de periódicos, assim como análise documental do julgado.

1 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A ESTABILIDADE, INTEGRIDADE E COERÊNCIA DO SISTEMA DECISÓRIO

O sistema processual brasileiro, com o advento do NCPC, passou uma significativa mensagem no tocante às melhorias que eram buscadas na prestação jurisdicional, tendo em vista a nova legislação desenvolvida.

Uma dessas melhorias, por certo, fixava-se na uniformização de jurisprudência, com fins de conferir estabilidade, integridade e coerência ao sistema decisório.

É certo que o país vive um excesso de judicialização, muito pelo estímulo da conduta conflituosa para a resolução dos conflitos, sendo a busca pela uniformização de jurisprudência uma das medidas, inclusive, para reduzir o excesso de processos e, ao mesmo tempo, propiciar um acesso à justiça de qualidade.

Como ensina a melhor doutrina, a uniformização de jurisprudência atende à segurança jurídica, à previsibilidade, à estabilidade, ao desestímulo à litigância excessiva, à confiança, à igualdade perante a jurisdição, à coerência, ao respeito à hierarquia, à imparcialidade, ao favorecimento de acordos, à economia processual (de processos e de despesas) e à maior eficiência (Neves, 2019, p. 1388).

E a busca de um acesso à justiça - que não se resume a chegar ao Judiciário, mas se consubstancia com o recebimento de uma tutela jurisdicional justa e

célere - depende, necessariamente, de uma prática decisória que seja uniforme, íntegra e coerente.

A coerência relaciona-se diretamente com a consistência lógica que os julgamentos devem manter entre si¹, de modo que situações fáticas semelhantes devem receber soluções jurídicas semelhantes, enquanto a integridade consiste na construção de argumentações integradas ao direito (Andreassa Junior, 2019).

A ideia de integridade é melhor explorada a partir dos escritos de Robert Dworkin, importante teórico da interpretação e decisão judicial, que - ainda que não destituísse a norma de espaço interpretativo - entendia que a transformação do texto normativo em norma se dava a partir de um processo interpretativo, que deveria levar em conta as normas pré-existentes, como destaca o autor:

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. (Dworkin, 1999, p. 274)

Desse modo, o intérprete, para chegar à norma, deveria percorrer inúmeras etapas e, para que fosse mantida a coerência, deveria se ater ao já decidido, ao caso presente e, também, ao futuro, trazendo uma interessante analogia, como se lê:

Neste âmbito, o autor começa com uma analogia a um romance em cadeia. Neste romance, cada autor seria responsável por escrever um capítulo após o outro, de modo que devesse manter coerência com a história anteriormente escrita por outro autor, ao tempo que também gozaria de certa liberdade para traçar o futuro da obra. Com esta analogia, Dworkin quer mostrar que o juiz, ao decidir um caso, deve se ater às razões pretéritas, presentes e futuras, porém, encontrando certa margem de liberdade para traçar a interpretação da norma jurídica, encontrando-se preso ao direito vigente e aos precedentes já existentes (PUGLIESE; PESSOA 2019, p. 578).

E já é ponto pacífico que o julgador tem balizas às quais deve se fixar, sendo o respeito às decisões anteriores um dos pontos a se observar quando da decisão de um caso concreto, assim como a própria legislação, pois, ainda que o magistrado traga consigo certa função criativa, quando do exercício da

¹A coerência impõe o dever de autorreferência, portanto: o dever de dialogar com os precedentes anteriores, até mesmo para superá-los e demonstrar o distinguishing. O respeito aos precedentes envolve o ato de segui-los, distingui-los ou revoga-los, jamais ignorá-los" (Didier Júnior, 2017, p. 435).

interpretação, este não pode atuar como se legislador fosse e criar, por si só, o direito a ser aplicado (Abboud; Vaughn, 2019).

Assim sendo, é correto afirmar que, mesmo em sistemas cuja tradição é a *civil law*, eles guardam consigo certo respeito às decisões judiciais, ainda que o que prevaleça seja o direito legislado, pois - mesmo com a prevalência da lei - o respeito às decisões judiciais tem como objetivo garantir a uniformidade, baseada na coerência e integridade do sistema judicial. Afinal de contas, as decisões judiciais nada mais são do que a adequada interpretação do texto normativo e sua transmutação em norma aplicável aos casos julgados.

Ocorre que, no Brasil, são reiterados os descumprimentos de entendimentos firmados pelos órgãos do Poder Judiciário, o que reforça o excesso de judicialização e, ainda mais, acaba por não conferir ao cidadão uma tutela jurisdicional que, realmente, proporcione-lhe acesso à justiça.

Essa instabilidade também gera uma reação em cadeia: quanto menos forem levadas a sério as decisões dos tribunais, principalmente as proferidas pelos Tribunais Superiores, maior será o índice quantitativo de postulações que baterão às portas do Poder Judiciário, o que será considerado pelos jurisdicionais, em geral, e pelos litigantes contumazes, em particular, um sinal verde para tentar a sorte na postulação da tutela de seu interesse perante o Estado-juiz (por meio de petição inicial ou pela via recursal) (Abboud; Vaughn, 2019, p. 210).

Esse excesso de decisões proferidas pelos Tribunais Superiores também corrobora para os rumos tomados pelo legislador, quando do desenvolvimento do NCPC, e, também, das ferramentas utilizadas para garantir a tão almejada uniformidade, capaz de propiciar a melhora na eficiência da prestação jurisdicional.

Como dito alhures, o legislador adotou, para a resolução desta problemática, os chamados precedentes obrigatórios ou precedentes vinculantes, presentes no Art. 927 do NCPC, que inclui uma série de enunciados que devem, obrigatoriamente, ser observados pelos juízes e tribunais.

Aqui, focar-se-á nos julgamentos de recursos especial e extraordinário repetitivos que, conforme o Art. 928 do CPC, são entendidos como julgamento de casos repetitivos e, portanto, precedentes obrigatórios.

Com esta inovação, os recursos especiais, julgados pelo STJ sob o rito repetitivo, terão tese fixada, aplicável a todos os casos semelhantes, devendo ser obrigatoriamente observados pelos juízes e tribunais.

Diz a doutrina que, aqui, passa a existir uma tutela plurindividual, que se diferencia das tutelas coletivas e individuais já tão discutidas: "É a que excede os limites da jurisdição singular e envolve um número expressivo de sujeitos envolvidos e não chega a ser coletiva por não se respaldar na ideia de um tratamento molecular" (Côrtes, 2019, p. 3).

É a mesma ideia defendida por Rodolfo de Camargo Mancuso (2016), segundo o qual os recursos repetitivos seriam uma representação de tutela judicial plurindividual, em que seria selecionado um caso representativo e apreciada uma

tese, a partir da qual haveria efeitos em inúmeros outros casos de jurisdição singular, sem ligação entre as partes do caso paradigma e dos casos afetados.

Com o novo sistema adotado, o NCPC cria a imagem das Cortes de Precedentes, que trazem consigo o “espírito de observância das teses firmadas pelos Tribunais e, por consequência, valorizou o papel uniformizador, pacificador e fixador de teses das Cortes” (Cortês, 2019, p. 3).

Os precedentes deixam de ter eficácia persuasiva e passam a gozar de força vinculante, principalmente em razão do cabimento da reclamação, para o caso de juízes e tribunais não seguirem à risca as teses fixadas pelas Cortes de Precedentes.

Entretanto, como bem se sabe, a ideia de precedentes, que remonta ao *common law*, não foi, e ainda não é aceita pacificamente pela doutrina processualista brasileira, por muitos argumentos relacionados não só à natureza dos precedentes, mas também sua razão e forma de aplicação.

2 OS PRECEDENTES, O QUE SÃO E O QUE SÃO NO BRASIL

Os precedentes, como já dito, são ferramentas tradicionais utilizadas pela tradição do *common law*, em que há certa prevalência do direito jurisprudencializado sob o direito legislado, em contraposição ao sistema adotado no Brasil, o *civil law*, em que há maior valorização da legislação codificada.

Como destaca Zufelato (2015), a expressão “precedente” recebe significados variados, mesmo na tradição do *common law*, entretanto, há certo consenso de que o precedente corresponde à uma decisão anterior, que tem efeitos vinculantes para as decisões futuras, sendo a referida definição acompanhada por outros teóricos do direito: “No mesmo sentido, no Direito, um precedente, instituto tradicional e típico dos países sob o *common law*, é uma decisão judicial pretérita que acaba por ter relevância em casos subsequentes, servindo de referência na decisão desses casos” (Streck, 2020, p. 349).

E, uma das principais problemáticas apontadas pelos críticos do sistema de precedentes brasileiro está já no nascimento deles. Isto porque, no sistema do *common law*, não há a possibilidade de editar uma decisão e, logo após ser editada, já se ter ciência de que esta é um precedente e que, portanto, há de vincular os julgados sucessores².

Os precedentes não nascem como precedentes, ou seja, os julgados que se tornam precedentes, em um país do *common law*, não nascem com a pretensão de serem aplicados aos casos futuros, como destacam Georges Abboud e Gustavo Favero Vaughn (2019, p. 5): “O precedente não exsurge em um caso concreto

²Os precedentes são produto da evolução histórica do *common law*, surgiram com o intuito de garantir maior poder ao Judiciário frente ao rei na interpretação das leis. Desse modo, o precedente não apenas garante segurança jurídica, até porque ele é ponto de partida para as discussões dos novos casos, ou seja, ele os problematiza e não carrega o mito de que seria possível a solução diversos outros casos de maneira lógico-subsuntiva, como pretende a súmula vinculante e a reiterada atribuição legislativa de efeito vinculante para as decisões dos tribunais superiores, até mesmo porque, ao contrário dela, o precedente não se estrutura para ter aplicação pro futuro” (Abboud, 2014, p. 311).

necessariamente com a finalidade de ser aplicado a casos futuros; isso decorre de um processo histórico, que pode levar tempo”.

O NCPC, em sentido diametralmente oposto, prevê a figura de precedentes que já nascem para assim sê-lo, ou seja, julgados que fixam teses que, pela forma de fixação e pelo órgão judiciário que as fixou, devem ser aplicados a casos análogos, necessariamente. É o que chama a doutrina de “precedente doloso”, como esclarece Daniel Amorim Assumpção Neves:

Conforme vem apontando a melhor doutrina, no Brasil foi adotada outra técnica na formação dos precedentes, já que o Código de Processo Civil prevê de forma expressa e específica quais são os julgamentos que são considerados precedentes. Trata-se de “precedente doloso”, em interessante nomenclatura dada por Alexandre Freitas Câmara, ou seja, um julgamento já predestinado a ser precedente (Neves, 2019, p. 1401).

Assim sendo, os precedentes - após criados pelas Cortes de Precedentes - seriam “razões generalizáveis extraídas da justificação das decisões” (Marinoni; Mitidiero; Arenhart, 2015, p. 611), e, portanto, firmariam orientações obrigatórias para os casos posteriores.

Ocorre que os precedentes, a partir da doutrina do *stare decisis* (*like cases should be decided alike*), como esclarecem Abboud e Vaughn (2019), ao se apresentarem como norma universalizável em litígios sucessivos, demandam, ao aplicador, uma análise pormenorizada, caso a caso, acerca dos elementos que tornam a igualdade fática entre o *leading case* e o caso em que se busca aplicar a tese, em uma espécie de subsunção, exatamente para que seja possível a análise da compatibilidade ou da distinção entre os casos, o que - na última hipótese - autorizaria a não aplicação do precedente por distinção.

E, aqui, reside outro problema, muito bem destacado por Zufelato (2015), afinal de contas, os precedentes vinculantes - além de intentar garantir a uniformidade do sistema decisório, trazendo-lhe integridade, estabilidade e coerência - também buscam a economia de tempo e o aumento da celeridade dos processos, principalmente com a diminuição do acesso dos jurisdicionados às Cortes Superiores.

Essa característica de economia e celeridade, por certo, não é reconhecida pelo sistema do *common law*, pois - ao contrário do Brasil, em que se dá grande importância ao resultado dos precedentes, ou seja, simplesmente ao enunciado de tese fixado - nos países de tradição precedentalista, prepondera a análise da *ratio decidendi*³, sendo a identificação desta fundamental para a formação e aplicação dos precedentes.

³Portanto, não há aplicação mecânica ou subsuntiva na solução dos casos mediante a utilização do precedente judicial. Do contrário, não será decisão por precedente. Em outros termos, não existe uma prévia e pronta regra jurídica apta a solucionar por efeito cascata diversos casos futuros, pelo contrário, a própria regra jurídica (precedente) é fruto de intenso debate e atividade interpretativa, e, após ser localizada, passa-se a verificar se na circunstância do caso concreto que ela virá solucionar é possível utilizá-la sem que ocorram graves distorções, porque se elas ficarem caracterizadas, ela, isto é, o precedente, deverá ser afastada” (Abboud, 2014, p. 311).

Não há, no direito vigente, qualquer preocupação com a precisa identificação da *ratio decidendi* e por consequência com outras técnicas, como a distinção e a superação da regra, o que é ainda mais grave em se tratando de se tomar a súmula, na qual não há descrição da situação concreto na qual surgiu a decisão originária, como sinônimo de precedente (Zufelato, 2015, p. 99).

E, aqui, vislumbra-se outra dura crítica aos precedentes brasileiros, visto que - já que não há consideração adequada com a *ratio decidendi* e com a análise da compatibilidade fática entre os casos, mas a edição de enunciados que buscam vincular a interpretação judicial - é certo que, em verdade, estariam as Cortes de Precedentes editando normas gerais e abstratas, o que é, ao menos em tese, papel do legislador.

Mas se a base não é o common law, mas um sistema brasileiro de "precedentes", como explicar que o Judiciário se substitui ao legislador? Como dizer que o precedente é vinculante, e não a lei a que se refere o precedente no caso concreto? Como explicar que o genuíno precedente não se estabelece como solução para enfrentamento de litigiosidade repetitiva ou para fixação de teses em abstrato? (Streck, 2020, p. 355).

Nota-se, então, retomando o que já havia se discutido, que, apesar da intenção de garantir a uniformidade decisória do sistema processual brasileiro, a utilização de precedentes, que já surgem como precedentes para garantir a uniformidade e celeridade do sistema, não parece ser a estratégia mais adequada, não só por contrariar a própria tradição originária dos precedentes, mas por não conferir a adequada eficiência ao que se propõe.

Os precedentes, da forma como desenhados no Brasil, são, portanto, diferentes dos tradicionais precedentes da *common law*: primeiro, pela forma que nascem, já que nascem já com a intenção de serem precedentes vinculantes, ao invés de assim se desenvolverem com base na atividade interpretativa e na reiteração de aplicação da decisão a casos análogos, com o adequado desenvolvimento da interpretação e aplicação *da ratio decidendi*.

A segunda razão diferenciadora é pelo que buscam, já que os precedentes brasileiros buscam - além de uniformizar - garantem uma aplicação em massa da tese fixada, com fins de diminuir o número de processos e, também, o acesso às Cortes Superiores pela via recursal, o que não parece ser a intenção dos precedentes aplicados na *common law*.

Deste modo, é certo que o sistema brasileiro se distingue, da origem ao fim, do sistema de precedentes da *common law*, já que tem objetivos e características próprias, pois:

[...] cria-se uma lógica de julgamentos em série, em geral sobre matéria exclusivamente de direito, com reprodução em escala, do precedente, de modo que, no Brasil a técnica do precedente vinculante é utilizada para uniformizar a jurisprudência, trazer racionalidade ao sistema, julgar casos de massa e por

consequência acelerar a tramitação processual. (Zufelato, 2015, p. 110).

É de se concordar, portanto, a abissal diferença entre os precedentes brasileiros e os precedentes da tradição do *common law*, entretanto, também é necessário admitir que - apesar de diferente - o precedente brasileiro tem como objetivo vincular as decisões judiciais dos juízes e tribunais.

A referida vinculação muito se relaciona com a tutela plurindividual, anteriormente mencionada, e um dos principais instrumentos que garante esse caráter vinculante, por certo, é a reclamação que, com o NCPC, foi redesenhada com traços ampliatórios, para buscar garantir o caráter vinculante dos precedentes.⁴

3 A RECLAMAÇÃO E SUA NECESSIDADE PARA A UNIFORMIDADE DO SISTEMA

O Art. 988 do NCPC foi responsável por trazer os novos detalhes de procedimento e especificar as hipóteses de cabimento da reclamação que, com o novo *Codex*, foram intensamente ampliadas, havendo quem diga, inclusive, tratar-se de uma nova fase histórica do instituto no Brasil (Abboud; Vaughn, 2019).

Todavia, é certo que a busca pela uniformidade do sistema decisório convive com certa tensão quanto à intenção dos Tribunais Superiores de garantir gestão processual adequada a diminuir o volume de trabalho de tais Cortes, visto que, com a edição da Lei Federal 13.256/16 - que modificou o NCPC, antes mesmo deste entrar em vigor - houve significativa mudança no instituto da reclamação anteriormente previsto.

De início, seria cabível reclamação, em qualquer momento processual, de decisões que desrespeitassem precedentes vinculantes derivados de recursos especiais repetitivos, entretanto, houve significativa alteração no Art. 988 no tocante à apresentação da reclamação, exigindo para a apresentação, nestes casos, o esgotamento das instâncias ordinárias, o que foi entendido como retrocesso por parte da doutrina.

E tudo piorou consideravelmente em razão da Lei 13.256, de 04.02.2016, que alterou o Código de Processo Civil em sua vacância, ao modificar o cabimento da reclamação com relação a decisões que desrespeitem os precedentes obrigatórios criados em julgamento de casos repetitivos e no julgamento da repercussão geral. Com a criação de um inciso II ao §5º do art. 988 do CPC, a decisão que desrespeita precedente de repercussão geral ou de recurso especial ou extraordinário em questão repetitiva só poderá ser impugnada por reclamação se

⁴ "Assim, devemos perceber que, de modo absolutamente inovador, o CPC/2015 busca determinar um microsistema de dimensionamento da litigiosidade repetitiva e de formação de precedentes na construção de um verdadeiro direito jurisprudência embasado normativamente em deveres cooperativos de estabilidade, coerência e integridade (art. 926). A previsão normativa busca corrigir infundáveis equívocos de nosso trato das decisões dos tribunais, a começar pela completa ausência de estabilidade de entendimentos e do constante desprezo ao modo como um tribunal já vinha decidindo" (Nunes; Horta, 2017, p. 452-453).

esgotadas as instâncias ordinárias. (Neves, 2019, p. 1400).

Com a exigência do chamado “esgotamento das instâncias ordinárias”, passou-se a discutir a partir de qual decisão poderia se entender que o requisito estaria atendido. Deste modo, a majoritária doutrina passou a entender que o atendimento do requisito ocorreria quando não houvesse mais a possibilidade recursal o que, em tese, contraria o sentido estrito de “instância ordinária”, já que o simples acesso aos Tribunais Superiores já é acesso à instância extraordinária.

Apesar disso, entendeu-se que seria cabível a reclamação após o julgamento de agravo interno da decisão de inadmissibilidade do recurso especial, por entender que este está de acordo com o precedente obrigatório, visto que impedidos novos recursos especiais.

Deste modo, a reclamação exsurge como importante ferramenta, seja para garantir a observância de acórdão de recurso especial, julgado sob o rito repetitivo, seja para demonstrar a distinção nos casos em que o precedente for aplicado indevidamente pelos Tribunais (Pugliese; Pessoa, 2019).

E os escritos na área de Direito Processual Civil são claros quanto à impossibilidade de interpretação diversa ao Art. 988, §5º, inciso II, que prevê o cabimento da reclamação para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de recursos especiais repetitivos, quando esgotadas as instâncias ordinárias.

Ou seja, com as alterações da Lei 13256/2016, a reclamação não é cabível sempre e diretamente para o Tribunal Superior quando for mal aplicado um precedente (seja indeferindo um recurso especial ou extraordinário sobrestado, seja re julgando-o). Mas poderá ser cabível se a parte tentar resolver com os remédios possíveis o problema no Tribunal inferior e não conseguir (Côrtes, 2019, p. 9).

Com a alteração, que exigiu o esgotamento das instâncias ordinárias, houve o desenvolvimento da concepção de graus de vinculação entre os precedentes, inclusive, Daniel Amorim Assumpção Neves (2019) destaca que os julgamentos de recurso especial e extraordinário repetitivos teriam eficácia vinculante média, já que a reclamação apenas poderia ser apresentada após o esgotamento das vias ordinárias. Entretanto, é ponto comum que - ainda que necessite de requisito específico para o cabimento da reclamação - os referidos precedentes são, inequivocamente, vinculantes.

E, sob o ponto de vista da uniformidade do sistema, a necessidade dos precedentes vincularem as decisões dos juízes e tribunais é - por mais que pareça óbvio - imprescindível para a busca da unidade ao direito.

Assim, a reclamação por esta ótica se apresenta como importante instrumento hábil a conferir unidade ao direito, tendo em vista que promoverá a adequação dos julgamentos inferiores ao decidido pelas Cortes Supremas em caso de sua não aplicação pelos Tribunais e juízes de primeira instância (Pugliese; Pessoa, 2019, p. 592).

Neste sentido, a possibilidade do jurisdicionado apresentar reclamação, em caso de descumprimento ou aplicação indevida do precedente, decorrente de julgamento de recurso repetitivo, configura-se como importante ferramenta para a garantia da unidade do direito e do estímulo ao desenvolvimento de uma jurisprudência uniforme.

Ocorre que, como há de se discutir a seguir, o STJ - em que pese a literalidade do Art. 988, §5º, inciso II do CPC - adotou interpretação diversa, no sentido do não cabimento de reclamação para combater aplicação indevida de precedente decorrente de julgamento de recurso repetitivo.

4 O ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A UNIDADE ÀS AVESAS

O STJ, a partir do julgamento da Reclamação 36.476/SP, proferiu paradigmática decisão, por sua Corte Especial, que interfere, diretamente, tanto na própria sistemática dos precedentes vinculantes, derivados de julgamento de recursos especiais repetitivos, quanto na própria razão de ser da reclamação no NCPC.

O caso tratava de uma reclamação ajuizada contra um acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de agravo interno - ou seja, com o esgotamento das vias ordinárias - em que houve negativa de seguimento ao recurso especial interposto por estar o *decisum* em conformidade com entendimento firmado pelo STJ no REsp 1.301.989/RS, julgado sob o regime dos recursos especiais repetitivos, o chamado Tema 648.

Não cabe aqui discutir, especificamente, sobre o que se tratava o caso concreto ora tratado. Em verdade, a reclamação foi apresentada exatamente por entenderem os agravantes que o Tema 648 estava aplicado equivocadamente no caso concreto.

O STJ entendeu adequado o indeferimento da inicial reclamatória, em razão de inadequação da via eleita, isto porque julgou inaplicável a disposição legal que preceitua a admissão da reclamatória no caso, pois: “[...] atenta contra a finalidade da instituição do regime dos recursos especiais repetitivos, que surgiu como mecanismo de racionalização da prestação jurisdicional do STJ, perante o fenômeno social da massificação de litígios” (Brasil, 2020, p. 7).

A partir do voto da Ministra Relatora Nancy Andrighi, o STJ adotou o heterodoxo entendimento de que o Art. 988, VI do NCPC trazia a previsão da reclamação para garantir a observância de precedente decorrente de julgamento de “casos repetitivos”, o que incluía os recursos especial e extraordinário repetitivos.

Entretanto, ainda na *vacatio legis*, com o advento da Lei Federal 13.256/16, houve modificação no dispositivo, de modo a excluir os “casos repetitivos” de forma genérica do cabimento da reclamação, permitindo o cabimento apenas no caso de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

A Ministra discorre que, apesar da mesma lei ter incluído o parágrafo 5º, inciso II no Art. 988 do NCPC, isto não tornaria possível o cabimento da reclamação:

[...] não há coerência e lógica em se afirmar que o parágrafo 5º,

II, do art. 988 do CPC, com a redação dada pela Lei 13.256/2016, veicularia uma nova hipótese de cabimento da reclamação. Essas hipóteses foram elencadas pelos incisos do *caput*, sendo que, por outro lado, o parágrafo se inicia, ele próprio, anunciado que trataria de situações de inadmissibilidade da reclamação (Brasil, 2020, p. 7).

Ora, não se pretende aqui discutir, diretamente, a adequação hermenêutica dos argumentos utilizados pelo STJ, entretanto, há que se destacar que, em que pese a má técnica legislativa, o texto contido no Art. 988, parágrafo 5º, inciso II, do NCPC é bastante claro e representa restrição do cabimento da reclamação, nos casos de recursos extraordinários e especiais repetitivos. Todavia, trata-se de mera restrição a requisito específico e não necessariamente a não cabimento, o que denota, talvez, a atribuição legislativa de menor potencial de vinculação a tais precedentes.

Entretanto, havendo texto expresso vigente - e não sendo este julgado inconstitucional pelo órgão julgador - não se vislumbra possibilidade jurídica de se entender pela sua não aplicação, sob pena de desconsideração do próprio texto, e, aqui, há que se destacar:

Textos são importantes. Não há norma sem texto O texto não contém a norma. Mas a norma atribuída não pode ser qualquer uma. Mostrei, inclusive, a partir das seis hipóteses pelas quais o Judiciário pode deixar de aplicar a lei, presentes em minha (tentativa de fazer uma) Teoria da Decisão, que um juiz só pode deixar de aplicar uma lei se esta for declarada formalmente inconstitucional (Streck, 2019, p. 103).

Não se pode desconsiderar o notório prejuízo de decisões deste jaez para o próprio Estado Democrático de Direito, visto que o Judiciário passa a desconsiderar comandos expressos emanados do Poder Legislativo, denotando notório desrespeito não só à separação de poderes, mas - mais do que isso - à própria legitimidade democrática.

E se nota, também, pelas justificativas consequencialistas, presentes na fundamentação do STJ, que a ideia trazida pelo NCPC foi racionalizar a prestação jurisdicional frente ao fenômeno da massificação de litígios, e que a mudança legislativa, decorrente da Lei Federal 13.256/2016, "visou ao fim da reclamação dirigida ao STJ e ao STF para o controle da aplicação dos acórdãos sobre questões repetitivas, tratando-se de opção de política judiciária para desafogar os trabalhos nas Cortes de superposição" (Brasil, 2020, p. 7).

É notória, aqui, a pertinência da crítica feita por Zufelato (2015) quanto ao sistema de precedentes brasileiro, no sentido de que a busca, no Brasil, é por economia de tempo e diminuição de processos, e que isso não está no escopo dos precedentes do *common law*, entretanto, ao que parece - além de não serem genuínos precedentes, a decisão do STJ parece até mesmo fazer desacreditar que seriam vinculantes o que afeta, diretamente, a intenção de uniformidade decisória.

CONCLUSÃO

O NCPC trouxe consigo o inequívoco objetivo de conferir, à prestação jurisdicional, um caráter de uniformidade, a partir da construção de uma jurisprudência estável, íntegra e coerente, com fins de assegurar o real acesso à justiça e, claro, colaborar para o excesso de judicialização no país.

Para garantir a efetividade do referido objetivo, o legislador processual trouxe um importante instrumento, qual seja, o sistema de precedentes. O sistema de precedentes constitui um rol específico de enunciados emanados pelo Poder Judiciário que deve, necessariamente, ser observado pelos juízes e tribunais. Além do referido sistema, para garantir sua observância, o legislador processual redesenhou a já conhecida reclamação, propiciando que os Tribunais Superiores fossem acionados, seja para garantir a aplicação de um precedente, seja para afastar sua aplicação indevida.

Houve, e ainda há, notória crítica da doutrina especializada quanto aos precedentes estabelecidos no NCPC, isso porque os precedentes são característicos da tradição do *common law*, que não é a tradição brasileira, e não nascem como precedentes, mas se tornam precedentes a partir da sucessiva aplicação deste em casos sucessivos, com grande destaque à valorização da *ratio decidendi* e à análise da compatibilidade fática dos casos a propiciar a aplicação.

Já no Brasil, os precedentes já nascem como precedentes, como enunciados gerais e abstratos que devem ser aplicados a casos sucessivos; entretanto, além do vício de origem, que os diferencia dos precedentes tradicionais, ainda falta a adequada preocupação com a identificação da *ratio decidendi* e a análise fática do *leading case* e dos casos em que se pretende a aplicação da tese.

Isso se dá porque os precedentes brasileiros já nascem precedentes por um motivo, porque sua razão de ser é diferente dos precedentes do *common law*, já que, aqui, o que se busca é, junto à uniformidade decisória, a gestão de processos, com fins de diminuir o exacerbado número de demandas repetitivas que atravancam a rotina de trabalho dos Tribunais Superiores. Ou seja, os precedentes acabam sendo utilizados, também, para garantir a celeridade processual e a diminuição de processos, o que, nem de longe, é o objetivo destes no *common law*.

Por esta razão, é possível concluir que o sistema de precedentes fixado no NCPC não pode ser igualado ao sistema de precedentes do *common law*, visto que, desde a origem, são diferentes e que o objetivo do referido sistema também não se coaduna. Contudo, é certo que o intento do NCPC, com os novos precedentes, era uniformizar a prestação jurisdicional a partir de enunciados vinculantes.

E, aqui, encontra-se outro busílis, visto que - após a alteração do NCPC, em seu período de *vacatio legis* - houve restrição do cabimento de reclamação para a garantia de acórdãos de recursos extraordinários e especiais repetitivos, vinculando a utilização do referido instrumento ao esgotamento das instâncias ordinárias.

E, no ano de 2020, o STJ, em que pese a disposição expressa do NCPC, julgou pela inadequação da reclamação para estes casos com base em argumentos extrajurídicos voltados à necessidade de diminuição de processos nos Tribunais Superiores e a intenção da alteração legislativa, que se resumiria a enfrentar a massificação de litígios.

A partir da investigação empreendida por meio deste artigo, foi possível concluir que, além dos precedentes brasileiros não se igualarem aos precedentes do *common law*, a própria intenção criadora, que faz eles se distanciarem de tais precedentes - qual seja, a uniformidade do sistema, por meio da aplicação de enunciados vinculantes a casos semelhantes - acaba por não ser cumprida pelo desmembramento dos instrumentos processuais, desenhados pelo legislador para garantir a vinculação.

Afinal, se os precedentes brasileiros são enunciados gerais e abstratos, que buscam ser aplicados a situações semelhantes - ainda mais em um país que não tem tradição jurisprudencialista e não cria o precedente com a adequada observância da *ratio decidendi* e da análise pormenorizada da situação fática dos casos - é certo que podem ocorrer falhas na aplicação pelos juízes e tribunais, seja pela aplicação de casos que não se adequam à situação fática do precedente, seja pela negativa de aplicação aos casos que se adequam, o que viola a ideia básica de uniformidade, integridade, coerência e estabilidade das decisões.

E, como se nota, ao menos para os recursos especiais repetitivos, o STJ entendeu que, se ocorrem as referidas falhas na esfera recursal, nem sequer será possível o acesso à Corte Cidadã, o que denota a ideia de que o precedente em questão, não só não é precedente, como também mal é vinculante, visto que seu descumprimento não pode ser corretamente atacado pela via reclamatória.

Nota-se, portanto, notório retrocesso quanto à busca de uniformidade do sistema jurisdicional e garantia ao jurisdicionado de acesso à justiça qualitativo, sendo necessário o constante exercício do constrangimento epistêmico às Cortes Superiores, com fins de evitar o notório desrespeito aos intentos legislativos em prol da melhoria da prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, G. *Discrecionabilidade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ABBOUD, G.; VAUGHN, G. F. Notas críticas sobre a reclamação e os provimentos judiciais vinculantes do CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 287, p. 409-441, jan. 2019.

ANDREASSA JUNIOR, G. Meios de impugnação na superação de recursos repetitivos: um estudo através da Reclamação nº 36.476/STJ. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR*, [s.l.], ano 4, n. 2, out. 2019. Disponível em: <https://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2019/10/revista-esa-10-cap-10.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2022.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.256, de 4 de fevereiro de 2016*. Altera a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para disciplinar o processo e o julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13256.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Reclamação 36.476/SP*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 06 mar. 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=105865602&num_registro=201802337088&data=20200306&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 25 jul. 2021.

CÔRTEZ, O. M. P. O futuro da reclamação contra o descumprimento de decisão em recurso especial repetitivo. *Caderno Virtual*, [s.l.], v. 3, n. 45, 2019. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/3939>. Acesso em: 25 out. 2022.

DIDIER JÚNIOR, F. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos Tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: LEITE, G. S., STRECK, L. L.; NERY JÚNIOR, N. (coord.). *Crise dos Poderes da República: Judiciário, Legislativo e Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MANCUSO, R. C. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D.; ARENHART, S. C. *O Novo Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, D. A. A. *Manual de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

NUNES, D.; HORTA, A. F. S. Os precedentes judiciais e sua adequada divulgação: em busca da correta compreensão da publicidade de julgados no CPC/2015. In: LEITE, G. S., STRECK, L. L.; NERY JÚNIOR, N. (coord.). *Crise dos Poderes da República: Judiciário, Legislativo e Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PUGLIESE, W. S.; PESSOA, T. S. A Reclamação como Instrumento de Unidade no Direito Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, [s.l.], v. 20, n. 3, 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/39491>. Acesso em: 13 nov. 2022.

STRECK, L. L. *Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Coleção Lenio Streck de Dicionários Jurídicos; Letramento; Casa do Direito, 2020.

STRECK, L. L. *Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

ZUFELATO, C. Precedentes judiciais vinculantes à brasileira no novo CPC: aspectos gerais. In: GRINOVER, A. P. et al. *O novo código de processo civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015.