



(Organizadores)
Ademilson Batista Paes
Carlos Eduardo França
Léia Comar Riva

PANORAMAS DO SÉCULO XXI: QUESTÕES JURÍDICO-SOCIAIS, INDÍGENAS E TRABALHISTAS

**PANORAMAS DO SÉCULO XXI:
QUESTÕES JURÍDICO-SOCIAIS, INDÍGENAS E
TRABALHISTAS**

**Ademilson Batista Paes
Carlos Eduardo França
Léia Comar Riva
(Organizadores)**

**PANORAMAS DO SÉCULO XXI:
QUESTÕES JURÍDICO-SOCIAIS, INDÍGENAS E
TRABALHISTAS**


Pedro & João
editores

Copyright © Autoras e autores

Todos os direitos garantidos. Qualquer parte desta obra pode ser reproduzida, transmitida ou arquivada desde que levados em conta os direitos das autoras e dos autores.

Ademilson Batista Paes; Carlos Eduardo França; Léia Comar Riva [Orgs.]

Panoramas do século XXI: questões jurídico-sociais, indígenas e trabalhistas. São Carlos: Pedro & João Editores, 2021. 184p. 16 x 23 cm.

ISBN: 978-65-5869-472-4 [Impresso]

978-65-5869-473-1 [Digital]

1. Questões jurídico-sociais. 2. Indígenas. 3. Questões trabalhistas. 4. Panorama do século XXI. I. Título.

CDD – 340

Capa: Petricor Design

Diagramação: Diany Akiko Lee

Editores: Pedro Amaro de Moura Brito & João Rodrigo de Moura Brito

Conselho Científico da Pedro & João Editores:

Augusto Ponzio (Bari/Itália); João Wanderley Geraldi (Unicamp/ Brasil); Hélio Márcio Pajeú (UFPE/Brasil); Maria Isabel de Moura (UFSCar/Brasil); Maria da Piedade Resende da Costa (UFSCar/Brasil); Valdemir Miotello (UFSCar/Brasil); Ana Cláudia Bortolozzi (UNESP/Bauru/Brasil); Mariangela Lima de Almeida (UFES/ Brasil); José Kuiava (UNIOESTE/Brasil); Marisol Barenco de Mello (UFF/Brasil); Camila Caracelli Scherma (UFFS/Brasil); Luis Fernando Soares Zuin (USP/Brasil).



Pedro & João Editores

www.pedroejoaoeditores.com.br

13568-878 – São Carlos – SP

2021

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
PANORAMAS DO SÉCULO XXI: questões jurídico- sociais, indígenas e trabalhistas	
O PERFIL CONSTITUCIONAL DA EMPRESA E A JUSTICA SOCIAL	9
Aires David de Lima Diego Fernandes Beserra de Brito	
SOBRE A VIDA NA TERRA: DIREITOS CONSTITUCIONAIS, TERRAS INDÍGENAS, ATAQUES E (RE)EXISTÊNCIAS	25
Amanda Cristina Danaga Lígia Rodrigues de Almeida Gabriel Garcêz Bertolin	
A RESPONSABILIDADE DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR (IES) NA DISSEMINAÇÃO DA EDUCAÇÃO PARA OS DIREITOS HUMANOS	53
Angela Aparecida da Cruz Duran Raquel Rosan Christino Gitahy Ivan Márcio Gitahy Júnior	
BREVES CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE AS RECENTES REFORMAS NO ÂMBITO PENAL	65
Isael José Santana Lisandra Moreira Martins Benedito Cerezzo Pereira Filho	

A LIBERDADE RELIGIOSA E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO	81
Ivan Mateus Salustiano de Freitas Ronicléia Lemos de Freitas	
PRINCIPAIS INOVAÇÕES DO INSTITUTO DA USUCAPIÃO FAMILIAR: PRIMEIRO QUARTEL DO SÉCULO XXI	97
Léia Comar Riva Sílvia Leiko Nomizo	
O ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: desafios do século XXI	117
Marília Rulli Stefanini Bruno Henrique de Oliveira Coqueiro	
EFETIVIDADE DO PROCESSO EXECUTIVO E AS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS NA VISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	133
Muriel Amaral Jacob Fabrício Muraro Novais	
CONTRIBUTOS TEÓRICOS SOBRE A “BOA MORTE” NO CENÁRIO JURÍDICO-SOCIAL BRASILEIRO	147
Giseli Marques Bianchini Barbosa Rodrigo Cogo	
O AVANÇO DO AUTORITARISMO E O IMPACTO PARA A POPULAÇÃO INDÍGENA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL E NO BRASIL	165
Alessandro Martins Prado André Luiz da Silva	

PANORAMAS DO SÉCULO XXI: questões jurídico-sociais, indígenas e trabalhistas

O livro que segue nas próximas páginas é a expressão mais importante da missão que pesquisadores e pesquisadoras têm enfrentado atualmente. Missão de produzir e divulgar conhecimentos, de uma forma geral, e, nesse caso especificamente, de trazer à tona uma discussão tão relevante como é a análise de questões jurídico-sociais, indígenas e trabalhistas no Brasil. Tarefa complexa, que perpassa questões históricas, antropológicas e sociais que marcam profundamente a construção do nosso país.

A disputa de interesses sobre a terra e sobre o domínio da mão de obra trabalhista são parte da problemática abordada pelo livro, que avança um denso debate sobre a proteção jurídica dada aos povos indígenas desde a colonização do Brasil até os dias atuais.

Os artigos publicados neste livro são oriundos do Sciencult (Simpósio Científico Cultural) de 2019, realizado pelos cursos de Ciências Sociais, Pedagogia e Direito, da Unidade Universitária da UEMS em Paranaíba. Os artigos trabalham temas como justiça social, direitos humanos, direito indígenas, liberdade de expressão, responsabilidade das instituições de ensino superior, assédio moral nas relações de trabalho, dentre outros.

E toda essa discussão vem em boa hora, haja vista o momento de ataque aos direitos trabalhistas que temos testemunhado diariamente, direitos conquistados pela luta sistemática daqueles que nos antecederam. Paralelo a isso, a obra também revela o papel fundamental que a ciência desempenha na qualificação dessas discussões, deixando claro que a preservação dos direitos trabalhistas e das instituições públicas do nosso País são fundamentais para o equilíbrio e desenvolvimento de uma nação justa, que atenda a todos e a todas, principalmente os menos favorecidos.

Os dados institucionais da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul revelam que mais de 85% dos nossos alunos são oriundos do ensino público do estado e uma expressiva parte em situação de vulnerabilidade social, o que coloca sobre a Instituição a responsabilidade de não somente ensinar, mas também de cuidar e dar apoio na preservação de direitos fundamentais.

Vale destacar que a inclusão está na mais profunda raiz da identidade institucional da UEMS. A Universidade nasceu inclusiva por levar educação superior pública e de qualidade ao interior do Estado, em um momento em que não haviam outras Instituições fazendo o mesmo, inclusiva por ter sido a primeira instituição brasileira a instituir uma robusta política de cotas para alunos indígenas na graduação e terceira a adotar cotas raciais para negros.

A Unidade Universitária de Paranaíba apresenta, neste livro, diversas visões científicas dos temas abordados, preservando e defendendo sempre a liberdade de cátedra e a democracia nos diversos aspectos. Sua inserção e seu posicionamento frente às lutas trabalhistas e pelos direitos humanos nos orgulha muito, e revelam uma educação superior pública que não abre mão de ser inclusiva, democrática e de muita qualidade.

Aos que seguem, uma boa leitura

Prof. Dr. Laércio Alves de Carvalho
Reitor da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

O PERFIL CONSTITUCIONAL DA EMPRESA E A JUSTICA SOCIAL

Aires David de Lima¹

Diego Fernandes Beserra de Brito²

Introdução

A nova Ordem Constitucional inaugurada em 1988 trouxe profícuos encaminhamentos no tocante à empresa e sua responsabilidade sócio ambiental. O artigo 170 do texto da Constituição inaugura o Título VII, que trata da “Ordem Econômica e Financeira”.

Apenas o estudo deste artigo 170 da Constituição suplanta a temática que se pretende desenvolver nessa pesquisa. Assim, necessário se fez pinçar alguns aspectos deste, conjugá-los com as demais disposições constitucionais que tratam do assunto, para podermos ensaiar alguns encaminhamentos.

Nessa conjuntura constitucional, especial realce foi dado à empresa e sua função social como uma das artífices na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que possa na prática cumprir os enunciados consagrados no seu bojo.

A responsabilidade da empresa foi realçada, não apenas no tangente às questões ambientais, mas também em muitos outros

¹Mestre em Educação pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), docente efetivo do curso de graduação em Direito da UEMS – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. E-mail airesnpj@yahoo.com.br

²Mestrando em Educação pela UFMS. Pós-graduado em Educação em Direitos Humanos pela UFMS. Pós-graduado em Direito Processual Civil, Processual Penal e Processual Trabalhista pelas Faculdades Integradas de Paranaíba – FIPAR. Bacharel em Direito pela UEMS. Advogado atuante com experiência em Direito Civil, Direito do Trabalho, Direito Previdenciário e Direito Penal em Paranaíba/Mato Grosso do Sul. dfernandes.beserra@gmail.com.

setores. Ninguém nega que a atividade produtiva é potencialmente poluidora, não olvidando que a preocupação com a preservação e sustentabilidade são apenas elementos que visam, em última análise, proporcionar a todos uma existência digna.

A atividade empresarial, pautada por considerações eminentemente mercantis, é hoje portadora de responsabilidade e comprometimento social. A função social da empresa representa, portanto, um conjunto de fenômenos importantes para a coletividade, sendo indispensável para a satisfação dos interesses inerentes à atividade econômica.

Assim, podemos dizer que do surgimento de feiras medievais na Baixa Idade Média (Bensoussan e Boiteux, 2019) à concepção de empresa consagrada a nível constitucional desse controverso instrumento de geração de riquezas concebido agora no século XXI como importante agente de promoção da dignidade da pessoa humana, um longo caminho teve que ser percorrido.

Corolário dessa missão que a Constituição lhe reservou é o cumprimento de sua função social, de cujo alcance ainda se debruçam estudiosos da temática. Compreender o perfil da empresa nesse início de século, bem como imergir nos dispositivos constitucionais no que tange a este assunto, são inquietações que motivaram a elaboração do presente ensaio.

Sobre o primado da Constituição, dispensam-se maiores comentários, uma vez que a supremacia do Direito a tem como fundamento. Assim, goza ela de proeminência sobre todas as leis, como documento escrito que organiza e limita os poderes. (FERREIRA FILHO, 2000). Sua força normativa obriga a adequação de toda e qualquer legislação infra que não pode subsistir, caso colida com seus dispositivos.

A cada dia a eficácia de suas disposições, e em especial no que refere aos direitos fundamentais, está sendo testada em uma sociedade cada vez menos solidária, igualitária e justa; mazelas que a Constituição se comprometeu a enfrentar.

O presente trabalho pretende discutir alguns dos aspectos acima referidos, buscando edificar uma nova leitura hermenêutica,

voltada à aplicação direta e eficaz da ordem constitucional brasileira às relações privadas.

A contribuição que a empresa pode prestar na promoção desses direitos inalienáveis, especialmente na questão da justiça social, serão objetos de análise nos tópicos que se seguem.

1. Escorço histórico dos primeiros empreendimentos no Brasil

Sem maiores delongas do que se sucedeu no mundo antigo e fazendo apenas uma pequena digressão histórica do que ocorreu em nosso país, para podermos compreender o presente e projetar o futuro, temos que a descoberta do Brasil dá mostra do grande interesse em empreendimentos marítimos promovidos por Portugal. Assim,

A colonização do Brasil foi marcada pela índole comercial; por essa razão, a economia colonial brasileira assumiu, entre os séculos XVI e XIX, duas características: o mercantilismo e o sistema colonial (anti-industrialismo). (Bensoussan e Boiteux, 2019, p. 33).

A Coroa Portuguesa queria apenas explorar esta Colônia, sem qualquer preocupação com a colonização e desenvolvimento. Tanto isso é verdade que foi tardia nossa industrialização, se comparados com outros países, até mesmo do continente americano.

Corroborando o acima, pode ser citado como exemplo a expedição do alvará de 1785 da Coroa Portuguesa, determinando que fossem extintas todas as manufaturas têxteis que se encontravam em funcionamento no Brasil, deixando apenas de incluir no dito decreto as que produziam panos grossos para sacaria e vestimenta dos escravos.

Os motivos da elaboração de referido Alvará foram de ordem política, pois entendia a Coroa que essas atividades poderiam promover o desenvolvimento industrial da Colônia, fato este com potencial capacidade de ameaçar o comércio de Portugal, tendo em vista a possível concorrência que representava (Bensoussan e Boiteux, 2019).

Um evento histórico de extrema importância para alavancar muitos aspectos, dentre eles a economia, se deveu à iminência da invasão Napoleônica em Portugal. Assim, a Família Real se deslocou para o Brasil, vindo este a ser a sede do Reino Português, ainda que sabidamente provisório, mas cuja estadia trouxe benefícios incalculáveis para o desenvolvimento cultural e econômico.

Com o Brasil elevado a sede do reino, os autores acima trazem alguns episódios de extrema importância para o comércio com os demais países e o início de uma indústria manufatureira no Brasil. De acordo com Bensoussan e Boiteux (2019), ainda em 1808, ano da vinda da Família Real ao Brasil, os portos foram abertos ao comércio internacional.

Medida simples, mas que proporcionou ao Brasil a possibilidade de conhecer novas culturas e expandir seu mercado. Esta é a gênese que potencializou o nascimento e implemento de muitas outras atividades, pois permitir o intercâmbio de bens e riqueza foi fator preponderante para o desenvolvimento e abertura a novos horizontes.

Nesta senda desenvolvimentista, o direito, que acompanha a sociedade e regulava as relações comerciais, também teve que evoluir, pois as relações comerciais se tornavam cada vez mais complexas, sem falar nos desafios da interação com novos povos e línguas, o que exigia cada vez mais capacitação dos envolvidos, se quisessem se firmar e progredir nos negócios.

Em um salto histórico, podemos dizer que o atual estágio que se encontra nosso Direito Comercial reporta a Teoria de Empresa, de inspiração italiana. Desta forma, “[...] a evolução do direito comercial atinge sua **terceira fase**, chamada por alguns de fase subjetiva moderna: o direito comercial como direito da empresa. Sua base é a adoção da teoria da empresa”. (Bensoussan e Boiteux, 2019, p. 31). (grifo dos autores)

Muito embora a fase que vivemos, de cujas raízes são buscadas no Código Civil italiano de 1942, e a Constituição brasileira haver adotado com peculiares ingredientes, a função social do contrato, da propriedade e da empresa apenas ganhou maior realce depois

da previsão no Código Civil de 2002, em seus artigos 421 e 2.035 (Bensoussan e Boiteux, 2019).

O modelo de Estado Liberal foi concebido na modernidade como garantidor da legalidade e da liberdade. Indivíduos livres – para agir – e iguais – diante da norma – assumiam uma condição de entes abstratos diante do sistema jurídico. Nesse ambiente de assepsia jurídica, a igualdade formal caracterizava as relações intersubjetivas e impedia uma visualização adequada da realidade social.

Nesse contexto, a empresa fora concebida como um ente jurídico dotado de potencialidade, para a produção e transformação de bens. Caracterizava-se pela busca de mercados e incessante lucratividade, já que fora inserida num modelo de exploração capitalista, sem qualquer entendimento e ou comprometimento com a realidade social. A empresa era, portanto, uma atividade eminentemente econômica.

As alterações de natureza comercial, financeira, econômica e institucional, ocorridas no ambiente internacional, ampliaram a complexidade da atividade empresarial, ao mesmo tempo em que um novo perfil de Estado hospedou um modelo distinto de sistema jurídico. Aliando-se esses aspectos, é certo que o desenho e a estrutura da empresa alteraram-se, passando esse ente jurídico a desempenhar um papel mais relevante na sociedade contemporânea.

Contudo, num passado recente, a ação empresarial tinha como foco central os aspectos mais elementares de sua atividade. O exercício da mercancia era pensado em termos de acúmulo de capitais, e neste processo eram admitidos quaisquer meios para alcançar a finalidade precípua. Uma das questões mais relevantes, exemplificativamente, que demonstra a alteração no padrão de comportamento, está associada à destruição do meio ambiente.

Os custos da atividade empreendedora, nesse caso, eram divididos com a sociedade civil, enquanto a mais valia obtida no processo manufatureiro e ou de prestação de serviços era acumulado de forma exclusiva pelo dono dos meios de produção. A criação de riquezas, desejável pela comunidade, não poderia ser aturada sem os limites da sustentabilidade e ou dos interesses coletivos.

Nesse contexto, a empresa – concebida antes de tudo como um poder – deve ampliar suas responsabilidades sociais, redefinir seu papel e missão na sociedade, ou seja, deve o empreendimento possuir uma função social. A empresa, para sua própria subsistência, precisa realizar atividades distintas daquelas que até pouco tempo eram consideradas suficientes para sua manutenção, ou seja, as diretamente ligadas à produção de riquezas e obtenção do lucro, para que possa cumprir sua função constitucionalmente traçada.

Segundo Comparato,

[...] a função social da propriedade não se confunde com as restrições legais ao uso e gozo dos bens próprios; em se tratando de bens de produção, o poder-dever do proprietário se dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos. (COMPARATO, 1986, p.76).

A atividade empresarial, igualmente, deve redefinir todos os seus conceitos e modificar a interpretação dos elementos que a compõem. Quer dizer, ao invés de ser entendida como meio de acúmulo de valores para o capitalista, a empresa deve ser observada como um sistema pelo qual se expressa a atividade humana no campo econômico, com objetivos múltiplos de realização pessoal do empresário e de todos que com ela colaboram, assim, e notadamente, a sociedade civil na qual está inserida.

A previsão constitucional, bem como alguns aspectos que o Código Civil traz sobre o assunto, serão objetos de análise no próximo tópico.

2. Previsão constitucional

A Constituição Federal dedicou o Título VII, “Da Ordem Econômica e Financeira” para tratar de alguns aspectos referentes à empresa.

Assim, o artigo 170 da Carta Magna traz alguns princípios gerais da atividade econômica, uma vez que a sua totalidade

apenas pode ser encontrada em uma análise de toda a sua sistemática.

De acordo com os princípios explícitos insculpidos no texto da Constituição, o trabalho humano e a livre iniciativa são assegurados, com o fim de proporcionar a todos existência digna.

A norma em questão, juntamente com os arts. 1º e 3º do mesmo texto, permite compreender a base sobre a qual se estrutura a ordem econômica brasileira, mostrando claramente que não existe oposição entre a liberdade de iniciativa e as responsabilidades inerentes à autonomia.

Note-se que, como manifestação da autonomia, da emancipação do homem e do desenvolvimento da personalidade, a livre iniciativa recebe proteção constitucional em todos os seus desdobramentos, seja na liberdade de investimento, na liberdade de organização ou na liberdade de contratação.

Importa ressaltar que o art. 170 traz diversos princípios que orientam e direcionam o exercício da livre iniciativa empresarial, a exemplo da livre concorrência, da proteção dos empregados, da defesa do consumidor e do meio ambiente, da redução das desigualdades e do tratamento diferenciado à empresa de pequeno porte. (BRASIL, 2019)

A função social, nesse sentido, mantém relação com todos esses princípios, procurando destacar que o fim da empresa é o de proporcionar benefícios para todos os envolvidos diretamente com a atividade e, ainda, para a coletividade. Não é por outra razão que há considerável atenção do legislador nos assuntos descritos pelo art. 170, com vistas a concretizar tais princípios em regulação jurídica específica.

No que diz respeito à proteção dos trabalhadores, consubstanciada pela busca ao pleno emprego (CF, art. 170, VIII) e pelos direitos fundamentais dos trabalhadores previstos pelo art. 7º da Constituição de 1988, a função social age no sentido de legitimar ou promover a implementação de mecanismos para a distribuição dos resultados da atividade empresarial e a viabilização de iniciativas de gestão.

Importa, ainda, destacar que a proteção ao meio ambiente (CF, art. 170, VI) mantém importante vinculação com a função social da empresa, na medida em que impõe à atividade empresarial vários deveres positivos em prol de tal objetivo, limitando em grande medida seu âmbito de atuação com vistas a preservar os recursos naturais e promover o desenvolvimento econômico sustentável.

A exposição dos exemplos acima serve para demonstrar que todos esses princípios da ordem econômica constitucional estão conectados à função social da empresa, uma vez que têm por objetivo ampliar os interesses que devem ser protegidos e atendidos por meio da atividade empresarial, constituindo importantes parâmetros para o direito societário como um todo.

É claro, contudo, que os princípios constantes do art. 170 da Constituição não esgotam o sentido da função social da empresa. Na verdade, o equilíbrio entre liberdade empresarial e o igual direito à liberdade do restante da sociedade suscita importantes questões concernentes à justiça social, que não pode ser reduzida a fórmulas fechadas e insensíveis ao processo democrático e ao contexto social em que é analisada, uma vez que uma maior conscientização social exigiu do legislador novas iniciativas legislativas para tutelar bens e interesses que outrora eram relegados ao esquecimento.

O princípio da dignidade da pessoa humana recebeu tratamento especial na Constituição, uma vez que já em seu artigo primeiro inciso terceiro é alçado a fundamento da República Federativa do Brasil.

Para Moraes

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar [...] (MORAES, 2000, p. 48)

O alcance e profundidade deste princípio ainda não foi precisado por aqueles que se debruçaram sobre a temática tendo

em vista a amplitude que na prática pode representar. No entanto, em um ponto todos são acordes, que se trata de um princípio vetor a orientar toda a sistemática constitucional, pois eleva a pessoa sempre a primeiro plano de toda e qualquer atividade.

A tendência consagrada pelo texto constitucional está voltada para a função social dos institutos jurídicos, e a empresa não poderia ser excluída, já que é concebida como operadora de um mercado funcionalizado. A norma constitucional assevera explicitamente qual a finalidade da ordem econômica, ressaltando a valorização do trabalho humano, da livre iniciativa, assegurando à coletividade dignidade e justiça social.

Segundo Fachin,

[...] a dignidade da pessoa humana foi pela Constituição concebida como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais. E, como tal, lança seu véu por toda a tessitura condicionando a ordem econômica, a fim de assegurar a todos existência digna (art. 170). Da mesma forma, na ordem social busca a realização da tão sonhada justiça social (art. 193), na educação e no desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania. (FACHIN, 2001, p. 193).

Os contornos da disciplina civilista, marcada pelo certame da Constituição Federal de 1988, foram profundamente modificados. A existência da propriedade dos bens sem a utilidade que lhe seriam adequados e sem a consecução do interesse social é passível de apropriação. Logo, a atividade empresarial destituída de compromissos que atendam ao interesse da coletividade pode, em casos extremados, perder sua personalidade.

Configura-se inevitável, em consequência, a inflexão da disciplina civilista (voltada anteriormente para a tutela dos valores patrimoniais) em obediência aos enunciados constitucionais, os quais não mais admitem a proteção da propriedade e da empresa como bens em si, mas somente enquanto destinados a efetivar valores existenciais, realizadores da justiça social.

Conjugando o princípio da dignidade da pessoa humana, como fundante da República, lembrado quando do tratamento

constitucional da atividade econômica, temos que esta, e em especial a empresa, que é uma das principais propulsoras da atividade econômica, deve dar especial tratamento a esta temática.

Sem querer esgotar o assunto, mas dando uma pequena mostra do que atualmente representa a empresa temos que seu conceito “[...] firma-se na ideia de que ela é o exercício da atividade produtiva. Por atividade entenda-se, como anota Oscar Barreto Filho, ‘a série coordenada e unificada de atos em função de um fim econômico unitário [...]’” (GRAU, 2018, p. 291).

A uma primeira vista parece que as potencialidades da empresa se esgotam na produção e geração de lucros; no entanto, seu novo perfil vai muito além. A empresa, constitucionalmente falando, deve ser agente de transformação para o fim de ser um dos artífices da tão famigerada justiça social.

Para que seja possível ao menos a vida em sociedade, um pacto teve que ser firmado entre todos os envolvidos. Esta aliança tornou possível a vida em sociedade de pessoas livres e dotadas de direito. Assim, cada um deve sacrificar parte de seus direitos naturais para o bem comum, na perspicaz enunciação de Ferreira Filho (2000).

No entanto a Constituição vai além, pretendendo que seja realizada a justiça social, o que deixa de lado o compromisso unitário e individual para envolver todos os componentes do quadro social, cada um com sua cota de responsabilidade individual e coletiva.

O que representa o princípio da justiça social, sob o perfil constitucional e social, será objeto de análise no tópico que se segue.

3. Compreendendo a Justiça Social

A justiça social é princípio que

[...] conforma a concepção de existência digna cuja realização é o fim da ordem econômica e compõe um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III).

Justiça social é conceito cujo termo é indeterminado [...] contingencial. [...] *justiça social* é expressão que, no contexto constitucional, não designa

meramente uma *espécie* de justiça, porém um seu *dado ideológico*. [...] *justiça social*, inicialmente, quer significar superação das injustiças na repartição, a nível pessoal, do produto econômico. (GRAU, 2018, p. 221/222)

Com a sapiência que lhe é peculiar, Grau oferece importantes subsídios para desbravarmos tão delicado tema. Inicia dizendo da dificuldade de precisar seu alcance, bem como o fato de ela representar não apenas “uma espécie de justiça”, mas algo superior e transcendente que constantemente deve ser reinterpretado e atualizado, tendo em vista a dinâmica da sociedade.

Levando para a temática que estamos desenvolvendo, o autor entende que o produto econômico deve ser repartido igualmente, ou ao menos a Constituição deve dar iguais oportunidades com subsídios e incentivos aos mais fracos para equilibrar a balança e assim proporcionar sua emancipação.

Essa promoção da justiça material é encontrada diversas vezes no bojo da Constituição, algumas vezes coibindo condutas que podem comprometê-la (tais como art. 170 II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor) ou até mesmo promovendo algumas atividades (art. 170 IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País). (BRASIL, 2019)

Senão vejamos.

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei. (BRASIL, 2019, n. p.).

Petter, analisando a temática, relembra que

Na autorizada doutrina realeana vamos detectar a afirmação de que a pessoa humana é mesmo o *valor-fonte* de onde emanam todos os outros valores, e o Direito, como dimensão da vida humana [...]. A busca incessante da justiça é dever supremo do jurista cômico da contribuição instrumental do Direito [...]. Neste sentido, a inserção da *justiça social* como fim da ordem econômica

há de ser tida como o reconhecimento de que todos se encontram em face de um destino comum, numa inescapável empresa comunitária [...]. Esta perspectiva metaindividual, coletiva, superando individualismos exacerbados, onde o humano deságua e se confunde com o solidário, inspira a compreensão normativa da justiça social. (PETTER, 2008, p. 189, 197, 200) (grifo do autor).

Em percuciente síntese, Petter reafirma a dignidade da pessoa humana como valor supremo, que apenas pode ser limitada quando se depara com a dignidade de outro ser humano. Assim, todos os princípios, normas e leis devem visar, em última análise, a reafirmação e o compromisso com esse valor.

A justiça social, nesta senda nos remete à solidariedade e coletivismo, em que não seria possível se falar em ser humano, mas apenas seres humanos, onde o drama de um é compartilhado por toda a sociedade.

Uma busca da evolução dos direitos fundamentais, temos que a justiça social se enquadra em sua segunda geração que “[...] privilegiam os **direitos sociais, culturais e econômicos**, correspondendo aos direitos de **igualdade**”. (LENZA, 2006, p. 526). (grifo do autor).

Muito embora o autor acima trazer como “Evolução dos direitos fundamentais”, acreditamos que esta assertiva é digna de críticas. Uma vez que ainda não conseguimos incrementar em sua plenitude os direitos da primeira, como podemos evoluir para a subsequente? Entendemos que a consagração de alguns direitos complementam os antecessores, sem, no entanto, excluí-los.

Retomando o princípio da justiça social, temos que, muito embora pouco mencionado pela doutrina, que coloca este como metafísico e distante, é o fato de que dificilmente vamos conseguir construir uma sociedade solidária se os membros que a compõe forem egoístas. E o mesmo raciocínio vale no que tange à justiça social; dificilmente esta será alcançada se esta tarefa não for cumprida por cada um, sendo relegada a outrem.

Com este pequeno arcabouço estamos autorizados a encaminhar nossas considerações finais, o que se fará no item que se segue.

Considerações finais

Partindo-se das premissas acima expostas, segundo as quais a função social da empresa, consequência direta da articulação dos princípios da ordem econômica constitucional, tem o condão de ampliar o rol de destinatários da atividade empresarial, é forçoso reconhecer que de tal norma geral é possível deduzir normas imperativas a serem observadas pelos gestores.

Certo é que, mesmo com a intermediação da lei, há diversos problemas relativos à criação dos deveres positivos a serem endereçados. Por essa razão, não se pode cogitar de um dever geral, de caráter redistributivo, em relação aos recursos e ao patrimônio da empresa.

Os resultados, ainda que parciais e provisórios, dão mostra de que a Constituição Federal, quando bem interpretada e aplicada, pode ser um importante agente de transformação social e um instrumento indispensável para a construção da República que tanto almejamos.

O poder público sozinho não pode dar cabo de tão grandiosa tarefa, qual seja, de promover o bem de todos de acordo com a justiça social. Nesse contexto entra a Empresa e toda sociedade, cada um desempenhando seu papel constitucionalmente determinado.

Nesse contexto as responsabilidades das empresas existentes precisam ser revistas e novos empreendimentos devem ter como uma de suas preocupações o cumprimento das diretrizes constitucionais no que tange às suas relações com os colaboradores e toda a sociedade, dentre eles os consumidores bem como ao meio ambiente, que, muito embora não seja objeto dessa pesquisa, fica aqui enunciado para estudos futuros.

Esta inquietação na promoção da justiça social pode ser fonte de novos investimentos, abrindo novas e promissoras oportunidades de negócios que tenham como objetivo uma readequação dos empreendimentos já existentes e uma consultoria para a promoção de novos, o que pode vir a agregar valor, promover a imagem da empresa como cumpridora de sua função social e, em uma última análise, potencializando seus rendimentos, em uma clara demonstração que o cumprimento das disposições constitucionais pode proporcionar à empresa benefícios também em um de seu principal objetivo, qual seja, no crescimento econômico.

Por óbvio, a função social não tem por fim aniquilar liberdades e direitos dos empresários e tampouco de tornar a empresa mero instrumento para a consecução de fins sociais. A função social tem por objetivo, com efeito, reinserir a solidariedade social na atividade econômica sem desconsiderar a autonomia privada, fornecendo padrão mínimo de distribuição de riquezas e de redução das desigualdades.

A interpretação em torno da função social da empresa representa um conjunto de fenômenos importantes para a sociedade e indispensável para a satisfação dos interesses coletivos. A breve discussão estabelecida anteriormente identifica os novos contornos do sistema jurídico e de seus institutos fundamentais, insertos em torno dos valores da dignidade humana, solidariedade e justiça social.

A empresa, assim como o contrato, a propriedade e a família recepcionam os novos mandamentos constitucionais, dentre os quais a função social. As alterações recentemente produzidas no ordenamento jurídico vêm ampliando o embate entre modelos de interpretação conservadora e a nova hermenêutica em torno da atividade empresarial.

A proximidade da função social da empresa com a justiça social levanta importantes questões sobre sua amplitude e seu alcance e, ainda, sobre a possibilidade de se imputarem deveres positivos a empresários e gestores sem que sequer exista prévia identificação específica dessas obrigações pelo legislador. Por essa

razão, é importante que se discuta de que maneira a função social altera a própria noção de interesse social da empresa e, assim, projetar seus efeitos sobre a atividade empresarial como um todo.

Por fim, o caráter sistematizador do princípio da função social da empresa não necessariamente resultará na imposição de deveres ou na responsabilização pessoal, mas também se traduz no estímulo à remodelagem institucional das corporações, de maneira a acolher em maior medida os interesses e evitar conflitos.

A preocupação com a função social também pode representar a responsabilidade social voluntária e a adoção de parâmetros mais claros para a prática empresarial, inclusive no que diz respeito a iniciativas de autorregulação; a adoção de medidas instrumentais que facilitem a circulação de informações sobre a atividade empresarial, de modo a permitir maior controle social e transparência; entre outras alternativas capazes de fornecer respostas adequadas aos imperativos legais e constitucionais.

Referências

BENSOUSSAN, Fábio Guimarães; BOITEUX, Fernando Netto. **Manual de direito empresarial**. 2 ed. rev. atual. e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 20 de jan. 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. **Função Social da propriedade dos bens de produção**. Revista de DireitoMercantil, 1986.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 19. ed. rev. e atual. Malheiros, São Paulo. 2018.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional – esquematizado**. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 7 ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2000.

PETTER, Josué Lafayette. **Princípios Constitucionais da Ordem econômica**: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. 2 ed. ver. atual. eampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SOBRE A VIDA NA TERRA: DIREITOS CONSTITUCIONAIS, TERRAS INDÍGENAS, ATAQUES E (RE)EXISTÊNCIAS

Amanda Cristina Danaga¹
Lígia Rodrigues de Almeida²
Gabriel Garcêz Bertolin³

“A visão que você tem de terra é muito diferente da que a gente tem. Não dá para você olhar para nós povos indígenas e pensar que a gente tem o mesmo entendimento de território como o seu, que é de exploração, destruição, pensando em lucro, pensando em dinheiro. Não é esse o entendimento nosso. [...] Para nós, o território é sagrado, nós precisamos dele para existir. Vocês olham para a terra indígena e chamam de terra improdutiva. Nós chamamos isso de vida.”⁴

(Sonia Guajajara)

¹Doutora em Antropologia Social pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de São Carlos (PPGAS/UFSCar) e professora no curso de Ciências Sociais da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS/Paranaíba). Coordena o Grupo de Pesquisas em Antropologia - Modos de Existências e suas variações vinculado ao Centro de Estudos, Pesquisa e Extensão em Educação, Gênero, Raça e Etnia (CEPEGRE/UEMS). E-mail: adanaga@gmail.com

² Doutora em Antropologia Social pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade de São Paulo (PPGAS/USP) e colaboradora no Centro de Estudos Ameríndios (CEstA/USP). E-mail: ligiarodri@yahoo.com.br

³Doutorando em Antropologia Social pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade de São Paulo (PPGAS/USP) e bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP). E-mail: ggbertolin@gmail.com

⁴ A fala de Sonia Guajajara aconteceu em resposta à fala da senadora Soraya Thronicke, no dia 11 de abril de 2019 em audiência pública da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) do Senado Federal, com a finalidade de debater o acesso à saúde pelos povos indígenas.

Introdução: A constituição federal de 1988 e os direitos indígenas

A fala mencionada na epígrafe do texto, proferida por Sonia Guajajara, importante liderança no movimento indígena brasileiro, aponta para a necessidade de compreensão das diferentes maneiras de conceber a terra entre os indígenas e os não indígenas. Para Sonia, não só as perspectivas quanto a esse conceito são paradoxais, como também o são os modos de ocupação e de vida na terra. Mais adiante, no mesmo pronunciamento no Senado, ela ressalta que os territórios indígenas não pertencem a eles, mas à União, cabendo-lhes o seu usufruto. E conclui: “A gente quer o respeito aos nossos direitos territoriais que não são somente direitos constitucionais, lá está escrito que é um ‘direito originário dos povos indígenas’ [...] exigimos respeito. Nós não vamos perder nossa vida para o agronegócio”.

A fala de Sonia é um convite à compreensão da tensionada relação entre a política de Estado, o debate jurídico e os regimes políticos ameríndios. É também uma provocação acerca das possibilidades de articulações e dos limites de tradução entre o conceito jurídico de terra e as práticas de territorialidades indígenas. Seu discurso apela para o respeito aos direitos indígenas que, como ela mesma enfatiza, além de serem constitucionais, são originários. E o que quer dizer Sonia ao sublinhar essa especificidade no que tange aos direitos indígenas? Para aprofundar o debate a respeito do estatuto jurídico das Terras Indígenas na Constituição Federal do Brasil, promulgada em 1988, julgamos ser imprescindível analisar parte do texto constitucional e descrever seu processo de elaboração com atenção especial ao artigo 231 no capítulo VIII⁵, - Dos Índios.

⁵ Pode causar algum tipo de estranhamento o uso da expressão índios, já que sabemos que, por diversas razões que não esmiuçaremos aqui, indígenas seria o termo mais correto. Porém, como revela Manuela Carneiro da Cunha (2018), no momento da constituinte, os termos não eram o centro da discussão, mas sim, a garantia dos direitos. Permaneceu o termo índios por ser recebido com tanto descontentamento quanto aos termos povos ou nações indígenas. “Não parecia à Comissão Pró-Índio e a seus consignatários de propostas de texto constitucional

A Constituição Federal de 1988 define juridicamente as Terras Indígenas, no parágrafo primeiro do artigo 231, a partir do conceito de terras tradicionalmente ocupadas:

São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. (BRASIL, 2016).

Do mesmo modo, é designada aos indígenas a condição de primeiros e naturais senhores desta terra, o que se caracteriza como uma fonte primária de seus direitos, antes ainda do que o próprio direito constitucional e seu reconhecimento formal. Além disso, o texto constitucional estatui, em seu artigo 20, que as terras habitadas pelos indígenas não pertencem a eles, mas são bens da União, ficando aos indígenas garantida a possibilidade da posse permanente e do usufruto exclusivo. Esse usufruto se restringe ao uso do solo, rios e lagos presentes na terra. Cabe ao Estado a formalização do ato administrativo que assegure os direitos indígenas, por meio da demarcação e do reconhecimento de suas terras, mas não é de sua competência determinar o que seja uma ocupação tradicional e/ou conceber tais direitos, já que eles são originários.⁶ Tratando-se, por isso, não de um direito adquirido ou

que termos fossem importantes, e sim garantias concretas como as que foram adotadas.” (CUNHA, 2018, p. 439)

⁶ A delimitação e a demarcação física dos limites das áreas ocupadas pelos indígenas, acontece por meio de estudos destinados à elaboração do Relatório circunstanciado de identificação e delimitação de Terras Indígenas delineado a partir de um conjunto de regras determinadas pela Portaria de nº14/1996 da FUNAI. O processo administrativo compõe-se por algumas etapas que ditam as fases da demarcação: criação de grupo técnico de identificação da terra pela FUNAI, aprovação do estudo pelo presidente da FUNAI e publicação no Diário Oficial da União, fase de contestação, declaração da posse permanente da terra pelo Ministério da Justiça, demarcação administrativa pela FUNAI e decreto presidencial de homologação da terra indígena. A fase da contestação está prevista na portaria 14, que introduz o Direito do contraditório por meio do Decreto nº

conquistado através das leis, mas anterior à elas. Nas palavras de jurista e advogado Carlos Frederico Marés de Souza Filho:

O direito é originário, isto é, anterior e independente a qualquer ato do Estado. Eis o rompimento do paradigma. Não é fruto de uma determinação legal, mas é apenas reconhecimento de um direito preexistente. As comunidades indígenas têm direito a suas terras e o Estado Brasileiro o reconhece e garante. Por ser originário, este direito independe de ato de reconhecimento, de demarcação ou registro. Os atos, demarcação e registro, apenas servem para dar conhecimento a terceiros (MARÉS DE SOUZA FILHO, 2013, p. 4669).

Assim, o ato demarcatório é um mecanismo de reconhecimento e de revelação a terceiros sobre a existência de um território indígena. O que funda o direito à terra é a sua ocupação. Uma ocupação que não precisa ser necessariamente constante e permanente, visto que os modos de ocupar um território variam entre os povos. Deve-se considerar ainda os inúmeros casos nos quais a ação violenta do Estado ou de grupos interessados em suas terras, deslocou os povos indígenas forçadamente das terras que ocupavam, transferindo-os compulsoriamente para outras regiões. Desse modo, ocupação tradicional não é sinônimo de assentamento indígena permanente e contínuo, isto é, não implica em dizer que os indígenas estiveram sempre e ininterruptamente fixados na mesma área, porém, o que ela revela é a existência de uma relação construída historicamente com determinado espaço.

Atualmente, muitos desses grupos transferidos forçosamente para pequenas reservas ou regiões completamente distintas daquelas que ocupavam, lutam para retomar seus territórios tradicionais. Talvez o caso mais notório seja o dos povos Kaiowá e Guarani no estado de Mato Grosso do Sul, que vivem “confinados” em reservas com áreas diminutas (BRAND, 1998).

Foi no momento da transição entre o fim do regime que instaurou a ditadura militar no Brasil (1964-1985) e o início do

1775/1996 que, em linhas gerais, prevê a possibilidade de manifestação daqueles que são contrários a demarcação (estados, municípios e demais interessados).

período de redemocratização, que emergiram as efervescentes discussões para elaboração da constituinte, conhecida como “Constituição Cidadã”. Sua promulgação sinalizou um importante momento do país, por se tratar de um texto sensível aos direitos dos cidadãos brasileiros, garantindo suas liberdades civis e estabelecendo os limites e deveres do Estado.

Essa tramitação aconteceu em várias fases e etapas, com a elaboração de subcomissões, comissões e debates em Plenário. Os indígenas tiveram intensa participação e representação ao longo de todas as etapas, mas principalmente na fase das subcomissões temáticas, compondo a discussão da Subcomissão voltada aos direitos dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas com Deficiência e Minorias (SNPIPDM).⁷

A ocasião da elaboração do texto constitucional foi carregada de uma esperança de mudança dentro do cenário político de transição para um governo democrático, o que culminou no envolvimento da sociedade civil, no seu sentido mais amplo, em

⁷ O debate dos direitos indígenas aconteceu no interior da VII Comissão da Ordem Social, fragmentada nas respectivas subcomissões: Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos, Subcomissão de Saúde, Segurança e do Meio Ambiente e Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. Muitos documentos foram produzidos e revisados até o alcance da redação e promulgação do texto final. Ao todo foram sete etapas: Preliminar, Subcomissões Temáticas, Comissões Temáticas, Comissão de Sistematização, Plenário, Comissão de Redação e Epílogo, distribuídas em 25 fases diferentes. Essas fases foram desde a aprovação de um Regimento Interno Normativo de funcionamento da Assembleia Nacional Constituinte (em fevereiro de 1987), passando por versões de projetos, emendas e substitutivos, até culminar na promulgação em outubro de 1988. Durante as discussões para elaboração do texto da constituição, foram criadas vinte e quatro Subcomissões Temáticas, agrupadas em oito Comissões Temáticas, pensando nos temas e nos capítulos do texto constitucional. Cada Comissão foi composta por três subcomissões que criaram seus anteprojetos, posteriormente condensados em um anteprojeto único, que se tornou um Anteprojeto de Comissão.

Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente. Acesso em: 15 jun. 2020.

uma “experiência de coprodução legislativa em parceria com os indígenas na busca por uma sociedade mais fraterna”. (SANTANA; CARDOSO, 2020, p. 97).

Ganhou destaque a participação de Ailton Krenak na Assembleia Constituinte em 1987, em virtude do seu memorável pronunciamento em protesto contra o retrocesso na luta pelos direitos indígenas. Na avaliação de Krenak:

O movimento pelos direitos dos indígenas ocorreu no bojo de um movimento social mais amplo, de lutas pelas eleições diretas e pela democracia. Esse movimento contava com forças como a Associação Brasileira de Imprensa (ABI), a Associação Brasileira de Antropologia (ABA) e outras. Foi uma grande articulação de setores da sociedade brasileira que apoiaram a inclusão de um capítulo exclusivo sobre os índios. E, claro, os povos indígenas, como Caiapós, os Xavante, os Guaranis e os Terena levaram centenas de pessoas pra Brasília, que ocuparam o Congresso, debateram e participaram das comissões. A minha presença ganhou destaque porque eu fiz a defesa pública dessa emenda dentro do plenário do Congresso Constituinte. Mas milhares de pessoas participaram desse processo. (KRENAK, 2018)

Há um tópico específico que entremeou toda a discussão durante a construção do Capítulo VIII - dos Índios e seus artigos 231 e 232 da constituição, e que permeia hoje os debates em torno dos direitos indígenas e sua manutenção: a terra. Como mencionou a antropóloga Manuela Carneiro da Cunha, que participou de todo esse processo à época da presidência da Associação Brasileira de Antropologia (ABA), qualquer debate que envolva os povos indígenas é tangenciado pela discussão sobre as terras que ocupam. Ela argumenta que: “As terras indígenas e seu usufruto, desde pelo menos a Lei das Terras de 1850, sempre foram o tema central do que se convencionou chamar da ‘questão indígena’.” (CUNHA, 2018, p. 433). Se o substrato do debate em torno dos direitos indígenas voltou-se para a terra, isso aconteceu, em larga medida, pelos interesses específicos em seu potencial exploratório. Exemplo disso, foram as inúmeras discussões referentes à exploração dos recursos minerais e hídricos em terras indígenas.

A controvérsia sobre a mineração em Terras Indígenas tem sua origem ainda nos anos de 1970, como descreve Manuela Carneiro da Cunha (2018), com o programa Projeto Radar da Amazônia (RADAM), que mapeou toda a região e teve como efeito uma série de pedidos de pesquisa mineral em muitas áreas sobrepostas às Terras Indígenas. Durante os debates sobre mineração na constituinte, além do apoio de parlamentares do centro, houve também posicionamento central da Coordenação Nacional dos Geólogos (Conage) e da Federação Nacional dos Engenheiros, resultando na proposta de que o subsolo de uma Terra Indígena permaneceria de propriedade da União. Como bem sinaliza Manuela Carneiro da Cunha (2018), o argumento para tal decisão estava alicerçado em um ideal nacionalista de que era preciso proteger a riqueza do país contra a ação de empresas estrangeiras, o que não deixa de soar irônico, uma vez que, muitos dos argumentos contrários às Terras Indígenas, ainda hoje, carregam caráter nacionalistas como a falsa ideia de independência dos territórios indígenas, a internacionalização da Amazônia ou a vulnerabilidade das fronteiras nacionais. Acusações e desentendimentos permearam esse processo que, na maioria das vezes, culminou em calúnias aos apoiadores dos direitos indígenas⁸ e aos próprios indígenas, entendidos como incapazes e/ou aculturados.

⁸ Jornais da época veicularam a notícia de que a proteção das terras indígenas por parte do Conselho Indigenista Missionário - Cimi - e demais organizações que atuavam na defesa dos direitos indígenas, estaria vinculada a uma suposta conspiração internacional que visava interditar a lavra de minérios no Brasil. Essas notícias alteraram os entendimentos que estavam sendo construídos na redação da constituição em relação à mineração em terras indígenas e causaram impactos no resultado final do artigo 231. Segundo Cunha (2019) os jornais envolvidos nessa campanha foram O Estado de São Paulo, o Correio Braziliense, A Crítica, de Manaus, O Globo, no Rio, e um jornal de Recife. “Mais tarde, o Sindicato dos Jornalistas de São Paulo apresentou formalmente desculpas sobre a campanha de calúnias a Dom Luciano Mendes de Almeida, presidente da CNBB, e ao Cimi.” (CUNHA, 2019, p. 439).

Além da tentativa de exploração mineral, circulava uma proposta baseada na distinção dos direitos indígenas para aqueles que fossem considerados aculturados. A intenção, como ocorrera no período anterior à Constituição de 1988, era se apropriar dos territórios de indígenas que fossem classificados pelo Estado como inseridos na sociedade nacional. Tal movimentação de grupos interessados nos territórios indígenas sofreu fortes manifestações contrárias e, por esta razão, foi extinta do projeto final no qual ficou reconhecida a especificidade dos modos de vida dos povos indígenas no Brasil, garantindo sua tradicionalidade e a capacidade jurídica dos indígenas, com respaldo do Ministério Público Federal, conforme consta no artigo 232 da Constituição Federal. Reconhecer suas especificidades culturais estabelece uma relação intrínseca com o reconhecimento dos diferentes modos de ocupar a terra e, assim, definir de formas distintas o que constitui uma terra tradicionalmente ocupada, nos termos da Constituição Federal.

A conquista dos direitos indígenas na Constituição Federal de 1988 garantiu a superação de projetos estatais conectados com ideias de extermínio, assimilação, integração, aculturação e erradicação da cultura dos povos indígenas. A despeito da garantia desses direitos, três décadas depois, vê-se uma tentativa de revisão dos mesmos direitos já adquiridos. Observa-se uma investida que vai ao encontro da época de elaboração da constituinte, retomando termos similares aos que já foram exaustivamente debatidos naquela ocasião, como detalhadamente descrito por Santana e Cardoso (2020), ao argumentarem que:

O artigo 231 parece ser um desses casos, um dispositivo até hoje inacabado. Despertado de um sono profundo na segunda metade da década de 90, passou por alguma efetivação em áreas de colonização mais recente, mas sofre, atualmente, um ataque corrosivo ao tentar efetivar-se em regiões de colonização mais consolidada. Sua rota de colisão com o avanço da fronteira agrícola reaquece insistentemente, no Legislativo e no Judiciário, os mesmos debates ocorridos há 30 anos durante o processo constituinte. (CARDOSO; SANTANA, 2020, p. 111)

Há muito sabe-se que uma das estratégias adotadas por aqueles que são contrários ao reconhecimento e a demarcação das terras indígenas e pelo Estado brasileiro, reclinando-se de suas obrigações constitucionais na garantia dos direitos e no reconhecimento dos territórios, é a recusa da própria identidade indígena, criando uma falsa ideia de que “[...] se não há índios, tampouco há direitos”. (CUNHA, 1994, p. 27)

Muito se tem observado sobre os inúmeros conflitos resultantes dos modos de ocupar a terra no Brasil e do juízo que se tem sobre a categoria terra. O próprio conceito jurídico de terra, tradicionalmente ocupada como presente na Constituição Federal, merece atenção, visto a pluralidade dos modos de ocupação indígena de um território, conforme destacado acima quando tratamos da relação entre os artigos 231 e 232 da Constituição Federal. Uma conceituação mais diversa de território, com a ideia de territorialidade admite uma [...] “abordagem que nos permite recuperar e valorizar a história de ocupação de uma terra por um grupo indígena, como também propicia uma melhor compreensão dos elementos culturais em jogo nas experiências de ocupação e gestão territorial indígenas.” (GALLOIS, 2004, p. 37)

Se, conforme já visto e de acordo com o que diz o próprio texto constitucional, a ocupação se faz segundo os “usos, costumes e tradições”, é preciso reconhecer, como mostra Marés de Souza Filho (2013), quais são os usos, costumes e tradições para cada povo. Desse modo, a norma levada em consideração é estabelecida também por meio da observação e dos relatos sobre o mundo vivido de cada um dos grupos indígenas que estão em processo de demarcação de suas terras e, “Portanto, o critério é interno ao povo” (MARÉS DE SOUZA FILHO, 2013, p. 4671). O texto constitucional em sua composição, observado o caráter singular dos modos de ocupação da terra somado ao direito originário, abarca o modo de vida que singulariza cada um dos povos em suas mais diversas formas de ocupação. O critério para compreensão dos “usos, costumes e tradições” de cada grupo indígena é feito por meio de relatos dos membros das próprias comunidades e também

do uso de critérios e práticas antropológicas, daí a presença desses profissionais durante o ato administrativo de demarcação das terras indígenas. Como salienta Marés:

[...] se a ocupação se faz segundo os usos, costumes e tradições, há que se conhecer em profundidade a organização social daquele grupo determinado para se encontrar a terra ocupada, para afirmar com precisão o que é terra habitada, quais as utilizadas, as imprescindíveis à preservação da natureza, e as necessárias ao bem-estar e reprodução física e cultural do grupo. (MARÉS DE SOUZA FILHO, 2013, p. 4671).

É neste sentido que retomamos a proposta de Sonia Guajajara enunciada no início do artigo, de promover um maior entendimento dos muitos significados de terra para os povos indígenas e as distintas concepções que eles têm a respeito dela, compreendendo para além do direito constitucional, que o direito à terra é também um direito à vida. Realizaremos este movimento a partir das reflexões de dois grandes filósofos indígenas: Ailton Krenak e Davi Kopenawa. Em seguida, descreveremos, a partir de dois exemplos, o marco temporal e o Projeto de Lei 191/2020, como os ataques aos direitos indígenas permaneceram mesmo após a promulgação da Constituição e como estão estruturados em uma concepção moderna de terra enquanto mercadoria.

1. Algumas reflexões sobre as terras, as florestas e os modos de vida

A ocupação de uma localidade, nos termos ameríndios, estabelece uma série de conexões relacionais com aquilo que denominamos de natureza, porém, é importante destacar que onde vemos um objeto único, as experiências indígenas revelam uma multiplicidade de sujeitos com os quais tecem relações. Tal perspectiva difere integralmente dos pressupostos do pensamento moderno, incluindo aqueles que estruturam direito, fundamentado na ideia de propriedade, na posse e na materialidade do bem possuído. A intenção neste tópico é explorar, a partir do

pensamento ameríndio, o caráter relacional e agentivo daquilo que convencionamos chamar de natureza e que esses povos traduzem também, como terra ou floresta. Para melhor experimentar esse caráter relacional da terra, convocaremos as reflexões de dois grandes filósofos e líderes políticos ameríndios, Davi Kopenawa e Ailton Krenak. A partir de suas conceitualizações sobre a terra é possível observar o contraste com o nosso modelo de ocupação e posse da terra, ao mesmo tempo revelam a presença de outros sujeitos, sejam eles as montanhas ou as imagem-espíritos da floresta. O intuito aqui não é aprofundar muito os escritos destes dois autores, mas capturar algumas de suas reflexões, de modo a revelar suas diferenças em relação ao nosso pensamento, tornando visível a presença de outros sujeitos que comumente nossas práticas jurídicas costumam obliterar.

Ambos os pensadores indígenas ocupam posição central nas reflexões contemporâneas e na crítica aos projetos nacionais de colonização e transformação dos indígenas em força de trabalho, e da terra, em mercadoria. Suas análises revelam o ponto de origem e os fundamentos que estruturam as ações destrutivas empregadas pelo agronegócio e pela elite brasileira, além de trazerem reflexões centrais para pensar um problema mundial atual, o superaquecimento global. Além disso, esses autores compartilham suas experiências com aquilo que cada vez mais estamos sendo obrigados a pensar - o fim do mundo. Eles são “verdadeiros especialistas em fins de mundo” e, por isso, temos muito o que aprender com eles. (DANOWSKI; VIVEIROS DE CASTRO, 2015, p. 142)

Como bem colocou Eduardo Viveiros de Castro no texto de abertura da coletânea de entrevistas com Ailton Krenak, intitulado *Alguma Coisa Vai Ter que Acontecer* (2015), é possível pensar esses dois autores e as reflexões que ambos empreendem a partir de suas semelhanças enquanto líderes políticos e intelectuais, mas também, por meio de suas singularidades, pois partem de lugares diferentes na produção de suas reflexões. Como descreve o antropólogo:

[...] são sobreviventes de massacres e epidemias, que ficaram longe de seus povos por anos; que tomaram como missão refletir, a partir de seu exílio forçado e seu trabalho de campo reverso, sobre sua condição, sobre sua diferença insistente perante os destruidores de seus mundos, e a partir daí ser capaz de falar a estes últimos, de resistir a eles [...] (VIVEIROS DE CASTRO, 2015, p. 13).

É possível observar aquilo que singulariza cada um dos pensadores em seus livros, tanto na obra *A Queda do Céu* (2015), escrito a partir da aliança entre Davi Kopenawa e o antropólogo Bruce Albert, quanto no conjunto de entrevistas dadas por Ailton Krenak na coleção *Encontros* (2015), ou mesmo nos livros mais recente do autor, *Ideias para Adiar o Fim do Mundo* (2019) e *O Amanhã Não Está à Venda* (2020). Como descreve Eduardo Viveiros de Castro (2015), enquanto Kopenawa parte dos conceitos yanomami para pensar a “cosmopraxis” dos brancos e descrever o mundo dos espíritos da floresta, Krenak fala a partir de um conjunto imenso de escritos e experiências acumulados ao longo de sua vida enquanto liderança política e também das viagens que fez, nas quais conheceu outros tantos intelectuais indígenas e entrou em contato com seus conceitos, comumente trazidos pelo autor em suas análises.

Davi Kopenawa narra em seu livro *A Queda do Céu* (2015), que a *hutukara* (floresta), foi criada por *Omama*, demiurgo responsável pela criação do mundo, dos humanos, dos animais de caça, dos seres protetores da floresta e uma série de outros entes que foram por ele nomeados. Atualmente, suas palavras são constantemente atualizadas por meio do xamanismo, em que são colocadas nos corpos dos xamãs durante o processo de formação destes especialistas. Havia uma floresta anterior a atual feita por *Omama*, mas ela era caracterizada pela fragilidade, pois as coisas e os seres sofriam transformações sucessivas, não havia estabilidade alguma, razão pela qual ela durou até o momento em que o céu desabou pela primeira vez. Foi então que vieram as ações de *Omama* para a criação do mundo atual. Primeiro, ele “fixou a imagem” da nova terra esticando-a, como se estica o barro na produção da cerâmica, depois a preencheu com traços feitos com

tintas de urucum, em seguida, preparou as estruturas necessárias para que não desabasse como na experiência anterior. Para tanto, utilizou-se de peças de metal colocadas no solo para dar sustentação à superfície da terra. Após preparar o solo *Omama* fez as montanhas, protegendo, assim, os primeiros habitantes dos ventos e das tempestades. Fez também o primeiro Sol, que por esquentar demais, foi descartado e então fez um segundo astro, menos quente, e colocou as nuvens para proteger do calor emanado por ele. Foi *Omama* quem fez também as árvores e as plantas, fez isso espalhando suas sementes no solo e a floresta teve sua origem do cultivo realizado pelo demiurgo. Os rios, antes de suas ações, corriam somente no mundo subterrâneo e a superfície estava ausente de águas. Foi então que, ao ver o filho com sede enquanto trabalhavam na roça, *Omama*, munido com uma barra de metal, perfurou a terra e fez com que a água jorrasse tão intensamente, que chegara a formar rios não somente na superfície com peixes, arraias e jacarés, como também no patamar celeste. Além dos elementos geográficos, *Omama* criou também os primeiros humanos e sua ideia inicial era produzir seres imortais, o que o fez coletar uma árvore com madeira dura e um tipo de casca que se renova constantemente, para que as pessoas mudassem de pele depois de ficarem velhas, da mesma maneira que ocorre com a casca vegetal da árvore escolhida, impedindo, assim, a sua morte. Mas devido à intervenção de seu irmão, que trocou a madeira dura e com casca renovável por uma madeira fibrosa e mole, os humanos passaram a ser conhecidos por sua vida breve⁹.

⁹ As ações do irmão de *Omama* são caracterizadas por serem o oposto das ações do demiurgo. Enquanto *Omama* produzia o mundo e o habitava com seres que não causavam problemas, seu irmão, *Yoasi*, conhecido por seus equívocos, por vezes intencionais, foi responsável pela criação dos seres que causaram problemas aos humanos. Foi ele quem criou os seres das doenças, os *ně wāri*, e também os seres das epidemias, conhecidos por *xawara*. Para proteger da morte e dos inconvenientes trazidos pelos seres criados pelo seu irmão, *Omama* criou os *xapiri*. A função dos *xapiri* é espantar esses seres que provocam doenças, recuperar a imagem das pessoas capturada por esses seres – razão pela qual ficavam doentes – e as trazer de volta para seus corpos.

Nesta curta sequência que trata de uma pequena parcela das ações e criações de *Omama*, é possível observar que a floresta atual é resultado da potência criativa de um demiurgo, mas além da sua capacidade criativa, ela é também um lugar habitado por distintos seres, como os *ně wāri* e os *xawara*, seres ruins criados pelo irmão de *Omama*, *Yoasi*, os *xapiri*, os espíritos da floresta *urihinari*, os espíritos das águas *māu unari*, os espíritos animais *yarori*, e uma série de outros seres nomeados-criados por *Omama*.

A narrativa de Kopenawa sobre as criações de *Omama* revela como a floresta, para além de sua origem, está também atravessada por uma teia complexa de relações envolvendo uma série de entes. Há uma passagem no livro, em que fica mais evidente a tradução realizada por Davi Kopenawa daquilo que nós denominamos de natureza. Se costumamos unificar sua heterogeneidade, utilizando sentidos generalizantes de naturezas, ou a tomamos como objeto exterior aos humanos, os Yanomami revelam uma série de conceitos para descrevê-la que somente fazem sentido quando colocados em relação:

O que eles [brancos] chamam de natureza é, na nossa língua antiga, *Urihi a*, a terra-floresta, e também sua imagem, visível apenas para os xamãs, que nomeamos *Urihinari*, o espírito da floresta. É graças a ela que as árvores estão vivas. Assim, o que chamamos de espírito da floresta são as inúmeras imagens da floresta, as das folhas, que são seus cabelos e as dos cipós. São também as dos animais e dos peixes, das abelhas, dos jabutis, dos lagartos, das minhocas e até mesmo a dos grandes caracóis *warama aka*. A imagem do valor de fertilidade *ně roperi* da floresta também é o que os brancos chamam de natureza. Foi criada com ela e lhe dá sua riqueza. De modo que, para nós, os espíritos *xapiri* são os verdadeiros donos da natureza, e não os humanos. (KOPENAWA; ALBERT, 2015, p. 475).

Dessa maneira, a terra-floresta (*urihi a*), somente pode ser pensada em sua relação com o espírito da floresta, *urihinari*, visto não por todos os Yanomami, mas por aqueles que têm suas capacidades xamânicas desenvolvidas. O que essa passagem revela é que não se trata de um único espírito da floresta, mas uma multiplicidade, tão ou mais variável do que a própria variedade de

seres que compõem esse tecido vivo chamado *urihi a*. Além dessas imagens, a floresta criada por *Omama* possui um sopro de vida, conhecido como *urihi wixia*. Os seres humanos também são dotados de um sopro de vida, mas diferente daquele da floresta, que é longo e está em constante renovação, o dos humanos é tão breve quanto sua vida. Além do espírito e do sopro de vida, a floresta também é conhecida por seu “valor de fertilidade”, *ně roperi*, é ele que faz as plantas e as árvores crescerem, foi *Omama* que o criou e colocou na terra. O *ně roperi* é a imagem do *ně rope* que possui forma humana vista somente pelos xamãs e os demais humanos somente atestam a presença do “valor de fertilidade” por meio de seus efeitos, o crescimento dos cultivares yanomami nas roças e das plantas na mata. Sendo assim, a floresta, ou aquilo que nós simplesmente chamamos de natureza, seria uma espécie de conjunção entre múltiplas imagem-espírito (*uhirinari*), sopro de vida longo (*urihi wixia*) e o *ně rope* (valor de fertilidade). Quando olhamos para a tradução yanomami de natureza, observamos não somente um significado diferente ao nosso, mas principalmente um modo de vida completamente distinto. O humano, neste outro mundo, não ocupa uma posição como sujeito excepcional, agindo sobre um mundo exterior tomado como mero objeto, mas somente pode ser pensado, assim como os outros seres, na sua relação com o mundo.

Nas reflexões de Ailton Krenak (2015, 2019, 2020), assim como foi mostrado acima para o caso de Davi Kopenawa (2015), é possível observar esse caráter ativo, vivo, que marca o que denominamos, a partir de um processo de captura e estabilização da agência desses elementos exteriores, de natureza. Como apresenta o autor em seu livro *Ideias para Adiar o Fim do Mundo*:

Tem uma montanha rochosa na região onde o rio Doce foi atingido pela lama da mineração. A aldeia Krenak fica na margem esquerda do rio, na direita tem uma serra. Aprendi que aquela serra tem nome, Takukrak, e personalidade. De manhã cedo, de lá do terreiro da aldeia, as pessoas olham para ela e sabem se o dia vai ser bom ou se é melhor ficar quieto. Quando ela está com uma cara tipo ‘não estou para conversa hoje’ as pessoas já ficam atentas. Quando ela amanhece esplêndida, bonita, com nuvens claras

sobrevoando a sua cabeça, toda enfeitada, o pessoal fala: ‘pode fazer festa, dançar, pesca, pode fazer o que quiser. (KRENAK, 2019, p. 17-18)¹⁰.

Reflexões como essas revelam alguns pontos centrais na obra de Ailton Krenak, que mostram a natureza como dotada de capacidades de sujeitos e a continuidade entre humano e mundo. Discussões semelhantes a estas haviam sido realizadas pelo autor ainda no final da década de 1980, conforme a entrevista de 1989 à revista *Caos*, intitulada “Terra: um organismo Vivo” (Krenak, 2015). Nela, Ailton Krenak (2015), partindo do mundo vivido de seu povo de origem, fala sobre a impossibilidade de pensar uma separação entre o homem e a natureza. Como fazer operar essa distinção em um lugar onde as árvores estabelecem relações de parentesco com os homens, são suas irmãs, e onde as montanhas “pensam e sentem”? Krenak (2015) revela uma característica comum ao pensamento indígena, a capacidade de sujeito não é uma exclusividade dos humanos, o mundo é povoado de sujeitos que pensam, como as montanhas, e que fabricam relações de parentesco, como o caso das árvores citadas pelo autor.

Desse modo, Ailton Krenak (2015, 2019) revela que a disjunção entre homem e mundo, condição mesma do pensamento e prática ocidentais, tem como um de seus efeitos o colapso ambiental e climático. Como dito de maneira crítica e irônica na entrevista de 1989, para alguns povos a separação entre o homem e a natureza é vista como grande virtude, e conduz ao pensamento de que “[...] o homem é o mantenedor da Terra, da vida aqui do planeta, é uma pretensão descabida.” (Krenak, 2015, p. 42). O efeito dessa separação entre homem e mundo, natureza e cultura, própria à ontologia moderna, fundamento de muitos dos saberes e práticas

¹⁰ Essa capacidade comunicativa e agentiva das montanhas não é uma exclusividade dos Krenak. Como mostra o autor, ela é muito comum nos Andes, local marcado pelas gigantescas montanhas andinas onde muitas delas formam casais, constituem famílias nucleares (mãe, pai, filhos) e estabelecem relações de afetos entre si. Os humanos que vivem nestas regiões comumente fazem festas a estes gigantescos seres, oferecendo-lhes presentes e comidas.

ocidentais, tem como consequência a transformação da floresta em mercadoria, a destruição ambiental em suas mais variadas formas. Nas próprias palavras de Ailton Krenak:

Quando despersonalizamos o rio, a montanha, quando tiramos deles os seus sentidos, considerando que isso é atributo exclusivo dos humanos, nós liberamos esses lugares para que se tornem resíduos da atividade industrial e extrativista. Do nosso divórcio das integrações e interações com a nossa mãe, a Terra, resulta que ela está nos deixando órfãos, não só aos que em diferente graduação são chamados de índios, indígenas ou povos indígenas, mas a todos. KRENAK, 2015, p. 49-50).

De um lado, temos um pensamento em que a terra emerge como uma trama densa, envolvendo os mais distintos seres colocados em relação, sejam eles humanos ou não. De outro, a vida e a agência dos seres que habitam a terra são completamente obliteradas, possibilitando que ela seja transformada em um mero território mensurável, quantificável, valorável. A floresta se transforma em uma mercadoria a ser negociada pelas serrarias que avançam junto à frente de expansão, às bolsas de valores. Estas características, anunciadas por Ailton Krenak (2015, 2019), também estão presentes nas reflexões de Davi Kopenawa quando fala da relação que o homem branco estabelece com a floresta. Vejamos a seguinte passagem:

[Os brancos] pensam que a floresta está morta e vazia, que a natureza está aí sem motivo e que é muda. Então dizem para si mesmos que podem se apoderar dela para saquear as casas, os caminhos e o alimento dos xapiri como bem quiserem! Não querem ouvir nossas palavras nem a dos espíritos. Preferem permanecer surdos (KOPENAWA; ALBERT, 2015, p. 476).

As diferentes reflexões trazidas pelos pensadores, além de explicitar maneiras distintas de conceber a terra, explicitam também uma diferença entre modos de conhecer completamente distintos: um, fundamentado na transformação da natureza e de alguns seres humanos - como os indígenas e negros - em objeto e mercadoria; outro, numa relação constante entre sujeitos, um

mundo povoado de agência partindo dos mais diversos seres. De um lado o homem e o mundo, e de outro o homem com o mundo.

O que as reflexões de Ailton Krenak e Davi Kopenawa revelam é justamente o estatuto de sujeito daquilo que chamamos de natureza, floresta ou terra. Seus corpos e seus conhecimentos, neste sentido, são produzidos a partir de uma relação sujeito-sujeito e não sujeito-objeto. A terra é condição da vida destes povos, eles vivem com a terra, se deixam atravessar por essa multiplicidade de sujeitos, pensam por intermédio deles. A produção de seus corpos, de seus modos de vida somente se faz nessa soma, nessa conjugação homem-mundo, e não na separação e consequente transformação da terra e do fora em simples mercadoria ou objeto. O que estes filósofos fazem, além de mostrar essa relação tão próxima à terra, é nos convocar a ouvir seus conhecimentos, numa tentativa de reverter a destruição causada pelo nosso próprio modo de vida. Nas palavras do xamã yanomami, Davi Kopenawa:

Gostaria que os brancos parassem de pensar que nossa floresta é morta e que ela foi posta lá à toa. Quero fazê-los escutar a voz dos xapiri, que ali brincam sem parar, dançando sobre seus espelhos resplandecentes. Quem sabe assim eles queiram defendê-la conosco. Quero também que os filhos e filhas deles entendam nossas palavras e fiquem amigo dos nossos, para que não cresçam na ignorância. Porque se a floresta for completamente devastada, nunca mais vai nascer outra. (KOPENAWA; ALBERT, 2015, p. 65).

2. O marco temporal e a mineração em terras indígenas: dos ataques que não cessam

Abrimos esse texto destacando a definição de Terra Indígena, conforme apresenta o artigo 231 da Constituição Federal de 1988. Em seguida, passamos pelos conceitos de terra e suas variações baseados nas obras de Ailton Krenak e Davi Kopenawa. Além das diferenças em relação à concepção ocidental de terra, a fala dos autores, incluindo o discurso de Sonia Guajajara na abertura deste artigo, revelam o temor da perda dos direitos conquistados com a Constituição Federal e a necessidade de proteção dos territórios indígenas.

Quando o assunto é perda de direitos conquistados e os ataques aos territórios indígenas e as suas formas de vida, nada mais emblemático do que as contestações, por meio da noção equivocada de marco temporal de ocupação, que vem ocorrendo dos processos de demarcação, e também da apresentação de Projetos de Lei como o 191/2020, cujo foco é a exploração mineral em Terras Indígenas. Cabe destacar que neste texto nos centraremos nesses dois exemplos, mas tantos outros poderiam ser citados, como a Medida Provisória 910, conhecida como MP da Grilagem; a Instrução Normativa 09/2020 da Funai, que favorece a posseiros ao levar em conta a existência apenas das TIs já homologadas no momento dos cadastros de imóveis rurais, ou então, o Projeto de Lei Complementar nº17/2020 de autoria do Governador do Mato Grosso do Sul, que autoriza o registro no Cadastro Ambiental Rural (CAR) de propriedades rurais sobrepostas a Terras Indígenas no Estado. De um modo ou de outro, todos esses exemplos se apresentam como mecanismos à revisão de direitos já adquiridos pelos povos indígenas e são resultado de ações de grandes proprietários e de uma bancada ruralista que compõe hoje o Congresso Nacional, a qual insiste em ver na terra apenas seus aspectos mercadológicos, pautando-se em uma visão equivocada de que os povos indígenas seriam um entrave ao desenvolvimento econômico do país.

Embasados nesse argumento, de que os indígenas e seus territórios limitam o progresso, entram em discussão a Medida Provisória 790 de 2017, conhecida como MP da Mineração, e o Projeto de Lei 191/2020, que de certo modo é uma atualização do debate já colocado durante a constituinte, conforme apresentado no início do texto. Depois de muita discussão em torno do tema, por meio da Constituição Federal de 1988 passou-se a prever de forma excepcional a pesquisa e a lavra de minérios em Terras Indígena, atividade atualmente condicionada a uma autorização expressa do Congresso Nacional, diferente de outras áreas cuja exploração pode ser autorizada pelo Executivo Federal. A Constituição Federal em seu art. 231, §3º, dispõe que atividades mineradoras em Terras

Indígenas só podem ser justificadas em razão do “interesse nacional” da exploração, devendo as comunidades serem consultadas a seu respeito. Havendo a exploração mineral os povos indígenas também devem ter garantidos seus direitos de participação nos resultados econômicos da atividade.

Entretanto, para além do que preconiza a Constituição de 1988, o Projeto, conforme apontado pelo Instituto Socioambiental (ISA, 2020), prevê:

[...] a exploração de petróleo e gás natural, a implantação de hidrelétricas e de obras de infraestrutura que afetam o solo, os lagos e os rios existentes nessas terras, atributos destinados ao usufruto exclusivo dos índios, que só poderiam ser disciplinados por meio de lei complementas. Além disso, o projeto também pretende viabilizar a garimpagem, inclusive por não indígenas, o que é vedado pelo texto constitucional. Em resumo: escancara as Terras Indígenas a todo e qualquer interesse privado.

Na hipótese de aprovação do Projeto de Lei (PL) em questão, a consulta prévia, livre e informada das comunidades, preconizada pela própria Constituição Federal e sobretudo pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), da qual o Brasil é signatário, seria transformada apenas em um trâmite burocrático no meio de todo o processo, que poderia ocorrer mesmo com a negativa das comunidades. Com o foco voltado apenas ao viés econômico da atividade mineradora, o PL configura-se como um desrespeito às práticas e relações dos povos indígenas com os territórios que ocupam, além de representar uma ameaça ao meio ambiente como um todo. Somando a isso, no momento em que ele prevê que a atividade mineradora pode ser realizada, inclusive, por não indígenas, apresenta-se como uma afronta à garantia dos povos ao usufruto exclusivo de suas terras, conforme destacado na Constituição Federal.

De um modo geral, pode-se afirmar que é a visão equivocada que se tem da terra enquanto mercadoria e o desejo de liberá-las com vistas ao falacioso desenvolvimento econômico do país, que se apresenta como o pano de fundo das discussões tanto do Projeto de

Lei 191/2020 quanto da tese do marco temporal de ocupação. E ambas se opõem aos distintos modos indígenas de ocupar e viver seus territórios.

Ao se discutir sobre o marco temporal de ocupação parte-se do princípio de que apenas as terras ocupadas pelos povos indígenas no contexto da promulgação da Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988, deveriam ser consideradas como ocupações legítimas. Em contraposição ao disposto na teoria do indigenato, na qual o direito dos indígenas à terra se apresenta como originário, de modo que o ato administrativo para demarcação de Terras Indígenas, de natureza jurídica e conduzido pelo Estado, é meramente declaratório, conforme já discutido no início deste artigo.

Ao recorrer ao marco temporal de ocupação, o que se tem é a legitimação das inúmeras violências sofridas pelos povos indígenas até a data em que a Constituição Federal foi promulgada. Podemos citar aqui, dentre os muitos exemplos possíveis, o confinamento em pequenas reservas, como ocorreu de modo emblemático com os Guarani e Kaiowá no Mato Grosso do Sul; a criação de prisões; e os assassinatos em massa que ocorreram em nome do progresso e da implantação de grandes empreendimentos. A exemplo do que aconteceu com o povo Waimiri Atroari, em razão da construção da rodovia BR-174 e da Hidrelétrica de Balbina, ou com os povos Parakanã, Tenharin, Parintintin, Jiahui, entre outros, que sofreram com as mortes causadas pela construção da rodovia Transamazônica (BR-230), que atravessou territórios.

O marco temporal de ocupação é também uma forma de anistiar a grilagem de Terras Indígenas, a expulsão desses povos de suas localidades e conseqüentemente seu extermínio. Lembrando que, se no momento da promulgação da Constituição Federal determinadas populações indígenas não se encontravam nos territórios que hoje reivindicam nos processos de regularização fundiária, não significa que abandonaram essas localidades. Em muitos contextos ocorreram remoções forçadas dessas populações.

Conforme destaca Luiz Henrique Eloy (2020), advogado indígena terena da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), ainda que a tese do marco temporal de ocupação tenha ganhado força no Judiciário durante os processos que visam a contestação das demarcações de Terras Indígenas, as referências a ela são anteriores e ora ou outra emergem em discursos cujo intuito é deslegitimar os direitos dos povos indígenas. O autor enfatiza, por exemplo, o discurso do deputado federal Gervásio Silva (PFL-SC), proferido no dia 20 de outubro de 2005, que partindo do conceito de “habitação permanente”, presente na Constituição Federal, buscou reforçar a possibilidade de implantação de um marco temporal de ocupação para balizar os processos de regularização fundiária envolvendo Terras Indígenas, ignorando, conforme apresentado anteriormente, as remoções forçadas desses povos de seus territórios.

Ainda que presente em diferentes contextos nas discussões sobre as Terras Indígenas, o marco temporal de ocupação só ganhou forma no judiciário ao longo do ano de 2000, mais especificamente, no ano de 2009 com o processo de contestação da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, e as discussões no Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito das salvaguardas institucionais às Terras Indígenas. Trata-se aqui da Petição nº 3388/RR e das 19 condicionantes aplicadas ao caso, que naquele momento já pretendiam estender a todas as Terras Indígenas. Dentre as condicionantes, além das questões relacionadas ao tempo de ocupação, cabe citar a proibição da revisão dos limites das terras já regularizadas, possíveis restrições ao direito de uso dos territórios e a perda da soberania dos povos indígenas, que ocorreria, por exemplo, com a construção de bases militares e a exploração em seus territórios de riquezas ditas estratégicas. Tal debate, em torno das 19 condicionantes, ampliou-se no ano de 2012, com a portaria 303 da Advocacia Geral da União (AGU), barrada na ocasião, pelo movimento indígena, voltando à tona com o Parecer 001 da AGU de julho de 2017, que mais uma

vez buscava estender os efeitos do processo relativo à TI Raposa Serra do Sol para todo o território brasileiro.

Neste exato momento, julho de 2020, as discussões continuam a girar em torno do referido parecer, assinado pelo então Presidente Michel Temer claramente em troca de votos da bancada ruralista, em sua defesa contra a tentativa de deflagração de seu processo de impeachment no Congresso Nacional. O Parecer 001/2017/AGU institucionaliza o marco temporal e sua aplicação foi responsável pela devolução e revisão de inúmeros processos de demarcação de Terras Indígenas, a exemplo da TI Guyraroka, do povo Guarani-Kayowá ou a TI Limão Verde, ambas no Mato Grosso do Sul.

Em suma, a tese do marco temporal de ocupação se configura como um ataque a diversos dispositivos que estruturam os artigos constitucionais que resguardam os direitos dos povos indígenas sobre seus territórios, além de suprimir uma história de violência que marca a relação do Estado com esses povos. Entretanto, conforme destaca Eloy:

Não tem como agora tentar mitigar, relativizar esses direitos que já foram reconhecidos em sua plenitude [...] Além do mais, quando a Constituição reconheceu esse direito sobre os territórios tradicionais, ela não trabalhou em nenhum momento com requisitos temporais (ELOY, 2017).

Considerações finais

A Constituição de 1988 em seu capítulo VIII - Dos Índios, foi um grande marco, por garantir o direito dos povos indígenas à terra demarcada e tornar possível que estes povos vivessem de acordo com seus modos de vida, abolindo o discurso assimilacionista que pautou, por muitos anos, a política empregada pelo Estado brasileiro. Mas como buscamos demonstrar, os ataques a estas populações nunca cessaram, ao contrário disso, eles têm se intensificado nos últimos anos. Partem tanto das esferas mais altas

do Estado, como também das diversas localidades onde há o encontro entre os povos indígenas e as frentes de expansão.¹¹

Escrevemos este texto durante a pandemia da Covid-19. Neste momento, os povos indígenas são afrontados com a ausência de políticas efetivas para o enfrentamento da pandemia por parte do Estado e com o aumento das invasões de seus territórios por madeireiros e garimpeiros. Essa situação de vulnerabilidade configura-se na imagem mais atual dos diversos ataques aos quais são submetidos e revela parte de um processo genocida que vigora faz anos, mas que, neste instante, ganha maior visibilidade.

Há anos estes povos também vêm resistindo, lutando por suas terras, realizando suas retomadas, como modo de garantia de seus modos de vida, e como mostramos por meio das reflexões dos filósofos Ailton Krenak (2015, 2019, 2020) e Davi Kopenawa (2015), tentando alertar e revelar aos brancos que a sua lógica desenvolvimentista e a ideia mesmo de progresso, alicerçada no pressuposto de que o mundo é aquilo que nos pertence e que está aí para nos servir, tem como efeito, a destruição do próprio mundo.

A conceitualização realizada por estes dois pensadores sobre a terra mostra que esta não deve ser vista como uma espécie de peça de museu, como se olhássemos para ela e víssemos “como era a Terra no passado” (Krenak, 2019, p. 13). O que eles mostram é seu caráter relacional, uma forma de vida com a terra, em que todos

¹¹ O levantamento realizado pela Comissão Pastoral da Terra (CPT) “Conflitos no Campo Brasil 2019”, aponta um aumento no número de conflitos rurais desde que Jair Bolsonaro assumiu a presidência. Somente em 2019, foram registradas 1254 ocorrências de conflito por terra, o maior índice desde 2010. Segundo o relatório, mais da metade desses conflitos aconteceu na região da Amazônia Legal. O relatório contabiliza um aumento de 14% no número de assassinatos oriundos desses conflitos. As lideranças dos movimentos de luta pela terra são as principais vítimas, por denunciarem práticas de grilagem, extração ilegal de madeira e garimpo como ameaças às suas terras. Registrou-se sete assassinatos de lideranças indígenas, o maior número desde 2010.

Confira o relatório completo em: <https://www.cptnacional.org.br/component/jdownloads/send/41-conflitos-no-campo-brasil-publicacao/14195-conflitos-no-campo-brasil-2019-web?Itemid=0>

aqueles que a habitam, sejam eles humanos ou não humanos, estão sempre realizando um ato contínuo de diplomacia, no qual não há um ponto de vista transcendente do todo, aquilo que nós comumente chamamos de humanidade, como alerta Ailton Krenak (2019). Para pensar os dilemas colocados pelo colapso ambiental é necessário parar, ouvir seus enunciados e caminhar junto com estes povos em suas lutas. Caso contrário, como mostra Davi Kopenawa ao falar da fumaça e das epidemias *xarawara*, resultado dos garimpos que invadem as terras yanomami e da morte da floresta, “[...] não somos só nós (Yanomamis) que sofremos dessa doença do minério. Os brancos também são contaminados e no fim ela os come tanto quanto a nós, pois a epidemia *xarawara*, em sua hostilidade, não tem nenhuma preferência!” (KOPENAWA; ALBERT, 2015, p. 365).

Referências

- ALFINO, Ana Carolina; ELOY, Luiz Henrique. A aplicação do Marco Temporal pelo poder judiciário e seus impactos sobre os direitos territoriais do povo Terena. In: ALCÂNTRA, Gustavo Kenner; TINÔCO, Livia Nascimento; MAIA, Luciano Mariz (org). **Índios, direitos originários e territorialidade**. Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR): Brasília, 2018.
- ALMEIDA, Lígia Rodrigues. Sobre outros modos de ocupar: o tempo dos sonhos o Tekoha sonhando Tupi Guarani. In: CONGRESSO INTERNACIONAL POVOS INDÍGENAS DA AMÉRICA LATINA: trajetórias, narrativas e epistemologias plurais, desafios comuns, 3., 2019, Brasília. **Anais** [...]. Brasília: UnB, 2019.
- BRAND, Antônio José. “Quando chegou esses que são nossos contrários”: a ocupação espacial e o processo de confinamento dos Kaiowa/Guarani no MS. **Multitemas**, Campo Grande, n. 12, p. 21-51, 1998.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da

República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 jun. 2020.

KRENAK, Aílton; COHN, Sergio (org.). **Encontros Ailton Krenak**. Azougue: Rio de Janeiro, 2015.

CONVENÇÃO 169: convenção relativa aos povos indígenas e tribais em países independentes. *In*: Magalhães, Edvard Dias. (org.). **Legislação indigenista brasileira e normas correlatas**. 2. ed. Brasília: FUNAI/CGDOC, 2003.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Dossiê 30 anos na Constituição Brasileira: Índios na Constituição. **Novos estud. CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 3, set./dez. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002018000300429&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 jun. 2020.

CUNHA, Manuela Carneiro da. O futuro da questão indígena. **Estud. av.**, São Paulo, v. 8, n. 20, p. 121-136, abr. 1994. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141994000100016&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 jun. 2020.

DANOWSKI, Déborah; VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. **Há mundos por vir?** Ensaio sobre os medos e os fins. Florianópolis: Cultura e Barbárie: Instituto Socioambiental (ISA), 2014.

ELOY, Terena. **Terras indígenas na pauta do Supremo**: teoria do indigenato versus Marco Temporal. 25 maio 2020. Mídia Ninja. Disponível em: <https://midianinja.org/luizhenriqueeloy/terras-indigenas-na-pautas-do-supremo-teoria-do-indigenato-versus-marco-temporal>. Acesso em: 30 maio 2020.

GALLOIS, Dominique. Terras ocupadas? Territórios? Territorialidades? *In*: RICARDO, Fany (org.). **Terras indígenas e unidades de conservação da natureza**: os desafios das sobreposições territoriais. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.

INDIGENISTAS ASSOCIADOS. Associação de Servidores da Funai. **Marco Temporal não**: nota de repúdio da INA sobre a tese do Marco Temporal. 13 set. 2017. Disponível em: <https://indigenistasassociados.org.br/2018/01/28/marco-temporal-nao-nota-de-repudio-da-ina-sobre-a-tese-do-marco-temporal/>. Acesso em: 15 jun. 2020.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **O vale-tudo de Bolsonaro contra as terras indígenas**. 11 fev. 2020. Blog do ISA. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-isa/o-vale-tudo-de-bolsonaro-contra-as-terras-indigenas#:~:text=Apretexto+deregulamentara,recursosnaturaisdasTerrasIndADgenas>. Acesso em: 10 jun. de 2020.

KOPENAWA, Davi; ALBERT, Bruce. **A queda do céu: palavras de um xamã yanomami.**, São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

KRENAK, Ailton. **Ailton Krenak: os frutos do discurso que comoveu o país**. 2018. Entrevista concedida a Danilo Vivan. Believe Earth. Disponível em: <https://believe.earth/pt-br/ailton-krenak-os-frutos-do-discurso-que-comoveu-o-pais/>. Acesso em: 12 jun. 2020.

KRENAK, Ailton. **Ideias para adiar o fim do mundo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

KRENAK, Ailton. **O amanhã não está à venda**. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

MARÉS DE SOUZA E FILHO, Carlos Frederico. Capítulo VIII - Dos Índios. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**, São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. (Série IDP).

SANTANA, Carolina Ribeiro; CARDOSO, Thiago Mota. Direitos territoriais indígenas às sombras do passado. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 89-116, mar. 2020. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662020000100089&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 jun. 2020.

A RESPONSABILIDADE DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR (IES) NA DISSEMINAÇÃO DA EDUCAÇÃO PARA OS DIREITOS HUMANOS

Angela Aparecida da Cruz Duran¹

Raquel Rosan Christino Gitahy²

Ivan Márcio Gitahy Júnior³

Introdução

Os Direitos Humanos são o resultado de lutas centenárias pelo reconhecimento, realização e universalização da Dignidade da Pessoa Humana. São direitos construídos historicamente e socialmente por diferentes gerações e transformados culturalmente e permanentemente.

Ao longo da História Humana, as graves violações de direitos excluíram social, econômica, política e culturalmente contingentes enormes de seres humanos que restaram marginalizados ao processo de avanço humano. A pobreza, as desigualdades, as discriminações, os autoritarismos, as segregações, as reificações, enfim, as múltiplas formas de violências e violações de direitos

¹ Graduada em Ciências Jurídicas e Ciências Sociais pelas Faculdades Integradas de Guarulhos/SP, Mestre em Educação Escolar pelas Faculdades de Ciências e Letras da Universidade Estadual Paulista/UNESP/Araraquara/SP, Doutora em Direito pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco/Universidade de São Paulo/USP/SP; Professora Efetiva dos Cursos de Direito

² Doutora em Educação. Pedagoga. Bacharel em Direito. Docente da Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul e da Universidade do Oeste Paulista. Avaliadora de cursos pelo MEC-INEP.

³ Doutor em Ciências Sociais, Mestre em Educação, Gestor de negócios. Avaliador institucional pelo INEP.

contra as pessoas ensejaram os contextos miséria e violências extremas que se materializaram no presente.

A Educação, como processo civilizatório e de transmissão cultural, socialização, humanização e politização humana é um dos alicerces para a continuação, avanço e promoção das sociedades humanas e um conjunto de direitos mínimos de qualquer componente dela. Nesse contexto, a Educação para os Direitos Humanos é parte fundamental do conjunto desses direitos, inclusive do próprio direito à educação.

É nesse ambiente que a Educação em/para os Direitos Humanos emerge como uma necessidade tendo como finalidade ressignificar a existência de sujeitos de direitos e de responsabilidades, garantir o respeito a esses direitos influenciando na reconstrução das democracias para o fortalecimento e empoderamento dos excluídos. O Programa Mundial de Educação em Direitos Humanos (PMEDH), define a Educação em/para os Direitos Humanos (EDH) como:

[...] o conjunto de atividades de capacitação e de difusão de informação, orientadas para criar uma cultura universal na esfera dos direitos humanos, mediante a transmissão de conhecimentos, o ensino de técnicas e a formação de atitudes(UNESDOC, 2012)

Essa educação tem por finalidade:

[...] a) fortalecer o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais;(b) desenvolver plenamente a personalidade humana e o sentido da dignidade do ser humano;(c) promover a compreensão, a tolerância, a igualdade entre os sexos e a amizade entre todas as nações, os povos indígenas e os grupos raciais, nacionais, étnicos, religiosos e linguísticos;(d) facilitar a participação efetiva de todas as pessoas em uma sociedade livre e democrática, na qual impere o Estado de Direito;(e) fomentar e manter a paz;(f) promover um modelo de desenvolvimento sustentável centrado nas pessoas e na justiça social. (UNESDOC, 2012)

E abrange o seguinte:

[...] (a) conhecimentos e técnicas – aprender sobre os direitos humanos e os mecanismos para sua proteção, bem como adquirir a capacidade de aplicá-los na vida cotidiana;(b) valores, atitudes e comportamentos – promover valores e fortalecer atitudes e comportamentos que respeitem os direitos humanos;(c) adoção de medidas – fomentar a adoção de medidas para defender e difundir os direitos humanos. (UNESDOC, 2012)

Do que se transcreve acima depreende-se que: a EDH é uma educação diferenciada da educação formal, vez que além de ensinar os conteúdos universais, também se presta ao ensino da cidadania, forma o senso crítico e ético e estimula a convivência na paz, tolerância e respeito ao próximo. Tem como finalidades principais: fortalecer o Estado Democrático de Direitos, fomentar a Paz mundial e o desenvolvimento sustentável com Justiça Social. Para tanto é preciso ensinar conhecimentos e técnicas específicos, tais como os Direitos Humanos e suas formas de garantia e proteção, estimular as atitudes e comportamentos pautadas nestes conhecimentos; inculcar valores íntimos e coletivos, tais como honestidade e Justiça, além de politizar mentes para a convivência igualitária.

Para que a EDH se realize é necessário o concurso de vários sujeitos e instituições, dentre as quais as Instituições de Ensino Superior (IES), públicas e privadas, que tem a responsabilidade de disseminar e de produzir o conhecimento universal, mas acima de tudo, de formar cidadãos éticos, comprometidos com a construção da Paz, da Democracia, e dos Direitos Humanos.

As Instituições de Ensino Superior Brasileiras

Conforme o Censo da Educação Superior Brasileira realizado em 2018 pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Anísio Teixeira (INEP), no Brasil existiam 2.537 Instituições de Educação Superior (IES), divididas entre universidades, centro universitário, faculdade, instituto federal e cefet, conforme mostra a tabela 1.

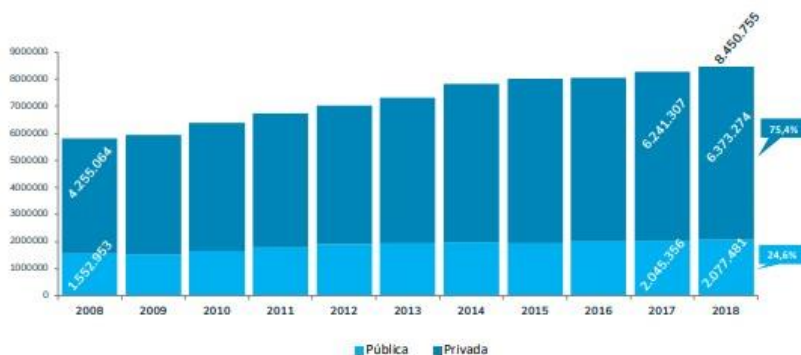
Tabela 1 : Número de Instituições de Ensino Superior no Brasil no ano de 2018

ANO	TOTAL	UNIVERSIDADE		CENTRO UNIVERSITÁRIO		FACULDADE		IF E CEFET	
		PÚBLICA	PRIVADA	PÚBLICO	PRIVADO	PÚBLICA	PRIVADA	PÚBLICO	PRIVADO
2018	2.537	107	92	13	217	139	1.929	40	n.a.*

Fonte: INEP - Censo da Educação Superior 2018.

O referido documento (2018, INEP) ainda divulgou que o número de matrícula no ensino superior vem crescendo, conforme evidencia o gráfico 1

Gráfico 1: Número de matriculados no ensino superior



Fonte: Censo da Educação Superior 2018

De acordo com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBN), a Lei n.9.394 de 1996, a Educação Superior está normatizada no Capítulo IV, artigos 43 a 57. Nestes quatorze artigos a lei aponta a finalidade desse nível de educação, cursos e programas, autorização, credenciamento e reconhecimento, ano letivo, obtenção de diplomas, seleção de alunos, autonomia, dentre outras coisas.

No âmbito da finalidade da Educação Superior o artigo 43 elenca os seguintes incisos:

[...] I - estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do **pensamento reflexivo**;

II- formar diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e **para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, e colaborar na sua formação contínua;**

III- incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científica, visando o desenvolvimento da ciência e da tecnologia e

da criação e difusão da cultura, e, desse modo, desenvolver o entendimento do homem e do meio em que vive;

IV- promover a divulgação de conhecimentos culturais, científicos e técnicos que constituem patrimônio da humanidade e comunicar o saber através do ensino, de publicações ou de outras formas de comunicação;

V- suscitar o desejo permanente de aperfeiçoamento cultural e profissional e possibilitar a correspondente concretização, integrando os conhecimentos que vão sendo adquiridos numa estrutura intelectual sistematizadora do conhecimento de cada geração;

VI- **estimular o conhecimento dos problemas do mundo presente, em particular os nacionais e regionais, prestar serviços especializados à comunidade e estabelecer com esta uma relação de reciprocidade;**

VII- promover a extensão, aberta à participação da população, visando à difusão das conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e da pesquisa científica e tecnológica geradas na instituição. [...]

VIII- atuar em favor da universalização e do aprimoramento da educação básica, mediante a formação e a capacitação de profissionais, a realização de pesquisas pedagógicas e o desenvolvimento de atividades de extensão que aproximem os dois níveis escolares. (grifos nossos)

Como se observa acima, o Artigo 43 da LDBN/1996 aponta as habilidades e competências que o discente do Ensino Superior deve adquirir ao longo do curso que acompanha. Assim o discente deverá auferir “habilidades” ou capacidades para desempenhar alguma função ou para desenvolver algum trabalho. Paralelamente, deverá reunir e coordenar essas habilidades, juntamente com os conhecimentos adquiridos para alcançar sucesso no trabalho para o qual estará sendo preparado e para conviver e relacionar-se com os demais em comunidade.

No inciso I está apostado que a educação superior deve ensinar a pensar reflexivamente, ou seja, espera-se que os discentes adquiram a habilidade de “pensar e repensar” sobre inúmeras temáticas e desse pensamento “formular uma opinião ou juízo correto”, dito de outro

modo: espera-se que o discente formado no ensino superior tenha capacidade “crítica” diante de fatos e acontecimentos.

No inciso II o legislador entendeu que o discente ao estar formado no ensino superior tenha adquirido a habilidade para participar ativamente no desenvolvimento da sociedade brasileira, ou seja, que ele tenha a atitude ou saiba agir “politicamente” contribuindo para o avanço social.

No inciso III está escrito que o formado no ensino superior deve ter a habilidade de se desenvolver individualmente entendendo sua própria existência e o meio onde está inserido, além de participar da criação e difusão da cultura. E por fim, do inciso VI depreende-se que o formado tenha interesse nos problemas do mundo e do seu lugar e que tenha adquirido competências para exercer seu trabalho de modo eficiente e conviver em paz. Assim, observa-se que o legislador pensou na formação do comportamento “ético” do formado, vez que menciona a cultura humana, o trabalho competente e uma relação de reciprocidade entre os cidadãos, o que evidencia tal perspectiva.

Desse modo, salienta-se que na própria LDBN/1996, dentro do Capítulo que trata da Educação Superior, já estavam inscritas as dimensões crítica, política e ética a serem disseminadas pela Educação para os Direitos Humanos, neste nível de ensino.

A Educação para os Direitos Humanos no Ensino Superior

O direito à Educação para os Direitos Humanos (EDH) é um direito humano fundamental. Ela figura no Artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e no Artigo 13 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais com a finalidade de desenvolver plenamente a personalidade humana e fortalecer o respeito aos Direitos Humanos.

Genevois (apud Zenaide et al., 2005, pgs. 8-9) afirma que o trabalho da Educação para os Direitos Humanos, para além de uma teoria ou expressão vazia de sentido significa:

[...] introjetar valores que vão exigir coerência nas ações e o exercício de atitudes- de tolerância, respeito, pluralismo, participação na construção de uma sociedade solidária e justa. O grande desafio é [...] além de exercer a ‘escuta’, descobrir como ‘tocar’ a sensibilidade de cada um, como superar o egoísmo, individualismo, consumismo, indiferença, como juntar teoria à prática na vivencia cotidiana [...]

O que a grande mestra quer dizer é que, antes de qualquer coisa, antes mesmo de dar a conhecer teorias, leis, técnicas, dentre outras coisas é preciso “tocar a alma humana”, “atingir corações e mentes” como já disse Maria Vitória Benevides (2007) e isto não é tarefa fácil.

A política para uma educação para formar o humano, vem ao encontro do que se vem discutindo na Agenda 2030, um plano de ação para pessoas, o planeta e para a prosperidade, que tem em seu objetivo 4 de desenvolvimento sustentável “assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos”. A fim de atingir tal objetivo, a agenda traz algumas ações, dentre as quais destaca-se:

Até 2030, assegurar a igualdade de acesso para todos os homens e mulheres à educação técnica, profissional e superior de qualidade, a preços acessíveis, incluindo universidade

Até 2030, garantir que todos os alunos adquiram conhecimentos e habilidades necessárias para promover o desenvolvimento sustentável, inclusive, entre outros, por meio da educação para o desenvolvimento sustentável e estilos de vida sustentáveis, **direitos humanos**, igualdade de gênero, promoção de uma cultura de paz e não violência, cidadania global e valorização da diversidade cultural e da contribuição da cultura para o desenvolvimento sustentável (AGENDA 2030-AÇÕES DA META 4)

Percebe-se que as ações do objetivo, destacam a educação para os direitos humanos, buscando reconhecer a dignidade. Mas, tal política já em precedentes, como bem destaca Genevois (apud Zenaide et al., 2005, p. 9) afirmando que a primeira instituição de

ensino superior a propor a temática da Educação para os Direitos Humanos foi a Universidade Federal da Paraíba, no longínquo 1995:

[...] Na instituição 'universidade' esse trabalho já começou, e há um número significativo de valiosas experiências em andamento, mas ainda pouco conhecidas. A Universidade Federal da Paraíba, a primeira universidade a realizar um curso de especialização em direitos humanos em 1995 [...]

Nesse passo, já se apontou acima que a LDBN/1996 incluiu para além da formação profissional, a formação cidadã, ética, política e crítica como responsabilidade e papel do Ensino Superior.

O Plano Nacional de Educação para os Direitos Humanos (PNEDH, 2006, p.8) determina que:

[...] No ensino, a educação em direitos humanos pode ser incluída por meio de diferentes modalidades, tais como, disciplinas obrigatórias e optativas, linhas de pesquisa e áreas de concentração, transversalização no projeto-pedagógico. Na pesquisa, as demandas de estudos na área dos direitos humanos requerem uma política de incentivo que institua esse tema como área de conhecimento de caráter interdisciplinar e transdisciplinar [...]"

Isto quer dizer que as Instituições de Ensino Superior podem e devem incluir os conteúdos de Direitos Humanos a EDH como disciplinas obrigatórias e optativas, podem abrir linhas de pesquisa e áreas de concentração dedicadas a estes conteúdos, que devem incluir de modo transversal, inter e transdisciplinarmente os Direitos Humanos e a Educação para os Direitos Humanos, ou seja, os Direitos Humanos e a EDH devem e podem estar presentes no ensino, na pesquisa e na extensão.

Além disto, o Programa Mundial de Educação em Direitos Humanos (UNESCO, 2005) e o Programa Nacional de Direitos Humanos (2010) também determinam as mesmas ideias e projetos para a EDH no nível superior, todavia estas determinações, ideias, planos e projetos dependem das instituições de ensino superior para serem implementadas e infelizmente, ainda nota-se certa resistência por parte de algumas instituições e cursos, tanto

públicas quanto privadas para incluir os Direitos Humanos e a EDH, ainda que por meio de conteúdos interdisciplinares em seus Projetos Pedagógicos.

Em 2003, Piovesan (apud Zenaide et al., 2005, p.77) fez um diagnóstico da Educação Superior em Direitos Humanos e apontou para a existência de experiências as quais classificou em quatro grupos:

[...] 1) a inclusão da disciplina específica de Direitos Humanos e ou Direito Internacional dos Direitos Humanos, como obrigatória ou facultativa, nos programas da Graduação e Pós Graduação, particularmente nos cursos de Direito e Relações Internacionais; 2) a inclusão de disciplinas afetas a área de Direitos Humanos nos programas de cursos de Ciências Sociais, Relações Internacionais e Direito; 3) a incorporação da perspectiva de direitos humanos em disciplinas tradicionais ministradas nos cursos jurídicos (ou seja, os direitos humanos, em sua transversalidade, devem alcançar e impactar todo o conteúdo programático das diversas disciplinas ministradas); 4) a criação de cursos de especialização ou extensão, endereçados a pessoas de diversas áreas (não apenas da área estritamente jurídica).

O que se depreende do trecho acima transcrito é que as experiências no Ensino Superior acerca dos Direitos Humanos e da Educação para os Direitos Humanos até início da década de dois mil eram restritas, pois conforme o levantamento realizado pela autora acima citada a temática ficou circunscrita praticamente aos cursos de Direito ou afetos a ele.

De tal explicação questiona-se: e os demais cursos superiores, de outros campos do saber, não incluíram a temática? Se incluíram, como o fizeram? Se não incluíram, por quê não o fizeram?

Para Silva (apud Viola, 2013, p.50) o grande desafio é o seguinte:

[...] só poderão consolidar-se à medida que as instituições universitárias assumam nos seus próprios projetos políticopedagógico os direitos humanos como princípio e eixo orientador das ações formativas. É necessário que essas instituições se comprometam com a causa e os incorporem como conteúdo curricular nos cursos de ensino superior, nas linhas de pesquisa e nas ações de extensão.

O que a LDBN/1996, os Programas, Planos, Projetos, Planos de ações, Agendas, dentre outras diretrizes, orientações e determinações, e estudiosos do assunto estão a proclamar é que independentemente da área do curso e do tipo de instituição superior, todos, indeterminadamente, devem incluir os Direitos Humanos e a EDH nos seus Projetos Pedagógicos, no âmbito do ensino, da pesquisa e da extensão.

Passados mais de uma década, essa questão permanece e evidencia a necessidade de se fazer uma investigação para saber o que de forma efetiva existe de ensino, pesquisa e extensão vem sendo feito no Ensino Superior, neste campo de estudos, o que avançou, o que não foi feito, por quê não está sendo feito e como pode ser corrigido.

Considerações Finais

A cada dia que passa percebe-se o aumento de violências e de violações de direitos em todos os âmbitos, espaços, segmentos e níveis. Nos espaços públicos e privados há violações de direitos seja em casa, seja nas empresas, seja em locais públicos. Há violações de direitos entre pobres e ricos, entre profissionais e mercados de trabalho. O desrespeito, a intolerância, o preconceito, a força física, psicológica, econômica, cultural ou social se impõe de forma brutal, cruel desconsiderando a todos, independente de idade, cor da pele, nacionalidade ou classe social.

Nesse cenário a EDH torna-se cada vez mais necessária, imprescindível mesmo, pois ela tem o poder de mudar “mentes e corações”, de “tocar a alma humana” e de inculcar na razão conhecimentos, motivar atitudes e comportamentos que podem aplacar a escalada da violência e das violações de direitos.

Uma das responsáveis pela disseminação da EDH é a Educação Superior, por meio das IES públicas e privadas, que tem legalmente o dever de fazê-lo.

Todavia, para que tal ocorra há que se ter a vontade política dessas IES na implementação dessas determinações de forma mais rápida, dinâmica e eficaz.

A irradiação das dimensões crítica, política e ética da EDH precisa ser mais e melhor estimulada por meio de todos os cursos superiores, em todas as áreas de conhecimento. Para tanto é preciso retomar estes estudos, conhecer, discutir e refletir mais sobre a EDH.

Referências

BRASIL. INEP. **Dados do Censo da Educação Superior**. Disponível em http://download.inep.gov.br/educacao_superior/centso_superior/documentos/2019/centso_da_educacao_superior_2018-notas_estatisticas.pdf. Acesso em 19 fev. 2020.

BRASIL. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos**. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, Brasília, 2006.

BRASIL. **Agenda 2030**. Nações Unidas. Disponível em <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em 20 jan. 2020.

BENEVIDES, Maria Vitória. **Educação em Direitos Humanos: de que se trata?** 2007. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/Etica/9_benevides.pdf Acesso em 11.fev.2020.

GENEVOIS, Margarida Bulhões Pedreira. (Prefácio). In: ZENAIDE, Maria de Nazaré T. Et al (Orgs). **A Formação em Direitos Humanos na Universidade: ensino, pesquisa e extensão**. João Pessoa: Editora Universitária, 2005. Disponível em: www.cchla.ufpb.br/ncdh/wp-content/uploads/2015/08/2006.A-FORMAÇÃO-EMDH-NA-UNIVERSIDADE.pdf Acesso em 07 fev. 2020

ONU. **Programa Mundial para Educação em Direitos Humanos: segunda fase, plano e ação**. UNESDOC. 2012. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000217350_por Acesso em 10 fev. 2020

PIOVESAN, Flávia. Educação em direitos humanos no ensino superior. In: ZENAIDE, Maria de Nazaré T. Et al (Orgs). **A Formação em Direitos Humanos na Universidade: ensino, pesquisa e extensão.** João Pessoa: Editora Universitária, 2005.

Disponível em: www.cchla.ufpb.br/ncdh/wp-content/uploads/2015/08/2006.AFORMAÇÃO-EM-DH-NA-UNIVERSIDADE.pdf

Acesso em 07 fev. 2020

VIOLA, Solon Eduardo Annes. A Educação Superior: compromisso com os Direitos Humanos. In: SILVA, Aida Maria Monteiro (Org.). **Educação Superior: espaço de formação em Direitos Humanos.** Coleção Educação em Direitos Humanos. São Paulo: Cortez, 2013.

BREVES CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE AS RECENTES REFORMAS NO ÂMBITO PENAL

Isael José Santana¹

Lisandra Moreira Martins²

Benedito Cerezzo Pereira Filho³

Introdução

Diante de diversos problemas sociais, surge a necessidade da análise mais específica sobre as causas e possíveis soluções em variadas searas da ciência. Dentre esses males, a violência e a criminalidade podem ser analisadas no estudo interdependente da criminologia e do direito processual penal, com a finalidade de identificar, a partir de conhecimentos filosóficos, sociológicos e antropológicos, o que impulsiona tais fenômenos, bem como direcionar a política criminal e sistematizar as normas penais como também as processuais penais.

Nesse contexto, destaca-se o estudo pela perspectiva crítica, a qual desvenda a reprodução das relações sociais precárias desde a seleção dos tipos penais até a execução da pena, o que evidencia a marginalização da população criminosas; e o processo penal constitucional como corolário do Estado Democrático de Direito, já

¹ Doutor em Filosofia do Direito pela PUC/SP; Docente do Curso de Direito, Pós-Graduação em Direitos Humanos; Pós-Graduação em Educação e do Curso de Ciência Sociais da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (e-mail: leasijs@hotmail.com).

² Doutora em Direito Processual Penal pela PUC/SP; Docente do Curso de Direito e da Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (e-mail: lisandramm.adv@hotmail.com) e Advogada.

³ Benedito Cerezzo Pereira Filho é doutor em Direito pela UFPR e Pós-Doutor em Direito pela *Universidad Complutense, Madrid-ES*, Advogado em Brasília do Escritório Marcelo Leal Advogados Associados, Professor da Faculdade de Direito da UnB.

que é basilar o respeito às garantias e direitos fundamentais dos cidadãos em todas as fases, investigativa e judicial.

Não é novidade a crise enfrentada pelo sistema de justiça criminal, com objetivos e realidades bastante desatoados e, mesmo com inúmeras alterações nas legislações penais e processuais penais, questiona-se a aplicabilidade retrógrada que não alcança os fins almejados, pelo menos constantes nas leis, a exemplo da reincidência que está presente como maior reprimenda em vários dispositivos, porém não tem trazido um efeito prático contundente com sua finalidade e produtivo no combate à criminalidade.

Desta forma, o presente trabalho tem por finalidade trazer uma reflexão a respeito do necessário caminhar do processo penal constitucional desvinculado de valores postos em tempos autoritários e arraigados em uma cultura punitivista velada, e para isso contar-se-á com as lições da criminologia crítica, em que o crime é considerado uma construção social que alcança, majoritariamente, apenas uma classe de pessoas.

A reflexão proposta parte do pressuposto de que os valores democráticos devem se sobrepor aos clamores sociais, especialmente no processo penal em que se trava uma batalha do “um contra todos” estabelecido pela dinâmica de um estado opressor na busca pela punibilidade/vingança, ausente nas causas sociais, que somam misérias em relação aos direitos fundamentais , mas que no momento da persecução penal dos mesmos, a seletividade para além da teoria é um fato incontestável , ainda que não sejam apenas números mas sobre pessoas a que estamos nos referindo, elas- as estatísticas demonstram – essa persecução com maior ferocidade com negros, pobres , marginalizados economicamente. Elucida Amilton Bueno de Carvalho:

Todos sabem : no momento que há notícia de um crime , contra o cidadão-suspeito, tem-se toda estrutura do Estado-administração, via polícia, que necessita encontrar um culpado(é sua função); contra ele tem todo Estado-acusador que em tempos de populismo punitivo, necessita fazer presente, seja do jeito que for, a perseguição penal; contra ele , tem toda estrutura da

grande maioria dos integrantes do Poder judiciário que entende que o judiciário faz parte integrante do aparato repressivo do Estado; contra ele , tem se a imprensa sensacionalista que necessita do espetáculo infantilizante da busca do “ mau”; contra ele, tem-se toda sociedade que sonha se vingar.(Carvalho, p. 21/22, 2013)

A melhor compreensão de que processo penal é a medida da democracia requer também o estudo não apenas dogmático, por isso a seleção dos ensinamentos da criminologia crítica, conforme aqui já exposto. O método utilizado foi o dedutivo, com o recurso da pesquisa bibliográfica, análise de doutrina e legislação.

1. Crítica e a desnaturalização da violência e da criminalidade

Todo pensamento crítico leva a uma reflexão sobre os processos de criminalidade e criminalização, mas é na esfera da criminologia crítica que encontramos a possibilidade de um “olhar” socializante que tem por escopo a questão dos valores trazidos por um processo colonizador que impôs a força financeira sobre a condição humana. Neste sentido, a criminologia crítica é por vezes interpretada equivocadamente como se apenas se fundasse no abolicionismo penal, sem qualquer reflexão sobre a dogmática penal e igualmente sem consideração às normas penais e processuais penais. O que se denomina “equivoco” funda-se no argumento de que a criminologia crítica tem como fonte a desigualdade social e que as normas precisam ser refletidas sobre sua utilidade e eficiência e não apenas como um dado posto. No presente artigo não cabe o aprofundamento nesta seara da criminologia crítica, a qual mereceu toda atenção necessária dos mestres como Juarez Cirino, Nilo Batista e Amilton Bueno de Carvalho. Contudo como mencionado, faz-se necessária a menção para que se saiba que não se trata de abolir o sistema sem que nenhuma ligação houvesse nas relações conflituosas da sociedade que podem determinar o crime, esse também um elemento que poderia ser pensado e refletido como a construção de um bem juridicamente protegido e construído por quem e para quem. Toda

crítica e, ainda mais, a criminologia, especialmente a criminologia crítica, é, por vezes, mal interpretada, pois apresenta ou é apresentada em um cenário de caos social que mais demonstra situações do que apresenta soluções possíveis de serem alcançadas, o que, na verdade, é um equívoco, assim como o menosprezo pelas normas penais e processuais penais.

A criminologia é fonte que vem dos pressupostos filosóficos que incomodam tanto pela naturalização dos problemas sociais, entre eles, a violência e a criminalidade, fatos que ensejam muito mais comentários do senso comum do que a indignação pela realidade de muitos em um país de diferenças abissais.

Pode se beber nas fontes da história em suas mais diversas vertentes reflexivas das motivações, o que nos remete a Hannah Arendt (1999) com as lições sobre que a banalização do mal se dá pela ausência de um pensamento profundo, fundando na superficialidade, assim exposto:

(...) o mal não se enraíza numa região mais profunda do ser, não tem estatuto ontológico, pois não revela uma motivação diabólica – a vontade de querer o mal pelo mal; o que aqui [no caso ‘Caso Eichmann’] se revela é a superficialidade impenetrável de um homem [Eichmann1], para o qual o pensamento e o juízo são atividades perfeitamente estranhas, revelando-se assim a possibilidade de uma figuração do humano aquém do bem e do mal, porque aquém da sociabilidade, da comunicação e da intersubjetividade’. (ARENDR, 1999, p. 134)

A superficialidade é o da vida cotidiana mantida por um processo de introdução de “cultura” de consumo imediato que se dá por meio da vida televisiva e irrefletida, que alimenta essa superficialidade e conseqüentemente a naturalização da vingança em oposto a direitos fundamentais.

Nesta esteira de pensamento Bauman (2001) denomina líquida a fragilidade das relações sociais que se sobrepõe os interesses pessoais, em regra de consumo à sociabilidade, a mencionada liquidez nos remete a condição de falta de concretude da qual a vida considerada “nua” por Agamben(2007) na qual o *homo sacer*

pode ser aniquilado, senão por uma fuzilamento mas pela exclusão por meio do sistema do estado e suas nuances repressoras

Na ciência sociais, a interdependência é natural e se busca nas outras ciências o fundamento necessário para o entendimento global, sem que as partes percam sua condição e “valor” em si. Pelo contrário, seu avanço impõe um saber que busca entender a questão do “ser” e para tanto exige a complementariedade das demais áreas do direito, tais como psicologia, sociologia, psiquiatria

Não se encontra pronta a criticidade dessa ciência, mas sua permanente evolução, como bem exposto por Webber em sua obra sobre “Ciência como vocação” e em especial sua analogia comparativa com a arte. Quando Webber trata das ciências ele faz, exatamente essa comparação, para obra de arte e todas as ciências, que difere daquela:

Uma obra de arte, que seja realmente ‘acabada’, nunca será ultrapassada, nunca envelhecerá; o indivíduo pode apreciar de modo distinto a importância que para ele, pessoalmente, tem essa obra, mas jamais alguém poderá dizer de uma obra, realmente “conseguida” em sentido artístico, que foi ‘ultrapassada’ por outra, que também seja uma “realização” plena. Na ciência, pelo contrário, cada qual sabe que aquilo que produziu ficará antiquado dentro de dez, vinte ou cinquenta anos. Tal é o destino, o sentido do trabalho científico e ao qual este, diferentemente de todos os outros elementos da cultura, também eles sujeitos à mesma lei, está submetido e votado: toda a ‘realização’ científica significa novas “questões” e quer ser ultrapassada, envelhecer.” (WEBBER, 2005, p. 12)

Muitos porquês estão silenciados, não presentes na vida que, além de líquida, é veloz e o Direito não a consegue seguir e por muitas vezes, as velocidades de uma sociedade tecnológica e com mudanças constantes em lapsos temporais curtos, no entanto, o direito não pode pautar suas mudanças advindas de programas de apelo popular, ou seja, o direito não pode estar à guisa de urgências midiáticas.

Não pode o sistema jurídico colocar-se à disposição dos ventos que sopram as emoções, que costumam ser muitas e estão a cada momento histórico soprando para um lado. Para que se possa ter uma suposta, ou mínima, segurança jurídica, a norma precisa ser

observada, transformada e seguida de forma que a logicidade e ponderação sejam cristalinas e que não se de azo a interpretações ideológicas, sejam provenientes de qualquer origem.

A estrutura de sistema não deve se quedar a variações temporais que determinam um momento e não os valores que estão estabelecidos pela construção da convivência humana em sociedade. Gera estranheza para alguns contestar as diversas vertentes deste mesmo sistema, apresentando suas contradições, mas não significa declinar do sistema, pode igualmente parecer contraditório, contestá-lo e, ao mesmo tempo, defender sua aplicabilidade de forma garantista.

Assim, a importância do estabelecimento de garantias positivadas e, obviamente observadas na sua completude, é fundamental para que o cidadão tenha o lastro de segurança que se exige em uma democracia em construção, por isso e, como tal, já que o espaço social deve atender indistintamente quem nele permanece.

A fraternidade, um dos pilares das promessas da modernidade advindas da revolução francesa, e os direitos humanos não podem encontrar limitações no mero exercício de uma dogmática excludente e sim alçar seus princípios que estão em consonância com o *Welfare State*, ou seja, é necessário atingir a propositura de que direitos humanos não se consolidam com normatividade mas sim com efetividade .

O processo penal é a garantia do “um contra todos”, representado pelo cidadão que se encontra frente à suprema força do Estado, detentor de todos os meios que lhe são inerentes para a perseguição penal a lhe permitir lançar mão em busca de uma suposta verdade real, na qual a acusação quer uma condenação que, por vezes, está submetida a um procedimento estabelecido pela natureza do recebimento de uma denúncia na qual não se tem certeza, considerando um suposto ‘princípio’ do *in dubio pro societate* , no qual a incerteza determina a denúncia, sendo que o verdadeiro princípio *in dubio pro reo* só é aplicado na sentença, mas todo o procedimento penal se caracteriza como forma de pena, e como

mencionado, o próprio recebimento da denúncia determina uma formação de convicção ao magistrado.

Nestes casos, o recebimento é denominado pelo brocardo latim *"in dubio pro societate"*, equivocadamente denominado por alguns de princípio, mas, como bem sabemos, princípio se reveste de norteadores e, para a mais balizada doutrina: *"São estes que dão sentido à multidão das normas, orientação ao legislador e permitem à dogmática não apenas, mas verdadeiramente compreender os problemas do direito processual e caminhar com segurança ao encontro da sua solução"* (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, p. 165).

Neste contexto, um estudo crítico clama que não se distorça, sob a alegação de princípios interpretativos ao sabor do grito rouco das multidões, nem se podendo dizer das ruas, hoje o espaço público é virtual e invade todos os espaços privados.

Esta superestrutura – Direito – tem por princípio basilar a garantia de suas prescrições e o poder, ou força justa de fazer cumprir tais previsões de forma que, seguidos os procedimentos, efetivar-se-á com a finalidade de pacificar as relações sociais, fazendo cumprir de forma coercitiva suas proposituras e, desta forma, estabelecendo a paz social. No entanto, não passa desta "programação". Assim, pode-se afirmar que o direito não atinge seus objetivos mais basilares, pois suas prescrições, em grande parte, são apenas aspirações de um Estado, de fato, de Direito

O Estado, que torna aspiração seus deveres, é o que se aplica de forma positiva a determinadas classes com o objetivo de garantir a outros a segurança pública e a paz, como se possível fosse por tal meio transferir a sensação de segurança, que inexistente ainda quando se aplica de forma constante as penas contra os que não tiveram as garantias efetivadas.

É neste contexto que se segrega aqueles desprovidos de muitos direitos, acusados de infringirem o contrato previamente estabelecido ou construído para a regulação de relações sociais, alterados com constância em uma inflação legislativa penal, uma vez que se mantém uma construção de comandos normativos para acompanhar e absorver as mudanças naturais de toda sociedade.

Não se está lançando uma mera indignação, mas especialmente o que se faz em filosofia é se priorizar os questionamentos e no caso o que se questiona é que não se pode naturalizar a inflação legislativa como forma de suposta contenção da criminalidade, pois a fonte da qual se origina não é a suposta impunidade, senão a própria história cultural de cada indivíduo envolvido no ato denominado infração penal.

A considerada falência do sistema penal e do cumprimento da pena esta ancorada no próprio descumprimento da finalidade para o qual foi criado, em especial nos referindo ao sistema prisional podemos nos valer de Thompson :

Essa forma de ver as coisas gera duas conseqüências(sic) extremamente úteis para a manutenção do status quo, razão por que merece os aplausos do sistema: 'a) fortalece a idéia(sic) de que à sociedade, para ser perfeita, falta apenas curar (ou neutralizar) os seus desviantes - o que traz embutida a afirmação de que estruturalmente a sociedade é perfeita - colocação que desvia a atenção das pessoas, levando-as a questionar o funcionamento do sistema e a deixar em paz a validade de seus fundamentos; b) autoriza o Estado a se apropriar, de maneira e em extensão ilimitadas, dos indivíduos que reagem a se submeter pacificamente às normas opressoras. (Thompson, 2007, p. 125)

Nossa afirmação é de que o sistema jamais funcionou na perspectiva de garantia dos direitos, sendo apenas uma espécie de calabouço moderno, que viola as regras por ele, Estado, produzida, bastando a mera leitura da lei de execução penal que prevê a harmônica reintegração do condenado sem, no entanto, observar que as condições em que são submetidos não permitem qualquer possibilidade, tornando-se, portanto, mero depósitos sistematizados de indesejados

Neste momento histórico primórdios do século XXI, e podemos tomar esta noção de historicidade pela referência de segurança pública, ou seja, o desejo de sentir-se seguro e de eliminar o "inimigo", e essa dinâmica é estabelecida pela inflação legislativa, como se pode exemplificar o aumento de tempo máximo de cárcere de trinta para quarenta anos, como se o lapso temporal tivesse a capacidade de influenciar na relação com a

criminalidade, poder-se-ia referir ao que denominamos políticas públicas e, em matéria de segurança não é meramente o aumento de efetivo, armamento e construção de presídios, mas sim eficazes ações com relação as condições miseráveis de vida de tantos e tantos desafortunados economicamente , que devem estar interligadas como saúde, segurança, educação entre outras. A noção de inflação legislativa trazida por Jesus-Maria Sanches Silva (2011) que aponta diversos motivos que embasam tal fenômeno.

A norma *per se* não tem o condão de alterar a cultura, os fatores sociais e econômicos, ela deve ser e ter uma relação amalgamada com tais questões para que seja uma relação entre os membros da sociedade e não algo que esteja distante da realidade vivida.

É ainda neste momento em que se considera algo que se conhece há muito, o país tem número de presos considerado em números absolutos e não relativos, e surpreende que, quando se aponta os números relativos, os quais colocam o país não em terceiro lugar em encarceramento, mas entre os dez maiores, é como comemorar que o moribundo não se encontra em coma total, mas respirando por aparelhos, situação sem qualquer vantagem.

A dignidade não pode ser desconsiderada especialmente quando se tem como pressuposto o processo penal de natureza democrática, com o escopo da defesa do cidadão de forma a não declinar desta sua natureza, do contrário, estar-se-ia flertando com outros e, assustadores, regimes de governo.

A criminologia somente poderá encaminhar seu processo frente a um procedimento penal como meio inquestionável de segurança do acusado em todas as suas vertentes, e indeclinável na defesa da liberdade que se tem como inefável, mas sendo necessário que se tenha um vínculo com o que se determina como justiça.

Buscando sempre na dogmática positivada que sejam garantidos os princípios inerentes à pessoa humana, como liberdade, igualdade, ampla defesa entre outros, um estudo crítico deseja que tais princípios sejam, de fato, aplicados e não tornados normas de “papel”, ou ainda pior, aplicados seletivamente.

Não se busca a condenação per si, que tenha por viés uma vingança que se abate sobre determinada classe, não se pode gozar a dor de um crime e que não seja vitória a condenação, ela é decorrência de um processo no qual não se encontrou elementos mínimos que pudesse dar ao acusado ausência de pena, mas que a pena seja esquadra nos limites de sua ação.

Todo esse arcabouço somente poderá ser respaldado por um processo penal que ampare quem dele mais precise, que não seja um procedimento que tenha como alvo a raça ou a representação do capital que permita maiores e melhores acesso a lei, pois, em que pese as interpretações, somente é possível aceitar aquela que retrate, o tanto quanto possível, a história do crime.

Nenhuma ação está, a priori, desacompanhada de vidas vazias de outros direitos representados por políticas públicas, que empurram para margens muitos que almejam ter o mínimo e que encontram muitas vezes no espaço da ilicitude o direito dos que muitas vezes não tenham nenhum. O processo penal abordado é esse que, apesar de chegar com o fato criminoso, não desconsidera a pessoa que está para além do crime e o absorve na medida que busca ser justo.

O equívoco é de que a criminologia despreza as leis e os procedimentos, mas o que se deseja é apenas que o processo seja seguido e que se altere uma visão de um instrumento que busca a condenação, mas que se destine ao sociológico que aplique a defesa mais profunda sem a qual a sociedade está destinada à barbárie.

2. Processo Penal Constitucional: uma construção em prol do Estado Democrático de Direito

Uma nova etapa do direito é alcançada com a conquista do Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, inicia-se a necessária interpretação das normas já existentes em consonância com a Constituição Federal de 1988. A proteção do cidadão passa a ser o cerne nas mais diversas áreas: social, econômica e jurídica,

exigindo do Estado o papel de garantidor dos direitos dos cidadãos frente ao seu próprio poder de atuação, dentre eles o de punir.

É preciso ter a consciência que o princípio da legalidade ganhou o relevante reforço dos direitos e garantias fundamentais. Toda interpretação deve levar em consideração sobretudo a fundamentalidade do direito posto em julgamento a luz da previsão constitucional.

Na esfera criminal, o processo penal é o instrumento que materializa mencionada proteção, uma verdadeira garantia constitucional prevista no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, o qual preceitua que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, e que se desdobra em tantas outras, como a garantia do contraditório e da ampla defesa (inciso LV) e a presunção da não culpabilidade (inciso LVII).

Tem-se, desta forma, de que o processo penal pode expressar de maneira peculiar o desenvolvimento do processo democratização (LOPES, 2014), já que entra em confronto a pretensão acusatória com todo aparato estatal desde a investigação e os direitos e garantias fundamentais do processado. Nas lições de Claus Roxin (2000, p. 10), o direito processual penal é um “sismógrafo da Constituição do Estado”. Na medida em que é analisada a forma como o processo penal vem sendo aplicado na prática, desvenda-se se as normas constitucionais estão sendo de fato cumpridas ao se deparar com o direito fundamental do indivíduo de liberdade e o poder de punir estatal diante da suposta lesão a bem jurídico protegido.

Quando o Estado enfrenta o desafio de promover os direitos e garantias fundamentais de todos os cidadãos, indistintamente, descarta-se a forma discriminatória de proteção inclusive na esfera criminal. Antes de ser indiciado ou denunciado, vale lembrar que o sujeito sempre foi e continuará sendo cidadão e o Estado terá que sopesar os conflitos que poderão surgir para a máxima eficiência daqueles direitos, respeito às garantias e o necessário caminho para uma possível aplicação de sanção.

O embate entre o direito de punir estatal e a liberdade do indivíduo decorrente da prática de um crime, traz a difícil tarefa de resolver conflitos entre os direitos fundamentais do investigado ou processado e a restrição que possa vir a ser necessária para o êxito de medidas cautelares e/ou produção de provas. É esse equilíbrio que deve ser observado para que não haja um punitivismo a qualquer custo e a influência de elaboração de leis penais e processuais consideradas rigorosas, mas com pouco resultado prático, isto é, que não combate à criminalidade da forma idealizada. Aliás, esse ideal de combate a criminalidade é outra questão que necessita ser urgentemente revisitada sob o olhar crítico de que leis severas e punitivismo estão longe de ser a solução ao problema e que, ao contrário, o garantismo penal é fruto do estado democrático de direito e não está, em hipótese nenhuma, relacionado ao argumento falacioso de que o problema da criminalidade está adstrito a, também falaciosa, impunidade.

Nesse contexto, o Código de Processo Penal e outras legislações criminais passaram recentemente por uma importante reformulação com a Lei 13.964/2019, intitulada Pacote Anticrime, a qual, sem dúvidas, foi a mais impactante desde a sua vigência. Apesar do maior rigor em certos pontos, como por exemplo, em relação à progressão de regimes, alteração do regime disciplinar diferenciado (RDD), saída temporária na Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), que receberam críticas apenas pontuais, principalmente por que foram desconsiderados diversos projetos de leis com sugestões de alterações que estavam em trâmite e não se ateu a uma reforma sistemática, merece destaque a modernização do processo penal com a criação da figura do juiz das garantias, do instituto o acordo de não persecução penal e adoção do sistema acusatório expressamente.

Apesar da suspensão *sine die* da eficácia de diversos dos dispositivos pelo Supremo Tribunal Federal nas ADI's 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 (j. 22/01/2020) em decisão proferida em medida cautelar pelo Min. Luiz Fux, reputa-se oportuno destacá-los uma vez que representam um passo na consolidação do processo penal

constitucional, *v.g.*, o artigo 3º-A (O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.), o qual vem ratificar a estrutura acusatória delineada no artigo 129, inciso I, da Constituição Federal, característica de um modelo democrático em que não basta a distribuição das funções de acusar, defender e julgar, mas a gestão das provas atribuída apenas às partes para a garantia de um provimento jurisdicional imparcial.

Diane dessas recentes alterações é crível enfatizar a interdisciplinaridade alhures tratada, com o questionamento se esse vem sendo redimensionado em prol da observância das garantias constitucionais, seguindo uma político-criminal minimalista (teoria garantista) – (CARVALHO, 2011).

Por isso, toda análise crítica auxilia a compreensão da construção das leis penais e a falta de êxito nas justificativas que mantêm a hipertrofia legislativa e a reprodução de uma realidade social de marginalização (ZAFFARONI, 2010). Vale ressaltar que a massa prisional é formada na maioria por pessoas mais pobres, nos dizeres de Alessandro Baratta (2013) foi formado um código social que reproduz nitidamente esse estereótipo do quê punir e quem punir, algo que deve ser combatido no modelo estatal democrático.

As reformas mencionadas, por óbvio, ainda carecem de muita interpretação e de tempo para que sejam analisados os resultados práticos. A remodelagem dos institutos, a inauguração de novos e a adoção expressa do sistema acusatório não deixam dúvida que a reforma também seguiu uma linha garantista. Por outro lado, apresentou um cunho de maior rigor para o combate à criminalidade, enrijecendo certos benefícios e formas de cumprimento da pena.

Sob essa ótica um estudo crítico é capaz de auxiliar nesse percurso de gerir o processo penal atentando-se a finalidade de dirimir as questões penais sempre vinculado ao princípio da democraticidade, o qual além de reforçar a limitação do poder estatal de punir também conduz a indispensável proteção do cidadão e respeito a suas garantias.

Pode soar um tanto paradoxal a tarefa punir e proteger ao mesmo tempo, contudo, esse é o papel do Estado no sistema de justiça criminal, observar que o processo penal constitucional se coaduna com os próprios fundamentos, objetivos e princípios do modelo democrático.

A proteção do cidadão processado não se confunde com impunidade, tampouco com a ausência de medidas mais rigorosas no controle da criminalidade, sobretudo a organizada, no entanto, a proporcionalidade no ato da aplicação e indispensável fundamentação evitam que abusos possam macular todo um histórico de luta para a disseminação da inquisitorialidade secular.

Assim, tem-se que o processo penal modelo do Estado Democrático de Direito ainda não está concluído, mas avanços importantes têm sido dados para esse objetivo. Essa breve reflexão, sem o objetivo de debruçar de forma pontual na extensa reforma, remete-se ao necessário estudo interdisciplinar e sistemático de um ramo do direito que mais que punir e solucionar a violência e criminalidade, tem apenas mantido um problema social, porém em cenário distinto – intramuros.

Considerações finais

Ao final, tem-se a importância do estudo interdisciplinar do processo penal constitucional e do estudo crítico. Conforme foi explanado, apenas a norma é incapaz de solucionar problemas que afetam os mais diversos setores sociais, por isso a realidade social perpassa a legislação, sendo necessária a visão mais ampla para identificar a causa do problema e buscar possíveis soluções também no plano jurídico.

A análise crítica dos institutos legais, por si, não exclui a aplicação das leis penais e processuais penais, apenas sobreleva as garantias que devem ser postas a todos a fim de evitar que a massificação das desigualdades sociais apenas muda de cenário e permaneça marginalizando uma maioria carente do básico para uma vida digna.

Em razão disso, o melhor caminho para a construção de processo penal constitucional é sobressair os direitos e garantias constitucionais previstos na Constituição Federal desde criminalização primária até a secundária e da fase de investigação a judicial.

A atual reforma das leis penais e processuais penais (Pacote Anticrime) apresenta um misto de maior rigor penal e figuras/institutos garantistas, o que bem reproduz o constante conflito enfrentado nessa seara jurídica de combater a criminalidade e ao mesmo tempo limitar a atuação estatal. Todavia, nesse campo, a proporcionalidade das medidas punitivas e a restrição de direitos é tarefa constante e árdua, mas inevitável para a eficiência da democracia e a consolidação de um processo penal de fato constitucional.

Por fim, afirmar que houve um avanço legislativo depende de uma percepção de globalidade de condições e de garantias fundamento da cidadania em termos circundantes. As diversas interpretações a emanarem das cortes de justiça poderão orientar de forma a balizar e equacionar a proteção do bem jurídico e de sua eficácia, o que conforme mencionado leva um lapso temporal próprio do direito que vai para além da vigência dogmática.

Toda norma impõe àqueles que buscam uma sociedade pautada pela justiça e igualdade formal uma reflexão, e ainda que brevemente, pontuou-se sobre a referida temática que ainda demandará um plexo entre jurisprudência e doutrina que nos provocará a novas interpretações.

Referências

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6.ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2013.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-lei n.2.848 de 07.12.1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 3 mar. 2020.

BRASIL. **Código de Processo Penal de 1940**. Decreto-lei n.3.689 de 03.10.1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 15 abr. 2020.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, v. 30, n. 30, p. 163-198, 1998.

LOPES Junior, Aury. **Direito processual penal**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Tradução da 25.ed. alemã de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Del Puerto, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

WEBER, Max. **Três tipos de poder e outros escritos**. Tribuna da História, Lisboa, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e política criminal**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

A LIBERDADE RELIGIOSA E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Ivan Mateus Salustiano de Freitas¹

Ronicleia Lemos de Freitas²

Introdução

Movimentos históricos, cujo cerne é a busca da liberdade, surgiram em prol dos direitos fundamentais, com a autodeterminação ao centro dos abalos sociais.

A nomenclatura liberdade pode significar, num sentido estrito, apenas uma forma de liberdade, ou, amplamente, um conjunto de liberdades tuteladas pelo ordenamento jurídico de Direitos Humanos. Nesta última vertente, Liberdade significa um complexo instituto jurídico, cuja fundamentação é a própria natureza humana, envolta em dignidade.

A liberdade assegurada no *caput* do art. 5º da Constituição Federal se decompõe nas mais variadas formas e vertentes nos seus incisos. A Magna Carta garante a liberdade de pensamento, liberdade de expressão, bem como a liberdade religiosa, de crença e de consciência, sendo que esta última abrange também a irreligião. E o ordenamento

¹ Pós-graduado em Direito Administrativo pela Faculdade Campos Elíseos, de São Paulo/SP. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS, Unidade Universitária de Paranaíba/MS. Advogado regularmente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Mato Grosso do Sul. Professor do curso de graduação em Direito das Faculdades Integradas de Paranaíba – FIPAR. Endereço de email: ivanouro@yahoo.com.br

² Pós-graduada em Direito Cível e Processual Civil pela UNAES - Centro Universitário de Campo Grande/MS. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS, Unidade Universitária de Paranaíba/MS. Advogada regularmente inscrita nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional Mato Grosso do Sul. Endereço de e-mail ronicleialemos@yahoo.com.br

pátrio tutela ainda a exteriorização da crença através dos cultos e liturgias, bem como a livre manifestação do pensamento.

Não se olvide tuteladas todas essas liberdades, não configuram direitos absolutos, devendo, pois, amoldar-se à ordem pública, porém sem manipulações, condicionamentos ou violações por elementos externos, como é fácil imaginar variadas situações em que a liberdade religiosa e de expressão é violada pelo próprio Estado ou por particulares, a exemplo a incredulidade na existência Divina, muitas vezes rechaçada, pelos que acreditam diversamente.

Necessário sopesar os valores contidos em tais direitos, a fim de subjugar-los ao primado maior da convivência harmônica dos titulares de tais garantias, haja vista inadmissível aniquilar um direito em detrimento do outro sob a assertiva de maior importância de um deles.

Assim, o presente trabalho pretende analisar conceitualmente a liberdade religiosa e a liberdade de expressão, bem como a tutela das mesmas, enquanto elementos de interesse público e o aparente conflito entre ambas.

Analisa-se a liberdade de expressão como direito previsto na Constituição de 1988, face ao discurso do ódio que se refere ao direito que lhe foi concedido. Bem como, quais os limites dessa liberdade.

Apesar dos legisladores concederem aos brasileiros o direito de expressão seja ela de pensamento ou religiosa, o abuso deste direito vai contra aos princípios regidos pelo Estado, porém não tem lei que puna os que praticam esse abuso.

Este trabalho justifica-se devido a importância do conhecimento dos direitos constitucionais que estão sendo regidos pelo Estado.

1. Liberdades civis constitucionais

Anota-se, primeiramente, que na vigência de um estado democrático de direito, é necessária a garantia da liberdade de consciência, de modo que o Estado não imponha preceitos morais ou religiosos aos seus administrados, permitindo que cada cidadão, ao seu

modo, possa pensar e acreditar em tudo que considerar bom e correto, sem que ocorra qualquer interferência do Estado. Nesse sentido que se desenvolve a obrigação de o Estado manter e assegurar um ambiente social propício aos seus cidadãos, de modo a inibir o preconceito e a intolerância, evitando que minorias sejam massacradas por majorias, para que nenhuma forma de pensamento e raciocínio seja imposta sem o real consentimento de seu receptor.

Assim, a liberdade de consciência é intimamente ligada à liberdade de expressão e à liberdade religiosa, sendo a mãe de todas as demais, conexas ao íntimo do homem, em que cada indivíduo sendo um mundo em si mesmo pode conscientizar-se quanto ao mundo em seu redor segundo seu próprio raciocínio, decorrendo de sua manifestação a liberdade de pensamento.

Estes direitos são uma via, um método a ser desenvolvido por toda a humanidade em direção à realização da dignidade humana, fim de todos os governos e povos. Assegurado o respeito à pessoa humana, assegura-se, por conseguinte, sua existência digna, capaz de propiciar-lhe o desenvolvimento de sua personalidade e de seus potenciais, para que possa alcançar o sentido de sua própria existência. Isso significa conferir liberdade no desenvolvimento da própria personalidade. (JAYME, 2005, p.9)

Verifica-se, pois, que a garantia da liberdade de consciência é, por certo, a garantia de desenvolvimento racional do próprio ser humano, livre de quaisquer influências impositivas, sendo-lhe garantido o desenvolvimento amplo e irrestrito.

É nessa seara que se busca a analisar a concretude de direitos fundamentais derivados da liberdade de consciência, quais sejam, da liberdade de expressão e a liberdade religiosa.

Veza que se faz necessária a intervenção estatal para a plena efetivação das liberdades, tem-se que estas podem ser consideradas como públicas. Operam, pois, no âmbito jurídico, dentro de uma estrutura normativa legal. O Estado confere aos indivíduos o poder de autodeterminação. E assim, cada ser humano exerce sobre si mesmo a obrigação negativa de respeitar, a liberdade dos outros, mediante a abstenção, ou não violação de direitos alheios.

Desta feita, a garantia a estas liberdades superam o âmbito privado, uma vez que exige o respeito por parte dos particulares, que por sua vez, não o fazendo, exige do Estado intervenção para assegurar a efetividade ou não violação dos mesmos, inclusive mediante punição, nos termos da lei.

1.1 Liberdade de Expressão

O direito à liberdade de expressão é constitucionalmente previsto, considerado um direito ligado à própria personalidade humana e sua forma de se relacionar com o meio social. Ao cabo do período ditatorial no Brasil, os brasileiros passaram a ter garantidos vários direitos que antes, na ditadura militar, não eram permitidos, dentre os quais, o direito à liberdade de expressão.

Para Silva (2012 p.38), “a constituição brasileira 1988 abraçou os direitos humanos, consagrando-os principalmente na parte de direitos e garantias fundamentais, mas, também se faz presente em outros títulos da carta maior”.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a Constituição Federal de 1988 tomou como base do desenvolvimento humano alguns direitos específicos, sendo eles a liberdade e a igualdade.

De acordo com Carvalho (2013), “a liberdade consiste na escolha de uma possibilidade da forma de pensar e agir. Assim, apesar do embate sobre amplitudes axiológicas desse termo a CF/88 consagrou esse direito no rol dos direitos e garantias em suas diversas modalidades”.

Pode-se afirmar, nessa esteira, que o direito à liberdade de expressão é ligado não apenas com a natureza humana, bem como também o é com a própria dignidade da pessoa humana.

A Liberdade de Expressão, segundo Emerson Santiago:

Recebe o nome de liberdade de expressão a garantia assegurada a qualquer indivíduo de se manifestar, buscar e receber ideias e informações de todos os tipos, com ou sem a intervenção de terceiros, por meio de linguagens oral, escrita, artística ou qualquer outro meio de comunicação. O princípio da liberdade de expressão deve ser protegido pela constituição de uma

democracia, impedindo os ramos legislativo e executivo o governo de impor a censura. (SANTIAGO, 2015)“

Seria, portanto, o direito à liberdade de expressão, um direito humano fundamental e, ainda, pré-requisito para o usufruto dos demais direitos humanos, sendo que, afinal, quando tal liberdade se vê suprimida, sucedem-se a violação de outros direitos humanos.

Nesse mesmo contexto Mondaine (2008, p. 38) leciona:

O que interessa é garantir a liberdade de desenvolvimento das pessoas, a possibilidade de expressão e da expressão de sua vontade. Porém, liberdade com expressão da pessoa não é fazer tudo que se quer, mas poder fazer tudo o que seja expressão de uma necessidade humana fundamental, tratada no nível da razão. A liberdade, sendo pessoal, é essencialmente social, tem como referência uma função social. Portanto garantir a liberdade é fazer com que o Estado seja a convergência das decisões socialmente assumidas. (MONDAINE, 2008, p.58)

Considerada a lição de Marcos Mondaine, temos que apesar de a Constituição prever a liberdade de expressão, tal garantia não significa dizer que o cidadão tudo pode, de forma irrestrita, devendo respeitar os limites da liberdade expressada por outrem, mantendo-se, a considerar o limite do anonimato, sua responsabilidade por ulteriores resultados de sua expressão.

Nesse mesmo sentido:

A par disso tudo, a restrição ao direito de se expressar livremente representa um exercício de violência, por parte de quem promove a censura, seja o Estado ou o próximo, na medida em que viola a abrangência totalizante da dignidade da pessoa humana, visto que a liberdade propugna pela auto-realização da pessoa humana (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 359).

Assim, o Estado apresenta-se como aparato fundamental que possibilita vida do homem social e mecanismo de justificação e promoção dos direitos humanos. Portanto, impensável o modelo de sociedade atual, sem a presença do Estado.

Dentro desse contexto, a liberdade de expressão é um direito contemporâneo ao surgimento do referido Estado Liberal, como

parte de um projeto político libertário que emerge da Independência Americana e da Revolução Francesa, integrante do plexo dos direitos correspondentes aos direitos civis e políticos, tem como objetivo a inserção do indivíduo perante o Estado, a partir de sua afirmação, por meio de suas ideias.

Com isso, temos que a garantia e promoção da liberdade de expressão constitui alicerce do Estado, sob pena de, em não garantindo o exercício de tão importante liberdade, desvirtuar-se em sua finalidade principal, a de salvaguardar a pessoa humana em sua amplitude.

1.2 Liberdade Religiosa

Ainda no contexto das liberdades civis, temos o direito à liberdade religiosa ou de crença, que se traduz em um direito intimamente humano, haja vista sua natureza específica. Em um estado democrático de direito, o seu humano detentor de direitos possui a plena garantia de abraçar, segundo a sua própria vontade, a religião e crença que lhe convêm, devendo, contudo, conviver de forma pacífica com outros que decidam por abraçar sua doutrina ou qualquer outra distinta e, ainda, com aqueles que sequer seguem alguma doutra.

Para o professor José Tarcizio de Almeida Melo (2008 p.331), “a liberdade religiosa e de culto é detalhamento do direito de liberdade, conseqüente ou decorrente do direito primário a vida. A religião é aplicada para conservar e gratificar a vida”.

Apesar de ser um direito fundamental básico, dentre os primeiros garantidos em textos constitucionais em todo o mundo, a liberdade religiosa continua a ser um tema bastante polêmico e frágil de se tratar, em razão das diversas concepções humanas acerca da previsão de tal garantia constitucional.

De acordo com Sarlet (2015), “as liberdades de crença e de culto, usualmente abrangidas pela expressão genérica “liberdade religiosa”, constituem uma das mais antigas e fortes reivindicações do indivíduo”.

É compreensível, de todo modo, que referida liberdade seja tão polêmica e constitua assunto tão frágil de se tratar, ao se levar em consideração que a temática envolvendo a espiritualidade humana se viu presente ao longo da construção histórico-social das civilizações, onde em muitas culturas a religião foi base do próprio Estado, e as regras religiosas regiam as relações sociais e, ainda, entre os indivíduos e o Estado (Devine et al, 2007, pag. 136).

Considerando os ensinamentos expostos, temos que referida afirmação indica que, no exercício da liberdade religiosa o indivíduo é livre para escolher sua religião e, se for caso, mudar de religião conforme lhe convir ou, ainda, não praticar qualquer atividade religiosa. O exercício desse direito confere ao indivíduo a liberdade de manifestar sua doutrina religiosa conforme seus preceitos através de estudos, atividades práticas, cultos ecumênicos, sejam de forma isolada ou aglomerada.

No Brasil a liberdade religiosa apenas alcançou desenvolvimento após a independência do país e, ainda mais especificamente, com a Proclamação da República, quando outras religiões passaram a vir para o país e se difundiram no ambiente social brasileiro, onde antes vigorava como oficial apenas a Igreja Católica Apostólica Romana.

Referida evolução possibilitou a instalação, no Brasil, de diversas vertentes protestantes e, ainda, a difusão de cultos religiosos em língua portuguesa, nesse contexto ensina Aliomar Baleeiro:

Durante o século XIX os protestantes buscaram com afinco a conquista da plena legalidade e liberdade no Brasil. A partir de 1860 cresceram as críticas sobre a união do Estado e a Igreja, culminando no Decreto 119-A de 7 de janeiro de 1890, que estabeleceu a separação entre essas instituições. Assim, sob influências liberais e positivistas, a Primeira Constituição Republicana de 1891 consagrou a separação entre a Igreja e o Estado, estabelecendo a plena liberdade de culto, o casamento civil obrigatório, a secularização dos cemitérios e da educação, sendo a religião omitida do novo currículo escolar, ficando a Igreja Católica em posição de igualdade com os demais grupos religiosos. (BALEIRO, 2001, p. 128)

Ainda nessa seara, temos:

Com a outorga da Constituição Imperial de 1845, tem início a história do direito à liberdade religiosa no Brasil, enquanto a nação independente. Se no Brasil colônia inexistiria qualquer elemento da dita liberdade, antes, tendo havido legislação opressora de quaisquer crença que não a oficial e, pois, perseguição religiosa promovida pela Inquisição, agora, no Brasil independente, passa a ter lugar uma relativa tolerância religiosa, já que quase totalmente adstrita no campo de liberdade de consciência, porque muito restrita no âmbito das práticas de culto, uma vez que o Império do Brasil é Estado Confessional. (LELLIS et al, 2013, p.59)

Verifica-se, pois, que desde muito a liberdade religiosa é patente direito garantido em território brasileiro, em especial com a evolução constitucional ao longo dos períodos históricos vivenciados, o que demonstra a relação íntima dessa liberdade com a personalidade do indivíduo.

Com isso, pode-se afirmar que o indivíduo possui, indiscutivelmente, a liberdade de manifestar livremente sua preferência em relação à fé, escolher por crer ou não em determinado Deus ou Deuses, desenvolvendo ou não uma crença religiosa, sendo importante ao meio social que esse indivíduo possa, em qualquer de suas formas, gozar de sua liberdade religiosa ou de crença.

Em seu íntimo e para o desenvolvimento de atividades religiosas, ao indivíduo se faz necessário garantir, ainda, que possa se reunir com os demais que professem a mesma doutrina, seja em forma de missa ou culto, podendo desenvolver suas atividades, seus métodos e seus valores religiosos.

Dessa forma, enquanto a liberdade religiosa, ou de crença, permite ao indivíduo aderir ou não ao entendimento religioso que mais lhe agrada, tem-se que para efetivamente desenvolver e praticar atividades de cunho religioso o indivíduo precisa ser garantido no direito de se reunir e manifestar sua fé livremente, seja em local reservado ou em local público, daí adveio a liberdade de culto.

Para Altafin (2007 p.14), “a liberdade de culto diz respeito à exteriorização do sentimento sagrado, de praticar ritos, de orar em

casa ou em público, de ter seus templos”, vê-se, portanto, que a liberdade de culto deve ser entendida como direito absoluto de respeito para com a individualidade, haja vista sua instrumentalização para que se efetive o direito à liberdade de crença.

Em complementação, Pimenta (2007 p.165) ensina que “a liberdade de culto, é manifestação ou exteriorização da liberdade de crença, isso é a liberdade da pessoa de exercer de forma livre a sua religião, participando de cultos, frequentando igrejas, ostentando símbolos religiosos, professando sua fé.”

Desse modo, verifica-se que o constituinte brasileiro fez por garantir a liberdade religiosa e, ainda, garantiu os meios para que se efetive tal liberdade, traduzindo-se no direito também constitucional da liberdade de culto, afinal, de nada adiantaria ser livre para crer e professar sua crença se não fosse possível realizar as atividades religiosas de sua doutrina.

Em síntese, a liberdade religiosa e a liberdade de culto culminam no exercício da livre exteriorização sobre crença e fé, garantindo ao indivíduo o direito de professá-las segundo sua vontade ou, ainda, de não aderir a qualquer seguimento religioso, sem que sofra qualquer tipo de repreensão, seja do Estado, seja dos demais indivíduos.

Como direito fundamental, a liberdade religiosa esta alicerçada entre as liberdades de pensamento, sendo a mais complexa das liberdades públicas, vez que abrange outras formas de liberdades, a saber: a liberdade de manifestação do pensamento, a liberdade de crença, a liberdade ideológica, a liberdade de opinião, a liberdade de expressão, a liberdade de reunião, liberdade de consciência, dentre outras, todas elas incidíveis e indissociáveis

A garantia de tais liberdades, doutrinariamente, é destacada como da primeira dimensão de direitos fundamentais, que, teve como sua instituição com a Carta Magna da Inglaterra, de 1215, assinada pelo Rei João Sem Terra.

Desta feita, tem-se que a liberdade religiosa pressupõe para o seu exercício e efetivação no Estado democrático de direito, a tutela

de diversas outras liberdades, sem a qual, seria mera simulação normativa, desprovida de qualquer concretização prática.

Em última análise, deve-se ponderar que o Brasil é um Estado laico, por expressa previsão do constituinte, haja vista o artigo 19 assim dispor:

Art. 19 - É vedado à União, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-las, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles, ou seus representantes, relações de dependência ou aliança, ressalvada na forma da Lei, a colaboração de interesses públicos; (Constituição Federal da República do Brasil, 1988).

Como Estado laicista o Brasil não pode ter uma religião oficial e nem sequer favorecer qualquer religião que seja, deve ao contrário, tratar com igualdade, cultivando-se a isonomia. Logo, qualquer tratamento diferenciado entre as diversas religiões existentes é inconstitucional.

Há de se pontuar que no Brasil durante o período imperial, Estado e Religião se confundiam, haja vista que apesar de outras religiões coexistirem, especialmente as de origem indígena e africana, apenas a Igreja Católica Apostólica Romana era tida por oficial, largamente aceita e disseminada. E foi somente após a Proclamação da República que o Brasil se tornou um Estado laico, sendo que, atualmente, após todas as revoluções históricas e sociais, a garantia dessa liberdade passou a ser uma obrigação legislativa, sendo sua tutela para alcançar devida efetividade prevista também em leis que se fizeram necessárias para o gozo amplo e irrestrito, evitando intolerância, imposição e discriminação religiosa.

Contudo, não obstante seja um país Laico, há resquícios do período colonial em que a religião oficial do Estado era o catolicismo, havendo assim, uma flagrante desconsideração pelas demais religiões. Neste sentido Walter Ceneviva (Folha de São Paulo, C2, sábado, 24 de junho de 2000):

O Estado brasileiro é laico, mas nem tanto, (...) Cada feriado decretado em homenagem a fato ou pessoa de qualquer religião, proibindo, por exemplo, atividades no trabalho, comércio ou indústria, corresponde a uma

inconstitucionalidade, pela ofensa às regras do Estado laico, que, em tempos mais recentes também vem sendo atingidas pelo forte envolvimento da religião e da política, com recursos captados do povo, alterando o equilíbrio das relações sociais. (Walter Ceneviva, folha de São Paulo, C2, sábado, 24 de junho de 2000).

Por esses resquícios vislumbra-se o fomento ao desrespeito às outras religiões ou credos, a exemplo do que se contempla não raras vezes com a umbanda ou candomblé, veementemente vilipendiadas e violadas em seus direitos, muito embora devessem ser tratadas em mesmo nível de igualdade.

Assim, temos que apesar de garantidor da liberdade como um direito fundamental, o Estado, pela própria natureza de sua imparcialidade, se mostra inerte quanto ao conflito de direitos fundamentais ocorrentes diuturnamente no meio social brasileiro, em especial quando se trata de diversos estratos.

Necessária, portanto, a análise quando ao possível conflito, atual e evidente, entre duas liberdades fundamentais e constitucionalmente protegidas, quais sejam, a liberdade de expressão e a liberdade religiosa, que, infelizmente, pela fragilidade da temática, por vezes entram em conflito direto.

2. Conflitos das liberdades

A grande mácula existente quanto às liberdades civis são as ocasiões em que a liberdade de um indivíduo afronta diretamente a liberdade de outro, e, para se ver resolvida a situação, vê-se que um dos dois personagens acabam por ter seu direito à liberdade (seja ela qual for) preterido para que se beneficie o outro, numa análise dialética da razão no exercício da liberdade.

Ocorre que referido conflito é, na verdade, aparente. O que por vezes entende-se por conflito entre liberdades acaba se revelando num discurso de intolerância, comumente referido por discurso de ódio, em relação a ideologias ou posturas adotadas por outro indivíduo.

Nesse sentido, quando o indivíduo se depara com o exercício de um direito pelo outro, mas que para ele aquele exercício é indevido ou

inapropriado segundo seus próprios preceitos morais e éticos ele decide, por si, que o direito do outro deve ser censurado. Ocorre que, conforme Ursula Owen (2003 apud Smiers p.319), “as palavras podem se tornar balas, a linguagem do ódio pode matar e mutilar, como a censura”. Nesse trecho a autora ao comparar a prática do ódio com a ditadura expressa o quanto o discurso do ódio pode interferir na relação da democracia e da liberdade de cada cidadão.

De todo modo, acabam sendo comuns ocasiões em que a liberdade de expressão vai de encontro, especificamente, com a liberdade religiosa ou de crença, especialmente quando o exercício da liberdade de expressão acabe resultando em alegada ofensa por aquele que se vê no exercício da liberdade religiosa.

Pode-se aqui exemplificar com uma situação bastante recente e que teve grande repercussão no Brasil no ano de 2019 e início do ano de 2020.

No natal de 2019 o canal humorístico conhecido por “Porta dos Fundos” publicou na plataforma de *streaming* de vídeo Netflix um filme especial de natal nomeado como “A Primeira Tentação de Cristo”, a revista Istoé publicou que “O especial de Natal 2019 do Porta dos Fundos tem sido criticado pela forma como retrata Jesus. Interpretado por Gregório Duvivier, ele estaria em um relacionamento com outro homem. No filme, o personagem é surpreendido por uma festa, em que é revelado que ele é filho de Deus e foi adotado por José e Maria (ISTOÉ, 2019)”.

Diante de situação tal, houve uma repercussão midiática em que se percebia nítida a rejeição por grupos religiosos em relação ao filme do canal humorístico. Sendo que, inclusive algumas entidades religiosas chegaram a acionar judicialmente o canal humorístico (Porta dos Fundos) e a plataforma de *streaming* Netflix para que retirassem do ar o conteúdo.

Houve, num primeiro momento, determinação do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro para que o filme fosse retirado do ar (autos 0083896-72.2019.8.19.0000 e autos 0343734-56.2019.8.19.0001). Posteriormente a plataforma Netflix ajuizou a Reclamação de

número 38.782 perante o Supremo Tribunal Federal, onde houve nova liminar determinando a suspensão das decisões de censura.

Em sua decisão o Presidente do STF, ministro Dias Toffoli, consignou o entendimento plenário do STF ao julgar a ADI 4.451/DF, vejamos:

[o] direito fundamental à liberdade de expressão não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas maiorias(Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe de 6/3/2019).

Ponderou, ainda, sobre o tema:

Ademais, quando demandado a se manifestar sobre o conteúdo da liberdade de crença (CF/88, art. 5º, VI e VIII) e da laicidade do Estado (CF/88, art. 19, I) na ADI nº 4.439/DF, foram duas as premissas consideradas igualmente relevantes para fins de se observar os preceitos, quais sejam: i) a “voluntariedade” da exposição ao conteúdo e ii) a vedação de que “o Poder Público crie de modo artificial seu próprio ensino religioso” ou que favoreça ou hierarquize “interpretações bíblicas e religiosas de um ou mais grupos em detrimento dos demais”.

O ministro Dias Toffoli, ao final, deferiu a liminar pretendida para o fim de restabelecer a veiculação do filme produzido pelo canal humorístico aduzindo:

Não se descuida da relevância do respeito à fé cristã (assim como de todas as demais crenças religiosas ou a ausência dela). Não é de se supor, contudo, que uma sátira humorística tenha o condão de abalar valores da fé cristã, cuja existência retrocede há mais de 2 (dois) mil anos, estando inculpida na crença da maioria dos cidadãos brasileiros.

Diante da postura adotada pela mais alta corte constitucional do país pode-se verificar que o tema em apreço é objeto de grande especificidade e reúne os mais diversos entendimentos acerca da valoração de uma ou outra liberdade.

É correto que “uma das projeções da liberdade mais caras à humanidade vem a ser a livre manifestação de pensamento. Tal

direito, reconhecido como fundamental pelo artigo 5º, incisos IV e IX, da Constituição Federal de 1988” (Conrado, 2013), e que a liberdade de expressão se mostra mais ampla e capaz de salvaguardar em seu dimensionamento todos os desdobramentos.

Confere-se, então, à liberdade de expressão um *status* de origem das demais liberdades que envolvam a manifestação do pensamento, podendo assim se dizer que a liberdade de crença, a liberdade religiosa e a liberdade de culto nada mais são que resultado da premissa da liberdade de expressão, adotando-se aqui o surgimento de um conceito contemporâneo da liberdade de expressão religiosa, em que o conteúdo emanado pelo indivíduo constitua, intrinsecamente, expressão de ideologia com cunho religioso.

Considerações finais

A partir dos posicionamentos expostos e considerando a construção de conceitos acerca das liberdades civis previstas na Constituição Federal de 1988 e sua classificação dentre os direitos fundamentais de primeira dimensão, em especial a liberdade de expressão e a liberdade religiosa, temos que a segundo decorre do livre e pleno exercício da primeira.

Ainda assim, deve-se verificar que a ocorrência de conflito entre o exercício de tais liberdades é assunto de delicadeza ímpar, haja vista a condição de Estado Laico corrente no Brasil.

Desse modo, a defesa à liberdade de expressão plena, seja ela exercida pela manifestação do pensamento ou pela manifestação de ideologia religiosa, deve ser objetivo basilar no Estado Democrático de direito.

Porém, verifica-se que devem ser adotadas medidas para coibir os excessos no exercício regular de direitos tão intimamente relacionados com a natureza humana, considerando que quando do abuso de determinado direito há a possibilidade de se estar censurando outrem do exercício do próprio direito.

Nesse sentido anota-se como fragilizada a legislação brasileira, já que não existe na atualidade uma lei que venha a tipificar

penalmente o “discurso do ódio”, tão praticado por indivíduos intolerantes sem que lhes seja possível a punição quando seus atos e manifestações não se enquadrarem nas tipificações existentes na Lei 7.716/89, que versa sobre racismo.

Por derradeiro, verifica-se necessária a evolução legislativa no Brasil a fim de que sejam implementadas melhores formas de dirimir possíveis conflitos entre liberdades civis e, ainda, uma evolução na legislação penal para que sejam tipificadas condutas intolerantes, as quais são inadmissíveis em nosso ordenamento jurídico.

Referências

ALTAFIN, Juarez. **O Cristianismo e a Constituição**. 1. Ed. Belo Horizonte: Del rey, 2007.

BALEIRO, Aliomar. **Constituições Brasileiras: 1891**. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. v.2.

BRASIL, Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 25 de fevereiro de 2020.

DEVINE, Carol, et al. **Direitos Humanos: Referências Essenciais**. 1. ed. São Paulo: Edusp, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. 4. ed. de 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 41. ed. de 2020. Editora Forense. Editora Saraiva.

JAYME, Fernando G. **Direitos humanos e sua efetivação pela corte interamericana de direitos humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LELLIS, Lélío Maximino, et al. **Manual de Liberdade Religiosa**. 1. ed. Engenheiro Coelho: Ideal Editora, 2013.

MELO, José Tarcizio de Almeida. **Direito Constitucional no Brasil**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONDAINE, Marcos. **Direitos Humanos no Brasil Contemporâneo**. 1. ed. Recife: Editora Universitária, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 11. ed. 2017. Editora Atlas.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional e Internacional**. 18. ed. 2018. Editora Saraiva.

SANTIAGO, Emerson. **Liberdade de Expressão**. Ano 2015. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/direito/liberdade-de-expressao/>> Acesso em: 27.fev.2020

SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. 1. ed. Editora Juarez de Oliveira. 2002.

SILVA, Ney. **Estudo de Direito: Coletânea de artigos vol.1**. 1. ed. São Luiz: NS Editor, 2012.

SORIANO, Aldir Guedes. MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. **Direito à Liberdade Religiosa – Desafios e perspectivas do século XXI**. 4. ed. 2009. Editora Fórum.

_____. Alvo de críticas por especial de Natal, Porta dos Fundos tem sede atacada no Rio. **Istoé**. São Paulo, 24 de dez. de 2019. Disponível em: <<https://istoe.com.br/alvo-de-criticas-por-especial-de-natal-porta-dos-fundos-tem-sede-atacada-no-rio/>>. Acesso em 27 de fev. de 2020.

_____. Justiça do RJ determina que Especial de Natal do Porta dos Fundos seja retirado do ar. **G1 Rio**. Rio de Janeiro, 8 de jan. de 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/01/08/justica-do-rj-determina-que-especial-de-natal-do-porta-dos-fundos-seja-retirado-do-ar.ghtml>>. Acesso em 28 de fev. de 2020.

PRINCIPAIS INOVAÇÕES DO INSTITUTO DA USUCAPIÃO FAMILIAR: PRIMEIRO QUARTEL DO SÉCULO XXI

Léia Comar Riva¹
Sílvia Leiko Nomizo²

¹Pós Doutora em Direito pela Universidade de Coimbra – *Ius Gentium Conimbrigae* - Centro de Direitos Humanos Faculdade de Direito (UC-FD) Portugal. Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (FD-USP); mestre em Ciências (FFCLRP-USP); especialista em Violência Doméstica contra Criança e Adolescente (IP-USP). Professora Efetiva de Direito Civil: Família e Sucessões do Curso de Direito e de Especialização em Direitos Humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), Unidade Universitária de Paranaíba-MS. Pesquisadora e líder do Grupo de Estudo e Pesquisa GREDIFAMS. Associada do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Membro-associado da Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC). Telefone (67) 3668-5352. Celular (67) 99902-5352. E-mail: lcriva@uems.br

² Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM). Especialista em Direito Humanos pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba-MS (UEMS/Paranaíba-MS). Graduada em Direito, pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba-MS (UEMS/Paranaíba-MS). Docente, do Curso de Direito, da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba-MS (UEMS/Paranaíba-MS). Coordenadora e Docente Supervisora do Núcleo de Prática Jurídicas, das Faculdades Integradas de Paranaíba (FIPAR). Membro do Conselho de Colegiado do Curso de Direito e do Conselho Consultivo Comunitário da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba-MS (UEMS/Paranaíba-MS). Membro do Colegiado do Curso de Direito e do Núcleo Docente Estruturante do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Paranaíba (FIPAR). Membro do Projeto de Pesquisa Direitos Humanos e sua efetividade, vinculado ao Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Advogada inscrita na OAB/SP e na OAB/MS. Celular (67) 98129-2915. E-mail: leconomizo@yahoo.com.br

No concernente ao uso, o homem não deve possuir os bens exteriores como próprios, mas como comuns, de tal forma que facilmente os comunique nas necessidades dos outros. (Santo Tomás).

Introdução

O conhecimento dos diferentes institutos jurídicos tutelados pelo direito privado é fundamental para se compreender o direito posto e aplicado. Existem alguns institutos intimamente ligados a outros, e assim, tem-se regras de direitos reais que refletem no direito de família e influenciam-no. É o que ocorre, por exemplo, com o instituto da usucapião familiar, cujas origens estão naquele direito e, por tutelar as relações familiares, com ênfase no cônjuge ou companheiro abandonado no seu lar, incidem no direito de família.

O presente trabalho visa reexaminar as principais questões que perpassam o instituto jurídico da usucapião de bens imóveis, com ênfase na usucapião familiar, a fim de demonstrar a construção e a interpretação doutrinária e jurisprudencial que delineiam *in casu* o atual panorama jurídico nesse primeiro quartel do século XXI.

A escolha das questões examinadas, a partir do direito de propriedade, visa estabelecer um raciocínio coerente em torno da matéria em termos dos conceitos, dos elementos constitutivos e das diferentes espécies de usucapião previstas tanto na legislação constitucional como infraconstitucional brasileira.

O procedimento metodológico constitui-se de pesquisa bibliográfica e documental; a análise interpretativa fundar-se-á “na discussão teórica das normas ou categorias jurídicas abstratas”. (SEVERINO, 1979, p. 60-62; ECO, 2010, p. 42; MARCHI, 2009, p. 66).

Para a investigação, far-se-ão algumas considerações no que diz respeito ao instituto jurídico da usucapião segundo previsto no Direito Romano, no Código Civil de 1916 e no Código Civil de 2002; em seguida, colacionar-se-ão alguns entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o instituto da usucapião familiar. Ao final serão apresentados os resultados do presente estudo.

1. Breve resenha histórica do instituto da usucapião

Os romanos não definiram o direito de propriedade, tarefa que coube aos juristas a partir da Idade Média. (ALVES, 2000a, p. 281). A definição do direito de propriedade é complexa “em face às alterações por que passou a estrutura desse direito ao longo de uma evolução de mais de uma dezena de séculos”, durante os quais o conteúdo do direito de propriedade “se reduz ou se alarga em face, não só do regime político, mas também das exigências econômico-sociais. (ALVES, 2000a, p. 282). Cretella Júnior (2006, p. 127, itálicos do autor) leciona que na concepção romana o direito de propriedade era visto como uma “potestade quase soberana e intangível” e Marky (2008, p. 65) instrui que quem detém a propriedade (*dominium, proprietas*) exerce “um poder jurídico absoluto e exclusivo sobre uma coisa corpórea”.

A propriedade pode ser adquirida de vários modos, entre os quais se encontra o usucapião (*usucapio*). Etimologicamente, “do latim *usucapio*, de *usucapere* (usucapir), exprime o modo de adquirir pelo uso, ou adquirir pela prescrição” (SILVA, 1982, p. 442, v. IV, itálicos do autor).³ No direito romano o usucapião “é o modo de adquirir a propriedade, segundo as regras do *jus civile*, reservados aos cidadãos, mediante o preenchimento das seguintes condições: coisa suscetível de usucapião; posse contínua durante certo prazo; título jurídico que justifique a posse (*justus titulus ou justa causa*); boa-fé (*bona fides*) do possuidor”. (CRETELLA JÚNIOR, 2006, p. 160, itálicos do autor).

Alves (2000a, p. 2 e 311) comenta que o usucapião é um “instituto antiqüíssimo, anterior à Lei das XII Tábuas”, a qual

³ Segundo Venosa (2005, p. 216, itálico do autor): “a palavra *usucapião* também pode ser utilizada no gênero feminino. Os que se referem ao instituto como ‘a usucapião’ prendem-se à origem latina do vocábulo. O Código Civil de 1916, no entanto, utilizou o termo no masculino. O vigente opta pelo feminino”. No presente trabalho, por considerar que ambas estão corretas, não se privilegiará nenhuma; portanto, o termo será utilizado tanto no masculino como no feminino.

previa que a posse prolongada, pelo cidadão romano, durante certo tempo, gerava o direito ao usucapião. O instituto sofreu várias mudanças, em relação a sua forma de constituição, aos objetivos e aos requisitos para a aquisição da propriedade, durante os períodos que marcaram história interna do Direito Romano: direito pré-clássico, clássico e pós-clássico.

No direito clássico, ao lado da usucapião surge um instituto semelhante à *longi temporis praescriptio*: “aquele como modo *iuris ciuilis* de aquisição de propriedade, utilizável apenas por cidadãos romanos, e tendo por objeto somente coisas suscetíveis de *dominium ex iure Quiritium*; esta, a princípio, aplicável apenas a imóveis provinciais e em favor de estrangeiros e romanos”. (ALVES, 2000a, p. 312, itálicos do autor). Acresce-se que o usucapião é um dos modos de aquisição “do *jus civile*, reservado aos cidadãos, tem como efeito o nascimento da propriedade quiritária sobre móveis e imóveis (terras romanas e itálicas). (CRETILLA JÚNIOR, 2006, p. 160, itálicos do autor). A propriedade quiritária originava-se do “simples fato de alguém ter a coisa em seu poder por certo tempo e sob certas condições”. (MARKY, 2008, p. 69, itálicos do autor).

No direito pós-clássico, Constantino “por meio de um rescrito, introduziu, no direito romano, uma forma especial de usucapião: a *longissimi temporis praescriptio* (que os intérpretes denominavam *usucapião extraordinário*)”. (ALVES, 2000a, p. 314, itálicos do autor). Justiniano, finalmente, remodelou o instituto e introduziu nessa matéria várias inovações: “Fundiu o usucapião e a *praescriptio longi temporis* e modificou essencialmente a *praescriptio longissimi temporis*”. (MARKY, 2008, p. 85, itálicos do autor).

Além de inúmeras aplicações, no âmbito do direito das coisas, os romanos concentravam o usucapião “no direito das pessoas, no caso do casamento pelo uso (*usus*), em que o marido adquire a *manus* sobre a mulher depois de com ela coabitar durante um ano ininterrupto” e no campo do direito das sucessões o usucapião “como no caso do *usucapio pro herede*, ou seja, aquisição da sucessão

vacante por usucapião de um ano". (CRETELLA JÚNIOR, 2006, p. 161, itálicos do autor).

Quanto ao *usucapio pro herede*, Alves (2000a, p. 314, itálicos do autor) informa que ela ocorria "quando alguém se apossava de uma herança no intervalo compreendido entre a morte do *de cuius* e a aceitação da herança pelo herdeiro, mantendo-se na posse por um ano, e adquirindo, assim, a qualidade de herdeiro". E, no tocante ao *usus*, faz-se necessário ponderar que entre os romanos, o casamento legítimo, justas núpcias (*justae nuptiae*) ou matrimônio (*matrimonium*), contraído de acordo com o direito civil (*jure civile*), poderia ocorrer pela *confarreatio*, pela *coemptio* e pelo *usus*.

Explica Monteiro (1980, p. 12) que a primeira correspondia ao casamento religioso, reservado à classe patricia, a segunda ao casamento civil, reservado à plebe e a última "a aquisição da mulher pela posse, equivalendo assim a uma espécie de usucapião".

Para não ultrapassar os limites do trabalho proposto, limitaremos-nos à última forma de matrimônio. "*Usus* é o casamento cuja *manus* se caracteriza depois da coabitação contínua do homem e da mulher durante um ano". (CRETELLA JÚNIOR, 2006, p. 82, itálicos do autor). Segue o autor lecionando:

É como que a transposição do instituto do *usucapião* (ou aquisição da propriedade através de posse contínua e prolongada) para o âmbito do *direito de família*. O paralelismo é perfeito, porque, assim, como no *direito das coisas*, a interrupção da posse não efetiva o usucapião, aqui também, se a mulher, decorrido um ano, abandona o domicílio conjugal durante três noites consecutivas (*usurpattio tricottii*), a *manus* não se caracteriza, não há casamento. (CRETELLA JÚNIOR, 2006, p. 82, itálicos do autor).

Como visto, o *usus* era o modo de aquisição da *manus* pela convivência de um homem com uma mulher, durante um ano, ininterruptamente. "Realizava-se, assim, um estado possessório que, automaticamente, fazia nascer esse poder marital, a não ser que, durante cada período de um ano, a mulher passasse três noites fora do domicílio conjugal, o que era conhecido como usurpação das três noites (*trinocitii usurpattio*)" (AZEVEDO, 2002. p. 46 e 49,

itálicos do autor). O *usus* era um instituto muito antigo e “no tempo de Gaio (século II d.C.) já era simples reminiscência histórica”. (ALVES, 2000b, p. 274).

O Código Civil de 1916, arts. 550 a 553, fiel à tradição do direito romano e com fundamento na legislação comparada, previa as regras jurídicas sobre o usucapião. Esses artigos sofreram alterações pela Lei n. 2.437, 07.03.1955, durante a vigência do Código de 1916. Os requisitos do usucapião foram previstos no art. 551 do Código Civil de 1916: decurso do tempo, posse, coisa hábil, justo título e boa-fé. A legislação reconheceu três espécies de usucapião: o extraordinário, o ordinário e o especial (*pro-labore*). No próximo item, abordar-se-á o instituto da usucapião segundo a norma vigente.

2. A usucapião e a legislação vigente

A Constituição Federal de 1988, art. 5º, XXII e XXIII, além de garantir o direito de propriedade como um direito fundamental, ressaltou sua função social. O direito de propriedade se encontra intimamente ligado ao direito à moradia. O Código Civil de 2002, art. 1.228, também enfatiza a função social da propriedade e dispõe sobre os atributos do direito de propriedade.

O usucapião “é o instrumento originário mais eficaz para atribuir moradia” (VENOSA, 2005, p. 226), a qual está consagrada como direito social fundamental (art. 6º da Constituição Federal de 1988).

Ao comparar o atual direito de propriedade com o anterior o Professor das Arcadas, Carlos Alberto Dabus Maluf (2011, p. 73) explica: “Ao antigo absolutismo do direito, consubstanciado no famoso *jus utendi et abutendi*, contrapõe-se, hoje, a socialização progressiva da propriedade – orientando-se pelo critério da utilidade social para maior e mais ampla proteção aos interesses e às necessidades comuns”. A usucapião, de certa forma, atende a função social da propriedade. (TARTUCE, 2017, p. 1.019).

No atual Código Civil o instituto da usucapião enquanto um modo originário de aquisição da propriedade e de outros direitos

reais é tratado no Livro dos Direitos Reais, arts. 1.238 a 1.244. Algumas afirmações acerca da aquisição da propriedade pela usucapião remanesceram do antigo Código, tais como: a) o principal elemento dessa modalidade é a posse; b) é suscetível de prescrição aquisitiva todo e qualquer elemento objeto de posse, desde que não esteja fora do comércio nem seja bem público – embora haja controvérsias quanto às terras devolutas. Assim, tanto o domínio quanto a propriedade plena são passíveis de usucapião. “Também há outros direitos reais passíveis de aquisição como o domínio útil da enfiteuse, o usufruto, o uso, a habitação, servidões etc. O usucapião também se aplica a semoventes e aos móveis em geral”. (VENOSA, 2005, p. 219).

No que diz respeito ao instituto, verifica-se que o conceito de usucapião ainda guarda semelhanças como o apresentado por Modestino (D. L. 41, tít. 3, lei 3), ou seja, “é a aquisição do domínio pela posse continuada, durante o tempo estabelecido pela lei” (*usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti*). (AZEVEDO, 2019, p. 70); que a lei e a doutrina estabelecem os seguintes requisitos para a usucapião: coisa hábil (*res habilis*), justa causa (*iusta causa*), boa-fé (*bona fides*), posse (*possessio*) e tempo (*tempus*) e que, atualmente, as modalidades ou as espécies de usucapião de bens imóveis se encontram previstas no Texto Constitucional, no Código Civil de 2002 e na legislação especial.

De acordo com Diniz (2008, p. 153), das instituições jurídicas que surgiram no direito romano - uma “de caráter geral destinada a extinguir todas as ações” e a outra “um modo de adquirir, representado pela antiga usucapião. Ambas as instituições partiam do mesmo elemento: ação prolongada no tempo” formaram-se duas teorias sobre a usucapião: a monista e a dualista.

Essas teorias são explicadas pelos autores consultados, da seguinte forma: Bevilacqua (1979, p. 1.032) entendeu, sob o prisma da teoria dualista, que o Código (1916) “denominou usucapião a prescrição aquisitiva, para evitar confusões, provenientes da identidade de certos cânones, que formam o tecido dos dois

institutos: a prescrição propriamente dita ou liberatória e o usucapião ou prescrição aquisitiva”.

Esse posicionamento é contestado por Diniz (2008, p. 153-154) que, com base em vários autores e no Código Civil francês, defende a unicidade com o argumento de que a usucapião é “concomitantemente, uma energia criadora e extintiva. Extintiva porque redundante na perda da propriedade por parte daquele que dela se desobriga pelo decurso do tempo. Aquisitiva porque ele leva à apropriação da coisa pela posse prolongada. Ao passo que a prescrição é puramente extintiva”. Nesse sentido, Venosa (2005, p. 217) ressalta que entre nós é frequente “utilizar-se da expressão prescrição aquisitiva como sinônimo de usucapião”, mas que o “Código optou por tratar da prescrição extintiva na parte geral, disciplinando o usucapião no livro dos direitos reais, como forma de aquisição da propriedade, destinada a móveis e imóveis”.

Verifica-se, de acordo com o relato histórico, que o usucapião é a prescrição aquisitiva porque a “fluência de tempo é a determinadora da aquisição”. (SILVA, 1982, p. 442) e que, apesar das afirmações acima, grande parte da doutrina e da jurisprudência consultadas, com as quais se concorda, se reportam à usucapião como uma forma de prescrição aquisitiva da propriedade.

Atualmente, encontramos as seguintes modalidades ou espécies de usucapião e suas previsões legislativas – os pressupostos para a aquisição de cada uma delas não serão examinados, por desviarem-se dos objetivos propostos –: usucapião ordinária (art. 1.242, Código Civil/2002); usucapião extraordinária (art. 1.238, Código Civil/2002) e usucapião especial. A usucapião especial encontra-se subdividida em – usucapião especial constitucional rural – *pró-labore* (art. 191, *caput*, da Constituição Federal e 1988; art. 1.239, do Código Civil/2002 e Lei. n. 6.969/1981)⁴; usucapião especial constitucional urbana, *pró-misero*

⁴ “Desde a Constituição de 1934, em seu art. 125, já existia a usucapião constitucional rural ou *pró-labore*; depois, repetida na Constituição de 1937 (art.

ou pró-moradia (art. 183 da Constituição Federal de 1988; art. 1.240 do Código Civil de 2002 e art. 9º da Lei 10.245/2001); usucapião urbana coletiva (art. 10 da Lei n. 10.257/2001); usucapião rural coletiva (art. 1.228, §§ 4º e 5º do Código Civil; usucapião indígena (art. 33 da Lei n. 6.001/1973) e usucapião familiar ou usucapião urbana por abandono do lar (Lei n. 12.424/2011; art. 1.241-A, do Código Civil de 2002) - esta será objeto de estudo a seguir.

3. Usucapião familiar e a efetivação do seu caráter social

A Lei n. 12.424, de 16.06.2011 altera a Lei n. 11.977/2009, que dispõe sobre o Programa do Governo Federal ‘Minha Casa, Minha Vida’ (PMCMV) e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, acrescentou ao Código Civil vigente o art. 1.240-A para regulamentar uma nova modalidade de usucapião chamada familiar, com a seguinte redação:

Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O direito previsto no *caput* não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

O novo instituto assemelha-se à usucapião especial urbana já prevista pela legislação vigente. (TARTUCE, 2017, p. 1.031). Ensina o Professor das Arcadas Álvaro Villaça Azevedo (2019, p. 74) que a nova espécie de usucapião é quase a mesma prevista no art. 183, da Constituição Federal de 1988, cujos requisitos “são os mesmos, objetivando o instituto a fixação do usucapiente no imóvel com sua família”, mas, que a causa é diversa, por tratar-se de “abandono do lar”, portanto, com o “abandono nasce a usucapião familiar”. Nesse

118) e na Constituição de 1946 (art. 156, § 3º)”. A Constituição de 1988 voltou dessa espécie de usucapião. (AZEVEDO, 2019, p. 73).

sentido comenta que essa espécie de usucapião “traz semelhanças em relação à usucapião especial urbana que já estava prevista”.

O instituto da usucapião familiar, afirmam Carmona e Cardoso (2016, p. 83, itálico dos autores) tem suas peculiaridades com todas as espécies de usucapião, que são “a posse (*possessio*), a pessoa (*persona habilis*), a coisa (*res habilis*) e o tempo (*tempus*). Quanto ao reduzido prazo para a aquisição do domínio, dois anos ininterruptos, Tartuce (2017, p. 1.031) explica:

A principal novidade é a redução do prazo para exíguos dois anos, o que faz com que a nova categoria seja aquela com menor prazo prescrito, entre todas as modalidades de usucapião, inclusive de bens móveis (o prazo menor era de três anos). Deve ficar claro que a tendência pós-moderna é justamente a de redução dos prazos legais, eis que o mundo contemporâneo possibilita a tomada de decisão com maior rapidez. (TARTUCE, 2017, p. 1.031).

Segundo Cagliano e Pamplona Filho (2018, p. 1.060-1.062), o direito disposto na Lei n. 12.424/2011 são consagradores da usucapião familiar⁵, pró-família ou por abandono do lar conjugal; “por tratar-se de modo originário de aquisição da propriedade, prevalece em face do próprio direito decorrente da meação”; para que ocorra a usucapião o abandono do lar deve ser voluntário e unilateral. Não será reconhecido caso decorra de abandono forçado, como por ordem judicial emanada da Lei Maria da Penha (Lei. n. 11.340/2006) ou de acordo ou ajuste entre os cônjuges ou companheiros e conforme texto de lei, somente poderá ser reconhecido ao possuidor uma única vez.

A nova espécie de usucapião familiar cuida do cônjuge ou companheiro abandonado de baixa renda, que não tem imóvel próprio urbano ou rural, sem cuidados e sem recursos, que permanece no imóvel. Portanto, o imóvel utilizado para a moradia familiar, que era dividido com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, passa a ser exclusivamente do que foi abandonado. (AZEVEDO, 2019, p. 74).

⁵ Expressão consagrada no âmbito deste trabalho.

Os Enunciados da V Jornada de Direito Civil, realizada em novembro de 2011, no Conselho da Justiça Federal, dispõem sobre a matéria comentada, com o seguinte teor:

- Enunciado 498 - A fluência do prazo de 2 anos previsto pelo art. 1.240-A para a nova modalidade de usucapião nele contemplada tem início com a entrada em vigor da Lei n. 12.424/2011.
- Enunciado 500 - A modalidade de usucapião prevista no art. 1.240-A do Código Civil pressupõe a propriedade comum do casal e compreende todas as formas de família ou entidades familiares, inclusive homoafetivas.
- Enunciado 501- As expressões ‘ex-cônjuge’ e ‘ex-companheiro’, contidas no art. 1.240-A do Código Civil, correspondem à situação fática da separação, independentemente de divórcio.
- Enunciado 502 - O conceito de posse direta referido no art. 1.240-A do Código Civil não coincide com a acepção empregada no art. 1.197 do mesmo Código (Enunciado 502 da V Jornada de Direito Civil).

Em novembro de 2015, na VII Jornada de Direito Civil, foi aprovado o Enunciado 595, com o seguinte teor: “O requisito ‘abandono do lar’ deve ser interpretado na ótica do instituto da usucapião familiar como abandono voluntário da posse do imóvel somado à ausência da tutela da família, não importando em averiguação da culpa pelo fim do casamento ou união estável”.

Conforme se depreende dos Enunciados acima, os quais buscam facilitar a compreensão e a interpretação do Direito Civil sobre a matéria em comento, a usucapião familiar é instrumento necessário para garantir ampla possibilidade de aquisição da propriedade para a família ou a entidade familiar, inclusive a homossexual; a contagem do prazo se dá a partir do início da vigência da alteração legislativa, a usucapião familiar “tem relação direta com a proteção do direito adquirido, retirada do art. 5º, XXXVI, da Constituição e do art. 6º da Lei de Introdução”; para a aquisição basta a separação do casal, não se exige o divórcio nem a averiguação da culpa. Apenas o abandono voluntário e a “ausência da tutela da família” já são suficientes para dar posse do imóvel. (TARTUCE, 2017, p. 1.033).

O fato de o Enunciado 501, da V Jornada de Direito Civil acima referir-se à “separação, independentemente de divórcio”, causa uma série de questionamentos na seara do direito de família, por conflitar, segundo parte da doutrina, com a nova redação do art. 226, § 6º, da Constituição Federal de 1988, dada pela Emenda Constitucional n. 66/2010. Isto porque, para parte dos doutrinadores, a Emenda que institui o divórcio direto sem necessidade de prévia separação, bane do sistema jurídico o instituto da separação e a discussão sobre a conduta culposa, pelo abandono do lar, do cônjuge ou convivente pelo fim do casamento ou da união estável. O Enunciado citado retoma o instituto da separação e o art. 1.240 do Código Civil retoma a discussão da culpa, ao determinar a perda da propriedade por aquele que abandonou o lar.

A outra corrente, que se demonstra favorável e com a qual se concorda, argumenta no sentido de dar destaque ao fato de o instituto ter por meta resguardar o direito de quem atende à função social do imóvel, em consonância com o disposto na Constituição de 1988, como se posicionam Luiz Edson Fachin e Maria Helena Diniz, citados por Carmona e Cardoso (2016, p. 94).

Sob o prisma do direito de família, Diniz (2018, p. 350, *itálico* da autora) comenta que a possibilidade de o ex-cônjuge adquirir, por meio da usucapião familiar, a propriedade integral de imóvel de até 250 metros quadrados, é um dos efeitos patrimoniais da separação judicial e que apesar de o art. 1.240-A do Código Civil, acrescido pela Lei n. 12.424/2011, “contrariar preceitos sobre a propriedade e regime de bens, aquele artigo prevalece sobre eles por ser *norma especial*”.

Verifica-se, de acordo com a Constituição Federal de 1988, que o instituto da usucapião familiar é uma forma de efetivação dos direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade e do direito social à moradia. No que se refere a este último, Carmona e Cardoso (2016, p. 97) comentam que o instituto da usucapião familiar efetiva o direito à moradia daquele que foi abandonado, “pois o bem objeto de meação não poderia ser vendido sem a outorga marital, ficando fora do comércio. Instituída a

usucapião familiar, o membro abandonado obtém o direito à moradia de forma justa, atendendo aos princípios do atendimento da função social da propriedade e da dignidade da pessoa humana”.

Ao se consultar a farta jurisprudência acerca da usucapião familiar firmada pelos Tribunais de Justiça dos estados, denota-se junto à maioria dos julgados consultados o rigor em relação ao preenchimento dos requisitos exigidos, quais sejam: 2 (dois) anos de posse exclusiva, sem oposição, de bem imóvel comum do casal (ex-cônjuge/ex-companheiro); imóvel localizado em área urbana de até 250 metros quadrados; abandono do lar pela parte adversa; não ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural; a usucapião familiar não pode ter sido reconhecida mais de uma vez ao mesmo possuidor.

Em razão da ausência de um ou mais dos requisitos legais objetivos da lei para a usucapião familiar o recurso não é deferido, como se depreende nos seguintes julgados: - falta de configuração do abandono, de comprovação de que não há outro imóvel em nome daquele que pleiteia a usucapião e de que ele não foi beneficiado pelo instituto mais de uma vez - (TJDF; APC 2016.05.1.008033-7; AC. 109.9666; 5ª T. Cív.; Rel. Des. Robson Barbosa de Azevedo; DJDFTE 01.06.2018); ausência de comprovação do abandono, o ex-cônjuge deixou o lar conjugal em decorrência da separação e concordou com a permanência no imóvel da autora em razão dos filhos e “não desinteresse de sua parte pelo bem ou desistência de sua propriedade” - (TJSE; AC 2018.00.832.388; AC. 3081/2019; 2ª C. Cív.; Rel. Des. Luiz Antônio Araújo Mendonça; DJSE 25.02.2019); não preenche os requisitos legais para a usucapião, por inexistir “transcurso do prazo para a prescrição aquisitiva a partir da separação de fato, porque esta hipótese não é prevista pela lei civil para a dissolução da conjugal- (CC, art. 1.571), permanecendo hígida a regra de não fluência de prazo prescricional entre cônjuges (TJMG; APCV 1.0694.14.003695-5/001; 12ª C. Cív.; Rel. Des. José Flávio de Almeida; DJEMG 20.02.2017).

A flexibilização do requisito que diz respeito ao tamanho do imóvel para a aquisição da propriedade, por meio da usucapião, também foi verificada. Consta da decisão, nos autos abaixo mencionados, que a apelante reside no imóvel de 296,94 metros

quadrados, com a prole portadora de necessidades especiais, “especificamente, esquizofrenia crônica, doença mental incapacitante” e que obstar “a declaração de usucapião violaria de forma reflexa os direitos consagrados pela Lei n. 13.146/2015, Estatuto da Pessoa com Deficiência”, sendo dada “ao art. 1.240-A do CC/02 interpretação favorável à apelante que detém a curatela da prole portadora de necessidades especiais”. (TJAM; APL 0605240-42.2014.8.04.0001; 2ª C. Cív.; Relª. Desª. Maria do Perpétuo Socorro Guedes Moura; DJAM 04.04.2017).

Por outro lado, os tribunais têm deferido e/ou mantido a sentença quando mencionados requisitos forem atendidos e reafirmam, como ilustra o julgado a seguir, o entendimento de que por tratar-se de prescrição aquisitiva, “não se discute culpa pela separação do casal” - (TJSP; APL 0005343-65.2014.8.26.0396; AC. 12040493; 6ª C.D.Priv.; Rel. Des. José Roberto Furquim Cabella; DJESP 11.12.2018).

3.1. Breves considerações sobre algumas questões teóricas que perpassam a interpretação da codificação do Direito Privado brasileiro

Poucos juristas se preocupam em discutir e compreender questões afeitas à interpretação do direito, principalmente, do direito privado. Interpretar o sistema jurídico é uma tarefa complexa, relativa e provisória, porque o novo conhecimento, algumas vezes, nega ou parte do conhecimento anterior para se constituir. Em atenção aos objetivos do presente estudo, é preciso indagar acerca da interpretação da codificação do Direito Privado brasileiro. O que será resenhado de maneira sucinta.

Constata-se que o Código Civil de 1916 “refletia as concepções predominantes em fins do século XIX e no início do século XX, hoje em grande parte ultrapassadas, baseadas que estavam no individualismo então reinante, especialmente ao tratar do direito de propriedade”. (GONÇALVES, 2002, p. 03). Tartuce (2017, p. 56, *itálicos do autor*) explica que o Código de 1916, em sua visão

filosófica, foi concebido à luz da teoria positivista⁶, tendo como um de seus principais expoentes Hans Kelsen, no qual prevalecia “uma pirâmide de normas, um sistema fechado e estático”, que privilegiava “o apego à literalidade fechada da norma jurídica, prevalecendo a ideia de que a norma seria suficiente. A frase-símbolo dessa concepção legislativa era: *o juiz é a boca da lei*”.

O Código Civil de 2002, sustentado pelos princípios da eticidade, socialidade e operabilidade, ao buscar se afastar “das concepções individualistas que nortearam o diploma anterior para seguir orientação compatível com a socialização do direito contemporâneo” (GONÇALVES, 2002, p. 03), valoriza “um sistema baseado em cláusulas gerais [como a da função social da propriedade e da boa-fé], que dão certa margem de interpretação ao julgador”. (TARTUCE, 2012, p. 75).

Em sua genialidade, Flávio Tartuce (2012, p. 86) defende que a concretização do direito civil contemporâneo “deve ser enfocada à luz da teoria elaborada pelo principal idealizador do atual Código Civil, o professor Miguel Reale”, o qual “criou a sua própria teoria do conhecimento e da essência jurídica, a *ontognoseologia jurídica*, em que se busca o papel do direito nos enfoques subjetivo e objetivo, baseando-se em duas subteorias ou subciências: *o culturalismo jurídico* e a *teoria tridimensional do direito*”. (TARTUCE, 2012, p. 87, itálicos do autor)

Sob a perspectiva da teoria tridimensional de Miguel Reale⁷, a qual é marcada por três subsistemas: dos fatos, dos valores e das

⁶ O positivismo, fundado por Augusto Comte (1798-1857) e, amplamente, difundido por seus discípulos, em linhas gerais, foi fundado contra a metafísica e baseia-se na neutralidade – na separação entre sujeito e objeto; na impossibilidade da compreensão subjetiva do objeto – o positivismo toma o que o sujeito fala como o que ele, realmente, pensa; na objetividade do conhecimento – o conhecimento dá-se quando o pesquisador não influencia e intervém o menos possível sobre o objeto de estudo; no estudo dos fenômenos sociais como se fossem fenômenos naturais – fato social como coisa (Durkheim) e na probabilidade ao dimensionar a ação social (Max Weber); utilizando técnicas de coleta de dados quantitativas, desprezando, dessa forma, as qualidades intrínsecas do objeto (LOWY, 2003).

⁷ A Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale, é amplamente explicada em várias obras do Mestre, como: REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do**

normas⁸, o atual Código caracteriza-se por um “sistema aberto e dinâmico, em constantes diálogos” e privilegia “a ideia de interação de visão unitária do sistema, prevalecendo a constatação de que, muitas vezes, a norma não é suficiente. As cláusulas gerais são abertas e devem ser analisadas caso a caso. Frase-símbolo: *direito é fato, valor e norma*”. (TARTUCE, 2017, p. 56, itálico do autor).

Também para a interpretação, a constante interação entre o Direito Civil e o Texto Maior mostra-se necessária. “Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade em sentido amplo ou isonomia servirão sempre de socorro ao civilista na análise de questões polêmicas e de casos práticos que surgem na prática”. (TARTUCE, 2012, p. 68).

Portanto, o intérprete do direito civil atual deverá considerar a aplicação dos princípios constitucionais fundamentais, os quais são “valores [como a dignidade da pessoa humana, ao direito à vida, à liberdade, à igualdade] albergados pelo Texto Maior, a fim de dar sistematização ao documento constitucional, de servir como critério de interpretação”. (BASTOS, 1997, p. 154; 2014, p. 171-172). Para a interpretação constitucional, Barroso e Barcelos (2008, p. 332) lecionam que considerados os elementos do caso concreto, os princípios a serem preservados e os “fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção de soluções constitucionalmente adequada ao problema a ser resolvido”, assim, a interpretação “envolve escolhas pelo

Direito. 5. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2003; **Lições Preliminares de Direito.** 9. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1981.

⁸ Demonstra Miguel Reale (1981, p. 65, itálicos do autor) que: “onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um *fato* subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc); um *valor*, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma *regra* ou *norma*, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor; [...] tais elementos (*fato, valor e norma*) não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta”. O autor em sua obra Teoria Tridimensional do Direito (2003, p. 54) explica que o valor pode ser religioso, moral, estético etc.

intérprete, bem como a integração subjetiva de princípios, normas abertas e conceitos indeterminados”.

Considerações finais

Como não poderia ser diferente, percebe-se que o instituto da usucapião acompanha toda a construção jurídica do direito de propriedade, o qual parte de uma noção absoluta, perpétua e exclusiva de propriedade para uma interpretação que considere a dignidade da pessoa humana e o interesse da coletividade por meio da função social a ser desempenhada pela propriedade. Do mesmo modo, é possível aferir que as recentes espécies de usucapião também estão consolidadas em argumentos como a efetivação dos direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade e do direito social à moradia.

Várias são as modalidades ou espécies de usucapião de bens imóveis. Verifica-se que: a) as categorias do instituto têm aumentado, sobretudo, no corrente Século. Isso demonstra a intenção dos legisladores de protegerem o maior número de pessoas ao garantir-lhes o direito de propriedade e, no caso da usucapião familiar, o próprio direito à moradia; b) a usucapião familiar passou a ser regulamentada numa perspectiva cada vez mais dinâmica dentro de uma visão que vai ao encontro da concepção filosófica do atual Código Civil.

Assim, a análise dos dados demonstra que o instituto da usucapião desafiou o tempo, esteve presente em todas as legislações, sucessivamente, desde o direito romano até o atual, e que suas diversas modalidades acompanham toda a construção jurídica marcada por grandes mudanças e inovações. Está, portanto, de acordo com o atual panorama jurídico nesse primeiro quartel do século XXI, ao considerar a finalidade social do instituto o qual compreende o individual e o social e, especificamente, no direito de família ao preservar a família.

A usucapião familiar está consubstanciada na proteção outorgada à família ou à entidade familiar de baixa renda, o que

também é reafirmado pela farta jurisprudência existente, a qual, apesar de se mostrar com limites bem delineados em relação aos requisitos exigidos para a aquisição da propriedade por meio da prescrição aquisitiva, admite a flexibilização diante de situações excepcionais e que conflitem com outros dispositivos legais. Apesar de colacionar uma única decisão nesse sentido, é possível afirmar que a mesma deve servir de guia para outros entendimentos doutrinários e jurisprudenciais por considerar a atual construção jurídica e pautar-se na prevalência de direitos como à vida digna e à moradia.

As principais questões reexaminadas foram capazes de demonstrar que a usucapião familiar acompanhou e atendeu os novos requisitos exigidos para a socialização do direito à propriedade e garantia do direito à moradia e, no direito de família, prevaleceu sobre os institutos que versam sobre o direito à meação, ao regime de bens e a discussão da culpa do ex-cônjuge ou convivente pela separação.

Diante do exposto, pode-se inferir que em relação à usucapião familiar, por tratar-se de um instituto novo - ou seja, não atingiu ainda sua primeira década de vigência - muitas questões surgirão, demandarão novos estudos e interpretações jurídicas capazes decidir os litígios de acordo a Constituição Federal de 1988 e com a atual visão filosófica do direito civil a fim de garantir segurança jurídica aos casos concretos.

O levantamento permitiu propor uma reflexão sobre os posicionamentos doutrinário e jurisprudencial que delineiam o instituto da usucapião familiar, de acordo com a interpretação do atual panorama jurídico nesse primeiro quartel do século XXI. Diante dessa reflexão é possível assegurar que tanto a inclusão no ordenamento jurídico quanto a interpretação do instituto da usucapião familiar, por se encontrarem de acordo com os novos preceitos normativos, atendem aos ditames da Constituição brasileira, principalmente, após 1988, e da atual codificação do Direito Privado.

Referências

- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 13. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2000a. v. I.
- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 6. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2000b. v. II.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**: de acordo com o novo código civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil**. Direito das coisas. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. V.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. rev. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2008.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. ampl. e atual. São Paulo, SP: Saraiva, 1997.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo, SP: Malheiros, 2014.
- BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.
- CAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; CARDOSO, Mara Lúcia Guimarães. Usucapião familiar: uma forma de efetivação do direito à moradia. In: **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**. Porto Alegre. v. 13, p. 77-100, jul./ago. 2016.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito romano moderno**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das coisas. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 4.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 32. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 5.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Tradução de Gilson Cesar Cardoso de Souza. 23. ed. São Paulo: Perspectiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Principais inovações no Código Civil de 2002**. São Paulo: Saraiva, 2002.

LOWY, Michael. **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Munchhausen**: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento. Tradução de Juarez Guimarães e Suzanne Felicie Léwy. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARCHI, Eduardo C. Silveira. **Guia de metodologia jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Direito de família. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 2.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Direito das coisas. 20. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 3.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983. t. I.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito das coisas. 23. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 5.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 4. ed. rev. São Paulo: Cortez & Moraes Ltda, 1979.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**. Lei de introdução e parte geral. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 1.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direitos reais. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

O ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: desafios do século XXI

Marília Rulli Stefanini¹

Bruno Henrique de Oliveira Coqueiro²

Introdução

Preliminarmente, é preciso compreender que os Direitos Humanos dizem respeito aos direitos reconhecidos a todos os seres humanos em plano mundial, ou seja, independem da localização geográfica, cultural, econômica, política etc. Nesta seara, são revelados como direitos abstratos inerentes à condição humana, ou seja, não são criados pelo Estado, mas reconhecidos por este, já que se fossem criados poderiam também ser revogados, o que afrontaria a ideia de direitos universalmente necessários à manutenção da dignidade humana dos povos e, com isso, legitimar-se-ia o poder público a, supostamente, agir pautado na arbitrariedade e desproporcionalidade quanto à necessidade humana de direitos básicos.

Sob essa perspectiva, o Direito do Trabalho, amparado pelas normas Constitucionais, bem como pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), referencia-se no princípio basilar do Estado Democrático de Direito intitulado de Dignidade Humana, com o

¹ Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direito pelo UNIVEM – Marília/SP. Docente nas Faculdades Integradas de Paranaíba/MS – FIPAR. E-mail: mariliastefanini@yahoo.com.br

² Graduado em Direito pela UNDB – São Luis/MA. Especializando em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. E-mail: coqueiro_nense@hotmail.com

fito de (tentar) proteger e garantir a efetividade dos direitos e deveres inerentes às relações de trabalho.

Nesse sentido, outro objetivo primordial das normas trabalhistas constitucionalizadas finca suas raízes no intuito de evitar circunstâncias laborais que exponham o trabalhador a tratamento degradante, vexatório ou desumano, ou seja, referido princípio objetiva, também, a proteção do polo vulnerável da relação quanto a assédios morais decorrentes da relação trabalhista, conforme preconiza o Art. 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, o princípio da Dignidade Humana almeja a proteção do trabalhador por ocasião de configuração de abusos e arbitrariedades oriundas do empregador, ou até mesmo de outro empregado.

Assim, o presente estudo possui como foco a análise do assédio moral nas relações de trabalho como afronta à Dignidade Humana, que, por sua vez, encontra-se correlacionada aos Direitos Humanos. Sabemos que o assédio moral, em qualquer ambiente que seja, viola o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, ferindo diretamente a honra e a moral do sujeito atingido pela conduta.

Alegamos que no decorrer do presente texto demonstramos que o assédio moral, decorrente da relação de labor, prejudica o rendimento trabalhista, bem como sua qualidade de vida como um todo, em decorrência dos abalos subjetivos sofridos pela vítima.

O primeiro subtópico expõe as noções gerais acerca do tema abordado, qual seja o assédio moral propriamente dito, donde discorreremos sobre o seu surgimento e as primeiras áreas a abordar o tema. Argumentamos, ainda, quais os direitos atingidos por essa espécie de assédio, bem como apresentamos as alterações decorrentes da chamada 'Reforma Trabalhista' e seus reflexos no tema ora proposto.

Já em outro momento, evidenciamos o respaldo Constitucional, sob o enfoque da Dignidade da Pessoa Humana, à vedação do assédio moral laboral. Por fim, abordamos a responsabilidade civil e criminal daquele que pratica o assédio moral trabalhista. Vale frisar que, elencamos os direitos pertinentes àqueles que foram vítimas do assédio, bem como o seu direito em

pleitear indenização pelos danos causados com o intuito de se compensar os danos sofridos.

Por fim, argumentamos que o presente estudo tem o intuito de promover a reflexão sobre os casos em que ocorre o assédio moral trabalhista e a consequente violação do supra-princípio da Dignidade Humana, que, por sua vez, é consubstanciado na espinha dorsal de um Estado Democrático de Direito.

1. Noções preliminares acerca do assédio moral

Atualmente o assunto ‘assédio moral’ se tornou vultoso, embora sua denominação tenha ocorrido há muito tempo. Porém, a compreensão do tema ainda é controvertida e escassa perante a sociedade, sendo que a falta de bagagem faz com que, em diversas situações, não reconheçamos a existência de assédio moral em determinadas circunstâncias.

Na prática, o assédio moral é tão antigo quanto a relação de labor, todavia, obteve seu reconhecimento como fator destruidor da relação de trabalho somente em meados de 1970, quando se reconheceu os danos à saúde física e mental da vítima.

Segundo o entendimento do renomado autor Hirigoyenn (2002), no ano de 1972 um médico chamado Peter Heineman divulgou à sociedade um texto intitulado de *Mobbing*, em que relatou casos que englobavam violência contra um grupo de crianças. Dessa forma, o primeiro título relativo ao assunto foi *Mobbing*, originário do verbo *tomob*, que significa perseguir, atacar, maltratar etc. Desta feita, urge ressaltar que os primeiros estudos acerca do assédio moral tiveram início na área da medicina e da psicologia trabalhista.

Já no ano de 1984, Heinz Leymann publicou um trabalho em que apresentou os principais efeitos do já dito *mobbing*, sendo que seu cerne era a área neuropsíquica. Nesse sentido, o autor informou quais eram as possíveis lesões causadas àqueles que sofrem *mobbing* no ambiente do trabalho (FERREIRA, 2004).

Assim, Heinz (2002, p. 77) afirmou que a configuração do *mobbing* se dá quando existem várias e repetidas humilhações no ambiente de trabalho, ou em razão dele, e que essas humilhações deveriam ocorrer por, pelo menos, seis meses. Informou ainda que o *mobbing*: “consiste em manobras hostis, que sejam frequentes e repetidas no ambiente de trabalho, objetivando sistematicamente a mesma pessoa” (2002, p. 77).

Com o passar dos tempos, aproximadamente na década de noventa, toda a Europa adotou o pensamento do referido autor, e, por conseguinte, os alemães começaram a acreditar que tratamentos médicos poderiam aliviar os sintomas do *mobbing*, evitando assim maiores lesões oriundas do assédio moral no ambiente de trabalho (HIRIGOYEN, 2002).

Além disso, o mesmo autor permaneceu alguns anos realizando pesquisas sobre o tema, entretanto, seus estudos somente ganharam força e normatização no ano de 1994, com a promulgação de uma lei que estabeleceu condições mínimas necessárias para se laborar. Referida lei trouxe, ainda, o conceito de assédio moral, sendo ele uma repetição de ações seguidas de repreensões em face do empregado, proferidas pelo empregador com cunho eminentemente ofensivo (HIRIGOYEN, 2002).

Nesse diapasão, Ferreira (2004, p. 37) sustenta que o verbo assediar possui a mesma conotação de perseguir com insistência, oportunar, molestar com perguntas ou pretensões insistentes.

Em contrapartida, o termo moral tem sua raiz latina, qual seja: *mores*, que significa costumes, conduta, comportamentos, modo de agir etc. Considera-se, ainda, como um apanhado de cultura e conceitos que o ‘homem’ ou seu grupo tem acerca das ações humanas aceitas pela sociedade.

Assim, vale dizer que o assédio moral não ocorre somente nos ambientes de trabalho, podendo ser incidente em qualquer local, tal como no seio familiar, escolar, quartéis gerais, hospitais, dentre outros locais, ou seja, em qualquer ambiente onde o convívio com o ser humano se faça presente.

No entanto, quando se fala em assédio moral em razão de atividades laborais é importante frisar que a prática se inicia com uma simples ‘chacota’ entre os colegas de profissão ou até mesmo entre superior hierárquico e subordinado. Porém, referidas ‘brincadeiras’ se tornam cada vez mais comuns e incisivas, e, por conseguinte, com o passar dos dias, tomam conta do psicológico da vítima, comprometendo, com isso, seu desenvolvimento no ambiente de trabalho e fora dele.

No entanto, ressaltamos, para alguns estudiosos, que a prática do assédio não demanda reiteração de conduta, podendo ser configurada em razão da prática de apenas um ato abusivo, todavia, para que se configura na seara trabalhista é importante considerar, ao menos, dois vetores.

O primeiro deles diz respeito ao fato de que as coações devem ocorrer em razão da produção do trabalhador, e o segundo é relacionado com a distância existente entre o subordinado e o superior hierárquico. Esses dois casos são os mais comuns e frequentes no que tangencia o assédio moral na esfera trabalhista.

Valer ressaltar que até os dias atuais, os especialistas na área ainda não chegaram a um acordo unitário em relação ao conceito e requisitos do assédio moral trabalhista, uma vez que tal problema pode ser objeto de inúmeros campos de estudos, sendo eles: campo social, psicológico e jurídico.

Nesse momento, citamos a compreensão de Hádassa Dolores Bonilha Ferreira acerca do conceito de assédio moral trabalhista:

O assédio moral no trabalho é definido como qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude [...]) que atente, por sua repetição, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho. Corresponde a um fenômeno típico da sociedade atual, não se restringindo a um local específico, mas, antes, constituindo um problema de amplitude global. Apesar disso, a forma como ele se manifesta varia de local para local, o que acaba por dificultar sua definição e estabelecer uma só terminologia (FERREIRA, 2004, p. 41).

Diante disso, compreendemos que o assédio moral trabalhista tem como alvo o psicológico do empregado, ocasionando à vítima danos relacionados à sua moral e honra. Nessa mesma linha de raciocínio, Márcia Guedes preleciona que:

[...] assédio moral se caracteriza por ser uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada, e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de causar ofensa à personalidade, à dignidade ou à integridade psíquica, e que tenha por efeito excluir a posição do empregado no emprego ou deteriorar o ambiente de trabalho, durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções (*Apud FERREIRA, 2004, p. 45*).

Posto isso, observamos que para se confirmar a existência do dano moral trabalhista, proveniente do assédio moral, é importante que a conduta abusiva atinja diretamente o psíquico da vítima. Em razão da divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a conceituação do assédio moral decorrente das relações de trabalho elencamos quatro itens necessários para sua configuração: a) conduta grave do assediador; b) prolongamento no tempo; c) intenção de ocasionar o dano psíquico na vítima; e, d) dano. Todavia, existem aqueles que advogam no sentido de a simples intenção, por si só, de lesionar psicologicamente é capaz de configurar a existência do assédio.

2. O assédio moral trabalhista em desrespeito à dignidade da pessoa humana

Com a entrada em vigor da atual Constituição Federal, a Dignidade da Pessoa Humana adquiriu *status* de princípio norteador do ordenamento jurídico brasileiro, donde a pessoa humana é o núcleo central em um Estado Democrático de Direito, não podendo ser relativizada.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet sustenta:

A dignidade da pessoa humana, na condição de valor fundamental atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, exige e pressupõe o

reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões. Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhes são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade (SARLET, 2008, p. 88-89).

Cediça é a compreensão no sentido de que o trabalhador possui direitos subjetivos como pessoa, e, no ambiente laboral possui proteção Constitucional quanto à sadia qualidade de vida (Art. 225, CF/88).

No que tange à Dignidade Humana, a atual Constituição Federal a protege no corpo do seu Art. 1, III, atrelada à promoção da cidadania, dos valores sociais do trabalho e livre iniciativa, incisos II e IV (BRASIL, Constituição Federal de 1988, 2020).

Imperioso destacar, conforme citação acima, que a Dignidade Humana é um elemento inerente à condição humana, não demandando positivação estatal para existir, pois se afigura como direito natural, e, dessa forma, perfaz-se como inalienável, intransmissível e irrenunciável.

Entretanto, com os movimentos de flexibilização dos direitos trabalhista, por exemplo, a Reforma Trabalhista, observamos inúmeras autorizações legislativas condescendentes com práticas violadoras da dignidade do trabalhador.

Como se denota do mencionado anteriormente, o assédio moral consubstancia-se em condutas humilhantes e degradantes com o objetivo de ferir a moral e integridades físicas e psíquicas do trabalhador, atreladas à relação de trabalho. Nesse diapasão, inegável a violação da dignidade como elemento central do assédio moral.

Nesse íterim, o direito do trabalho deve ir além do que se concebe como relações econômicas laborais lucrativas-liberais, devendo, então, promover, também, o amparo da dignidade do trabalhador em razão da indisponibilidade dos seus direitos fundamentais, pertencentes, neste caso, aos direitos da personalidade.

Assim sendo, translúcida é a questão de que o assédio moral viola, incisivamente, a dignidade humana, ao passo que humilha e degrada a condição psíquica do trabalhador, atingindo seus

direitos fundamentais subjetivos, tais como a honra, intimidade, liberdade de expressão, dentre outros.

Nesse cenário, o assédio moral afigura-se como violador dos direitos inerentes aos contratos de trabalhos, tal qual o tratamento respeitoso à dignidade e personalidade dos pactuantes, que, por sua vez, deve orientar todo e qualquer contrato, inclusive o trabalhista.

Em tempos de fragmentação dos direitos trabalhistas adquiridos ao galgar dos anos, evidente se configura a necessidade de proteção à Dignidade Humana pelos agentes sociais e estatais como uma espécie de freio às arbitrariedades perpetuadas no ambiente laboral. Nessa incisão erigem-se os desafios presentes no século XXI, qual seja de incentivar o desenvolvimento econômico em respeito precípua à dignidade daqueles que promovem o alavanque das atividades econômicas, no caso, os trabalhadores.

3. Responsabilidade civil criminal do assediador

Em razão do já demonstrado até aqui, e em razão das lesões à Dignidade da Pessoa Humana decorrentes do assédio moral laboral, notória se perfaz a necessidade de o agressor ser responsabilizado nas esferas cível e criminal. Se, por ventura, o acusado for condenado civilmente, deverá reparar os prejuízos causados, pois, conforme preconiza o Código Civil: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, ficando obrigado a repará-lo (BRASIL, Código Civil de 2002, 2020).

Entretanto, para que haja condenação em razão do reconhecimento do ilícito, alguns fatores devem existir, tais como: identificação do sujeito causador do assédio e da vítima, realização de conduta assediadora, dano e nexo de causalidade. Desta sorte, caso o empregado não almejar a rescisão indireta do seu contrato de trabalho, poderá requerer o pagamento de uma indenização, mesmo sem a ruptura do pacto estabelecido (HIRIGOYEN, 2002).

Nessa esteira de pensamento, convém ressaltar que vigora a Súmula Vinculante de número 341 do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do seu empregado ou preposto.”

Posto isso, compreendemos que agindo o superior hierárquico ou qualquer outro funcionário no sentido de assediar a vítima, deverá o empregador responder por suas ações de maneira objetiva (não existindo a necessidade de comprovar o dolo). Todavia, detém o empregador a faculdade acionar judicialmente o autor do dano, requerendo o ressarcimento do prejuízo por meio de uma ação de regresso. Segue o artigo 932, III, do Código Civil: “também são responsáveis pela reparação civil: [...] o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele” (BRASIL, Código Civil de 2002, 2020).

Todavia, para que o empregador ou superior seja responsabilizado pelos atos de seus subornados, deverá este estar em serviço ou em razão dele. Assim, se o assédio for causado em situação alheia ao labor, o empregador ou superior jamais poderá ser considerado responsável pela lesão.

Nesse diapasão, o conceito de dano moral pode ser interpretado como um: “sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária, e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranqüilidade, ao seu amor próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições” (FERREIRA, 2004, p. 652).

Corroborando com esse entendimento, a Carta Magna estabelece que qualquer ser humano possui a faculdade de acionar o judiciário com a finalidade de obter o pagamento de certa indenização, a ser fixada pelo magistrado em razão de danos sofridos moralmente. Senão vejamos:

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

[...]

V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...] (BRASIL, Constituição Federal de 1988, 2020)

Em relação á indenização, cumpre ressaltar que deve ser pautada no único fundamento de restauração da moral daquele que foi ofendido, ou, quando não possível, na compensação pelo dano sofrido. Porém, referida tarefa é de difícilima precisão, uma vez que, tenta-se indenizar aquilo que não é passível de aferição materialmente monetarizada, a dignidade e a honra.

Diante de tudo isso, compreendemos que em razão do dano sofrido, a vítima do assédio moral possui a faculdade de ajuizar uma ação na justiça do trabalho no sentido de obter a condenação do agressor no pagamento de uma indenização, com o intuito de compensar o dano causado na tentativa de se amortizar o sofrimento perpetrado.

No que se refere à responsabilização no âmbito criminal, até os dias hodiernos, 2020, não existe em vigor nenhuma lei específica sobre o assunto, e, em razão disso, não há, ainda, o que se falar em responsabilização penal decorrente, especificamente, do assédio moral laboral, posto que: "não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" (BRASIL, Constituição Federal de 1988, Art. 5º, inciso XXXIX, 2020).

Todavia, existe em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei, n. 4742/01 que se encontra desde 13/03/2019 na mesa do Senado Federal aguardando julgamento. Referido Projeto almeja criminalizar a conduta do assédio moral no ambiente de trabalho por meio da inserção no Código Penal do Art. 146-A:

Art. 146-A. Desqualificar reiteradamente, por meio de palavras, gestos ou atitudes, a auto-estima, a segurança ou a imagem do servidor público ou empregado em razão de vínculo hierárquico funcional ou laboral.

Pena: Detenção de (3 (três) meses a um ano e multa. (BRASIL, Senado Federal, PLS n. 4742/01, 2020).

Diante disso, conclui-se que atualmente não existe tipo penal específico para a conduta analisada neste artigo, todavia, o Projeto de Lei para sua inserção encontra-se em tramitação, cujo objetivo precípua é o de aplicar pena de detenção de um a dois anos e multa para aquele que ofender, reiteradamente, a dignidade do empregado.

3.1 Juízo Competente para Processar e Julgar o Dano Moral Trabalhista

No ano de 2004 ocorreu a promulgação da Emenda Constitucional de número 45, que, por sua vez, ampliou o leque da competência material da justiça do trabalho. Assim, a Constituição Federativa da República do Brasil de 1988, em seu artigo 114, VI, considera ser competente para processar e julgar ações com conteúdo de dano moral ou patrimonial referentes à relação de trabalho: “Art. 114 – Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: [...] VI- as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho” (BRASIL, Constituição Federal de 1988, 2020).

Diante disso e confirmando tal entendimento, a Súmula 736 do STF, sustenta que: “compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores” (BRASIL, STF, 2020).

Dessa forma, compreendemos que a Justiça do Trabalho tem competência para causas relacionadas ao dano moral trabalhista fruto do assédio moral na relação de trabalho/emprego, ao passo que, se o dano decorrer da relação de trabalho a justiça especializada trabalhista é competente para feito, devendo-se observar, sempre, o pedido e a causa de pedir para sua fixação de competência.

4. A reforma trabalhista e o assédio moral

No que diz respeito ao assédio moral proveniente das relações trabalhistas, nenhuma lei ou ato poderá prejudicar as garantias já asseguradas ao trabalhador em razão da obediência Constitucional do respeito à Dignidade Humana.

No entanto, quanto ao assunto ora analisado, a Lei n. 13.467 de 2017 criou a modalidade da tarificação no que diz respeito aos limites de valores decorrentes das indenizações por dano moral, donde deve o magistrado adotar como parâmetro para conceder a respectiva compensação a natureza da ofensa, podendo esta ser leve, média, grave ou gravíssima.

Fato que merece todos os destaques jurídicos pauta-se na compreensão de que a natureza da ofensa encontra-se limitada (tarifada) em razão do último salário contratual do ofendido, senão vejamos:

Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:

[...]

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

§ 2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor.

§ 3º Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização (BRASIL, Lei n. 13.467 de 2017, 2020).

Assim, notamos que a ‘Reforma Trabalhista’ inseriu no ambiente jurídico a quantificação da indenização por danos extrapatrimoniais, que deverá utilizar como base cálculo a natureza da ofensa, leve, média, grave ou gravíssima, e, em cada caso, fixou um limite máximo, preliminarmente vinculado ao último salário percebido pelo ofendido.

No cenário jurídico, referida reforma ganha relevo no que tangencia os direitos inerentes à dignidade do trabalhador, ao passo que instituiu um modelo de compensação baseado em seu último salário, e, assim, quem percebe mais salário tem a oportunidade de ser indenizado com um valor mais elevado, como se sua honra pudesse ser ofendida mais severamente.

Cumprir mencionar que esta alteração é objeto de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI n. 5870, perante o Supremo Tribunal Federal, que se encontra aguardando julgamento da Corte, agendado para o dia 04/06/2020.

Nesse sentido, a Procuradora Geral da República, Raquel Elias Ferreira Dodge, em 10 de setembro de 2019, manifestou-se favorável à declaração de inconstitucionalidade. Como podemos perceber em trecho extraído de seu parecer:

Quanto aos dispositivos questionados, está-se diante de regras legais pós-constitucionais (Lei 13.467 de 13 de julho de 2017), que impõem limitações quantitativas à indenização por danos extrapatrimoniais decorrentes das relações de trabalho (CLT, art. 223- A-caput), o que constitui verdadeiro obstáculo infraconstitucional a uma justa e equitativa compensação, consideradas as circunstâncias objetivas e subjetivas do caso. Não suficiente, os artigos consolidados em questão atentam contra o princípio da isonomia, na medida em que a única medida econômica para a mensuração da indenização dos danos extrapatrimoniais é o “salário contratual do ofendido” (art. 223-G-§1º), independentemente da capacidade econômica do autor da lesão. (BRASIL, STF, 2020).

Diante disso, notória se perfaz a inconstitucionalidade do artigo acima citado, à medida que impede uma indenização condizente, proporcional e justa do ofendido quando fixou limites tarifados a partir do seu último salário. Se não bastasse referida lesão, esta

tarifação fere diretamente o princípio da igualdade e da Dignidade Humana, já que cria distinção no que toca à compensação em decorrência do último salário aferido pelo trabalhador.

Considerações finais

Conforme mencionado anteriormente, o assédio moral pode ser considerado fruto de comportamentos que causam desconforto e lesão à honra e moral da vítima. No ambiente trabalhista, pode-se dizer que o assédio moral ocasiona a desqualificação do obreiro, seu isolamento, humilhações e afetação do psicológico do sujeito passivo.

Por tal fato, urge ressaltar que o assédio moral trabalhista pode partir de diversos pólos, sendo eles: empregado ou subordinado; empregador ou superior hierárquico ou, até mesmo, de ambos ao mesmo tempo em face de outra pessoa. Quando o empregador for o assediador, poderá o empregado acionar o poder judiciário com o intuito de rescindir o contrato de trabalho de forma indireta, bem como aferir e condenar o sujeito ativo em danos provenientes do assédio moral trabalhista.

No âmbito cível, é importante relatar que quando configurado o assédio moral trabalhista, deverá o assediador ser responsabilizado a fim de reparar o dano por meio de indenização. No que toca à 'Reforma Trabalhista', houve tarifação do valor em razão da gravidade da ofensa, bem como a base de cálculo levará em consideração o último salário pactuado. Referida normatização demonstra sua inconstitucionalidade, à medida que fere diretamente o princípio da igualdade e, conseqüentemente, a Dignidade Humana.

Já no âmbito criminal, não existe atualmente nenhum dispositivo legal específico sobre o assédio moral ser considerado crime, todavia, existe em tramitação o Projeto de Lei n. 4742/01 que almeja sua tipificação, culminando com pena de detenção de três meses a um ano e multa.

No que diz respeito à Dignidade Humana, resta translúcida a compreensão de que o assédio moral é um afronta direta e mitigadora do meta-princípio Constitucional que garante a todos os seres humanos a proteção de sua dignidade, e, nesta seara, não pode a relação laboral violar este dogma normativo estruturador do Estado Democrático do Direito. Entretanto, inúmeras violações se perfazem

diuturnamente em razão da desconsideração do trabalhador como sujeito de direito face ao expansionismo liberal desenfreado que o considera apenas como máquina produtora de insumos.

Por fim, urge salutar que um dos desafios do século XXI pautasse na concretização do raciocínio de que um Estado Democrático se edifica na promoção e proteção do sujeito de direito sob o prisma da Dignidade Humana, ou seja, intolerável resta a prática do assédio moral, devendo toda a coletividade e o Estado reprimirem essas contendas no intuito de efetivar os preceitos Constitucionais garantidores da livre iniciativa e da Dignidade Humana laboral.

Referências

BARRETO, Margarida M. S. **Uma jornada de humilhações**. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2000.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2019.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 18 jan. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 jan. 2020.

_____. Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017. Reforma Trabalhista. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 29 jan. 2020.

_____. Projeto de Lei n. 4742 de 2001. **Inclusão do Assédio Moral no Código Penal**. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD26MAI2001.pdf#page=74>>. Acesso em: 28 de jan. 2020.

_____. STF. **Parecer da Procuradoria Geral da República na ADI n. 5.870/DF, n. 439/2019**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>

processos/downloadPeca.asp?id=15341092053&ext=.pdf>. Acesso em 30 jan. 2020.

_____. STF. Súmula Vinculante de número 736 do Supremo Tribunal Federal. **Competência da justiça do trabalho**. Disponível em: Disponíveis no site: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800>, acesso em: 11 jan. 2020.

FERREIRA, Hádassa Dolores Bonilha. **Assédio moral nas relações de trabalho**. 1. ed. Campinas: Russell Editores. 2004.

GUEDES, Márcia Novaes. **Terror psicológico no trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio Moral: a violência perversa do cotidiano**. 2. ed. São Paulo: Bertrand do Brasil, 2002.

MARANHÃO, Délio; SUSSEKIND, Arnaldo; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João Lima. **Instituições de direito do trabalho**. Volume I. 22 ed. São Paulo: LTr, 2005.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2018.

PAMPLONA, Rodolfo Filho. **O dano moral nas relações de emprego**. São Paulo: LTr, 2019.

EFETIVIDADE DO PROCESSO EXECUTIVO E AS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS NA VISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Muriel Amaral Jacob¹
Fabrício Muraro Novais²

Introdução

A implementação do Estado Democrático de Direito produziu significativas alterações na forma de se conceber uma Constituição. O revigoramento de sua força normativa promoveu o denominado processo de constitucionalização do direito, de modo que o eixo do sistema jurídico se deslocou da lei para o Texto Supremo.

Como cediço, à consolidação do Estado Democrático de Direito se fez primordial que os comandos constitucionais recebessem ampla tutela do Poder Judiciário por meio do exercício da defesa jurisdicional. Desta feita, a irradiação dos valores constitucionalmente protegidos no “espaço inteiro da vida social e política” esteve sempre intimamente dependente do exercício da Justiça Constitucional.

A concretização do fenômeno da filtragem constitucional levou à compreensão de que toda a ordem jurídica deveria ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados.

Não somente houve uma mudança no comportamento do intérprete da Constituição no processo de filtragem constitucional à efetivação da Lei Maior, mas também verificou-se que as novas

¹ Doutora em Direito (PUC-SP). Professora Adjunta na Universidade de Rio Verde, *campus* Rio Verde/GO. Advogada. e-mail: murieljacob@hotmail.com.

² Doutor em Direito Constitucional (PUC-SP); Professor Adjunto da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS). e-mail: fabriciomuraro@uol.com.br

codificações promulgadas no pós-Constituição de 1988, como o Código de Processo Civil (CPC) de 2015, acabou reproduzindo em seu texto princípios de envergadura constitucional, como se extrai, a título de análise, das normas fundamentais do processo civil, mormente as que serão abordadas neste trabalho como os princípios da dignidade, efetividade, boa-fé e cooperação processual, duração razoável do processo, esculpidos nos artigos iniciais do CPC.

Trazendo toda essa nova realidade para o processo de execução questiona-se como obter a efetividade no processo executivo com a satisfação da obrigação pelo devedor, sem que o processo se torne extremamente invasivo e agressivo ao executado, preconizando o princípio da dignidade da pessoa humana, proteção ao patrimônio mínimo e menor onerosidade.

Mormente quando o sistema processual implementa e sofisticada os meios coercitivos indiretos, forçando o devedor a cumprir voluntariamente a obrigação pela utilização de medidas executivas atípicas estampadas no artigo 139, IV, do CPC e outros dispositivos legais.

Observar-se-á se os atos de execução indireta são de fato mais efetivos e céleres e se podem ser adequados à realidade de cada caso, evitando-se atividades abusivas, de má-fé e procrastinação pelo devedor.

Nessa seara, se questiona se as medidas executivas atípicas, como o bloqueio de cartões de crédito de devedores que ostentam alto poder aquisitivo, mas que não possuem bens passíveis de penhora, até o pagamento de dívidas, suspensão do direito de dirigir e recolhimento da CNH, retenção de passaporte, dentre outras medidas podem ser usadas livremente nas execuções, ou se há limites para tanto e quais os critérios que vêm sendo adotados pelo Superior Tribunal de Justiça para evitar que o artigo 139, IV, do CPC seja uma carta branca para arbitrariedades em face do executado.

A metodologia utilizada nesta pesquisa é de caráter bibliográfico e empírico, por meio da análise descritiva e método dedutivo.

1. Efetividade do processo executivo e medidas executivas atípicas

O processo civil tem o intuito de trazer uma resposta ao jurisdicionado em tempo razoável, sendo dever do Estado exercer a jurisdição, provendo a solução dos conflitos. Dessa forma, todos aqueles que estão envolvidos no processo devem se comportar baseados na boa-fé e cooperação a fim de obter a solução do mérito e satisfação do Direito.

O processo executivo compreende-se no conjunto de atos desenvolvidos no sentido de alcançar a tutela jurisdicional executiva, ou seja, a efetivação e satisfação da obrigação, sendo, para tanto indispensável o inadimplemento do devedor e o título executivo, por representar a seguridade do direito do credor.

Para consecução de tal intento, o Código de Processo Civil foi enfático ao trazer a efetividade do processo executivo com a satisfação da obrigação em tempo razoável, como se observa nas normas fundamentais, esculpidas nos artigos 4º, 6º e 8º do CPC. Desde logo, compreende que é imprescindível em uma tutela jurisdicional ter a satisfação do direito reclamado, uma vez que são adotados meios de execução diretos ou sub-rogatórios, e indiretos para que, realizados todos os procedimentos, ao final, converta-se em tutela satisfatória e concreta para o credor.

Consoante depreende-se do princípio da instrumentalidade das formas, que rege o moderno Direito Processual Civil, “o processo, instrumento que é para a realização de direitos, somente obtém êxito integral em sua finalidade quando for capaz de gerar, pragmaticamente, resultados idênticos aos que decorreriam do cumprimento natural e espontâneo das normas jurídicas” daí “dizer-se que o processo ideal é o que dispõe de mecanismos aptos a produzir ou a induzir a concretização do direito mediante a entrega da prestação efetivamente devida, da prestação *in natura*” (ZAVASCKI, 2004, p. 34-35)

Assim, diante da atual preocupação do sistema jurídico em propiciar uma eficaz e célere efetivação do direito, o Código de Processo Civil, além de ampliar a atividade do juiz, também

consagrou uma novidade significativa quanto ao princípio da atipicidade do meios executivos, no qual o juiz poderá aplicar medidas executivas diversas das expressamente previstas em lei, para efetivar suas decisões, para que o devedor cumpra com a obrigação de forma voluntária e célere.

No Brasil, a classificação doutrinária consagrada para explicar a relação entre meio executivo e tipo é bem singela e foi colacionada por Marcelo Guerra (1999, p.29):

Pode-se dizer, com relação a um conjunto qualquer de providências jurisdicionais, que ele consiste em um sistema:

- a) típico, quando as providências que o compõem são tipificadas em lei;
- b) atípico, quando as providências que o integram são determinadas pelo juiz;
- c) misto, quando é construído por providências típicas (predeterminadas na lei) e atípicas (determinadas pelo juiz, caso a caso)

A previsão legal do princípio da atipicidade dos meios executivos já era consagrada no CPC/1973 em seu art. 461 § 5º, que, ao indicar a enumeração de diferentes meios de execução, seja indireta ou por sub-rogação, já se valia da expressão "tais como", em clara demonstração do caráter exemplificativo do rol legal, tendo sido, inclusive, repetida pelo art. 536, § 1º, do Novo CPC.

Desta feita, a eficaz entrega dos resultados de direito material esperados por meio do processo ganha novos contornos sob a égide do CPC/15, que agora prevê, expressamente, novas técnicas executivas, capazes de alterar significativamente os contornos vigentes na ordem processual revogada.

Sobre tal temática, dispõe o inciso IV do art. 139 do Novo CPC, que ao juiz é atribuído a função de determinar, de ofício ou a requerimento, todas as "medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar" a efetivação da decisão judicial e a obtenção da tutela do direito," inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária".

(...) Com efeito, a atividade jurisdicional nem sempre se completa com a mera declaração do direito. Da mesma forma, o dever de probidade processual das partes e terceiros (principalmente o vencido) não se esgota com o simples

participar do processo na fase cognitiva. Sejam de que natureza for (declaratórias, constitutivas, condenatórias, mandamentais executivas), é necessário que as decisões jurisdicionais (inclusive as arbitrais), provisórias ou finais, sejam cumpridas, isto é, efetivadas. Efetivação essa que, quando depender de comportamento de uma das partes, deve se dar se, embaraços, isto é, sem o emprego de expedientes que retardem ou dificultem o cumprimento da decisão (...). c) tomar as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou subrogatórias necessárias para assegurar o cumprimento da ordem judicial, inclusive nas ações que tenha por objeto prestação pecuniária (astreintes; bloqueio de bens móveis, imóveis, de direitos e de ativos financeiros; restrição de direitos; prolação de decisões substitutivas da declaração de vontade etc.). (GAJARDONI, 2015, p. 458)

Nesse sentido, necessário se faz mencionar o entendimento do processualista Daniel Amorim Assumpção Neves (2018, p. 231) que preconiza as medidas coercitivas de execução indireta, como: “aquelas que pressionam psicologicamente o devedor para que ele cumpra a obrigação, ou seja, que ele, sendo pressionado, adequa sua vontade à vontade do Direito”.

A questão, entretanto, é polêmica, despertando grande interesse da comunidade jurídica e dos credores, pela possibilidade de alargamento de medidas executivas, de modo que vem sendo enfrentada pelo STJ, diante da grande quantidade de decisões prodigamente criativas no cotidiano forense, dentre as quais: “corte de energia elétrica de órgãos públicos, suspensão de serviço de redes sociais, bloqueio de contas e cartões de crédito, sequestro de verbas públicas em demandas de saúde, proibição do uso da área de lazer pelo condômino inadimplente.” (WAMBIER, 2019)

Nesse sentido, o STJ tem tentado balizar o assunto trazendo alguns critérios a serem observados, no caso concreto, diante da omissão do CPC sobre o assunto, que o tratou genérica e abstratamente, como fez com diversos outros temas, por exemplo, negócios jurídicos processuais.

Lenio Streck e Dierle Nunes (2016) afirmam que o artigo 139, IV, do CPC é considerado uma carta branca para o árbitro, pois para eles a nova cláusula geral impõe desafios interpretativos que

podem conduzir a uma análise superficial e utilitarista, desprezando as balizas constitucionais.

2. A questão no STJ: critérios para aplicação de medidas executivas atípicas

A 4ª Turma, no RHC 97.876-SP (2018) de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, ao julgar a suspensão do passaporte de um devedor, considerou desproporcional a medida, como forma de coagi-lo ao pagamento da dívida oriunda de um título executivo extrajudicial. Entendendo ser a técnica possível de se adotar, em tese, o relator afirmou o dever de fundamentação e análise casuística, a fim de conferir razoabilidade ao ato e obediência aos ditames constitucionais. No caso, considerou-se existente coação porque a medida foi adotada exclusivamente como forma de coerção para pagamento de dívida, restringindo o direito de locomoção do executado. Nesse sentido, foi o fundamento do Ministro:

Destarte, o fato de o legislador, quando da redação do art. 139, IV, dispor que o juiz poderá determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias, não pode significar franquia à determinação de medidas capazes de alcançar a liberdade pessoal do devedor, de forma desarrazoada, considerado o sistema jurídico em sua totalidade. Assim, entendo que a decisão judicial que, no âmbito de ação de cobrança de duplicata, determina a suspensão do passaporte do devedor e, diretamente, **impede o deslocamento do atingido, viola os princípios constitucionais da liberdade de locomoção e da legalidade**, independentemente da extensão desse impedimento. Na verdade, segundo penso, considerando-se que a medida executiva significa restrição de direito fundamental de caráter constitucional, sua viabilidade condiciona-se à previsão legal específica, tal qual se verifica em âmbito penal, firme, ademais, no que dispõe o inciso XV do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual 'é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens'. (grifo nosso) (STJ – RHC 97.876-SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, DJe 5/6/2018)

Em sentido contrário, a 3ª Turma do referido tribunal, no RHC 99.606 de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, entendeu que, pelo fato de o devedor não indicar meios para quitar sua dívida, seria cabível o bloqueio de seu passaporte e suspensão da carteira nacional da habilitação³ como meio coercitivo para pagamento voluntário, ainda que não espontâneo, do débito. Indicou a relatora que “o princípio da atipicidade dos meios executivos, permite ao juiz adotar meios coercitivos indiretos sobre o executado para que ele, voluntariamente, satisfaça a obrigação de pagar a quantia devida”:

O juiz também tem atribuições ativas para a concretização da razoável duração do processo, a entrega do direito executado àquela parte cuja titularidade é reconhecida no título executivo e a garantia do devido processo legal para exequente e o executado, pois deve resolver de forma plena o conflito de interesses. Pode o magistrado, assim, em vista do princípio da atipicidade dos meios executivos, adotar medidas coercitivas indiretas para induzir o executado a, de forma voluntária, ainda que não espontânea, cumprir com o direito que lhe é exigido. Não se deve confundir a natureza jurídica das medidas de coerção psicológica, que são apenas medidas executivas indiretas, com sanções civis de natureza material, essas sim capazes de ofender a garantia da patrimonialidade da execução por configurarem punições ao não pagamento da dívida. (STJ – RHC 99.606-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 13/11/2018)

A ministra referida entendeu ainda que o devedor violou os deveres de boa-fé e colaboração ao não propor outros meios menos onerosos de cumprimento da obrigação, resultando num inegável prejuízo à efetividade da execução:

³ Trechos da ementa do RHC 99.606: “A suspensão da Carteira Nacional de Habilitação não configura dano ou risco potencial direto e imediato à liberdade de locomoção do paciente, devendo a questão ser, pois, enfrentada pelas vias recursais próprias.” E ainda: “A medida de restrição de saída do país sem prévia garantia da execução tem o condão, por outro lado, – ainda que de forma potencial – de ameaçar de forma direta e imediata o direito de ir e vir do paciente, pois lhe impede, durante o tempo em que vigente, de se locomover para onde bem entender.” (STJ – RHC 99.606-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 13/11/2018)

O CPC/15 emprestou novas cores ao princípio da instrumentalidade, ao prever o direito das partes de obterem, em prazo razoável, a resolução integral do litígio, inclusive com a atividade satisfativa, o que foi instrumentalizado por meio dos princípios da boa-fé processual e da cooperação (arts. 4º, 5º e 6º do CPC), que também atuam na tutela executiva. O princípio da boa-fé processual impõe aos envolvidos na relação jurídica processual deveres de conduta, relacionados à noção de ordem pública e à de função social de qualquer bem ou atividade jurídica. O princípio da cooperação é desdobramento do princípio da boa-fé processual, que consagrou a superação do modelo adversarial vigente no modelo do anterior CPC, impondo aos litigantes e ao juiz a busca da solução integral, harmônica, pacífica e que melhor atenda aos interesses dos litigantes. (STJ – RHC 99.606-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 13/11/2018)

Já em recente decisão da 2ª Turma do STJ, no HC 478.963, rel. Ministro Francisco Falcão, proferida em 20/4/2019, que seguiu os argumentos trazidos na decisão da Ministra Nancy Andrighi, foi mantida a apreensão dos passaportes, como forma de coagir o devedor, o ex-jogador, Ronaldinho Gaúcho, a pagar multa e indenização por dano ambiental.

O relator dispôs que as medidas atípicas são admissíveis em situações em que o executado adota “uma postura processualmente desleal e não cooperativa”, que ocorre, por exemplo, quando “a busca persistente de bens do devedor não descortina patrimônio sujeito à execução, mas o comportamento social do executado evidencia o descolamento desse dado com a realidade: sinais de solvência em redes sociais ou no trânsito público em oposição à indisponibilidade patrimonial dentro das paredes do processo”. Em tais situações, “o descumprimento do princípio [da boa-fé objetiva], para além da sanção punitiva, deve irradiar efeitos jurídicos para repelir as consequências da atuação maliciosa”.

Insta salientar, porém, que tais medidas atípicas devem ser aplicadas somente quando as medidas típicas tiverem se mostrado incapazes de satisfazer o direito do exequente, isto é, é autorizado o uso quando frustrados todos os meios executivos diretos disponíveis ao juiz.

À vista de tal premissa, verifica-se que os meios coercitivos indiretos são medidas subsidiárias que o juiz deve adotar em desfavor do executado, para que ele cumpra com a obrigação. Logo, é indubitável que, preliminarmente, o magistrado tenha adotado providências diretas, e, caso não haja cumprimento da obrigação, só assim será possível a aplicação dos meios coercitivos indiretos. Lembrando que, é dever do magistrado, mesmo em sede de tais meios, atuar com imparcialidade e razoabilidade, dentro dos ditames constitucionais.

Outro fator imprescindível, é o fato de o executado agir de má-fé, ou seja, o devedor oculta seu patrimônio, não o registrando em seu nome, mas ostenta notórios sinais de riqueza, por exemplo, viaja constantemente a passeio para o exterior, frequenta lugares luxuosos, dirige carros importados, entre outros. Importante mencionar que, tal situação é diferente de não possuir de fato bens aptos a serem objeto de pagamento.

A esse propósito importante destacar o entendimento jurisprudencial externado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça a seguir transcrito:

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CHEQUES. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. DESCABIMENTO. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS. ART. 139, IV, DO CPC/15. CABIMENTO. DELINEAMENTO DE DIRETRIZES A SEREM OBSERVADAS PARA SUA APLICAÇÃO. (...) 2. O propósito recursal é definir se a suspensão da carteira nacional de habilitação e a retenção do passaporte do devedor de obrigação de pagar quantia são medidas viáveis de serem adotadas pelo juiz condutor do processo executivo. (...) 4. O Código de Processo Civil de 2015, a fim de garantir maior celeridade e efetividade ao processo, positivou regra segundo a qual incumbe ao juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (art. 139, IV). 5. A interpretação sistemática do ordenamento jurídico revela, todavia, que tal previsão legal não autoriza a adoção indiscriminada de qualquer medida executiva, independentemente de balizas ou meios de controle efetivos. 6. De acordo com o entendimento do STJ, as modernas regras de processo, ainda respaldadas pela busca da efetividade jurisdicional, em nenhuma

circunstância poderão se distanciar dos ditames constitucionais, apenas sendo possível a implementação de comandos não discricionários ou que restrinjam direitos individuais de forma razoável. **A adoção de meios executivos atípicos é cabível desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade.** 8. Situação concreta em que o Tribunal a quo indeferiu o pedido do recorrente de adoção de medidas executivas atípicas sob o fundamento de que não há sinais de que o devedor esteja ocultando patrimônio, mas sim de que não possui, de fato, bens aptos a serem expropriados. (Grifos nossos) (STJ – REsp 1.788.950 - MT, Rel. Min. Nancy Andrigli, DJe 23.04.2019)

Percebe-se, então, que o STJ tem decidido que a adoção de medidas atípicas em execuções é possível desde que seja usada de forma supletiva, dependendo das características de cada caso.

Considerações finais

As alternativas à execução não podem ser absolutas e taxativamente relacionadas, posto que o credor deve se valer daqueles meios que possam ser eficientes para suprir as suas necessidades de encontrar suporte judicial efetivo em uma execução.

O que se defende é a aplicação de meios atípicos, mas com o devido controle e razoabilidade, de modo que as medidas que visam tornar o cumprimento de obrigação mais efetiva não se tornem formas de afronta à justiça e de intimidação exagerada ao devedor, em desprestígio ao princípio da menor onerosidade.

Assim, é possível a adoção de medidas indiretas e atípicas de execução quando visivelmente o devedor adota um comportamento que tende a prejudicar a efetividade do processo. Dessa forma, seu comportamento desleal não deve prejudicar a prestação jurisdicional, sendo possível, a utilização de medidas executivas não previstas em Lei a fim de forçá-lo ao cumprimento voluntário da obrigação, ainda que se trate de obrigação de pagar quantia.

De acordo com os parâmetros trazidos pelo STJ, seguindo o critério da subsidiariedade, só é possível aos magistrados determinarem, no caso concreto, criativamente, alternativas indiretas de execução após esgotadas as tentativas de se fazer cumprir a obrigação pelos mecanismos típicos determinados em lei, mormente na obrigação de pagar quantia, de medidas subrogatórias. Nada obstante, pelo princípio da menor onerosidade, caso o devedor apresente uma outra possibilidade para o seu cumprimento que possa ser menos onerosa e tão eficiente quanto, é recomendado que o magistrado opte por aquela que trará menos danos ao executado.

Com efeito, insta salientar que tais medidas atípicas devem ser usadas na execução quando houver indícios de que a parte tenta ocultar bens e que tem adotado medidas ardilosas para evitar o sucesso da execução, não estando autorizadas essas medidas quando a parte efetivamente não possui bens para cumprir a obrigação e agindo com boa-fé e cooperação.

Não se deve perder de vista que a ponderação de tais critérios será feita com base na razoabilidade e na proporcionalidade, de modo que, garantindo-se a constitucionalidade e a efetividade do processo, vislumbrem-se a satisfação da pretensão do credor e a preservação da dignidade do executado.

Apesar de as medidas atípicas não possuírem prioridade na atual codificação processual, sua utilização está crescendo e representando uma alternativa possível à ideia de um processo executivo mais eficiente contra a utilização das rotineiras artimanhas adotadas pelo devedor para prejudicar a busca de bens, não satisfazer o credor e retardar a solução do conflito.

A tendência, portanto, é vista com bons olhos e tem conseguido obter resultados interessantes. É certo que sua aplicação ainda é tímida, mas não se pode negar que se trata de medida que vem ao encontro do ideário da eficiência da prestação jurisdicional pela entrega da tutela executiva, porque coage o devedor não colaborativo e que não demonstra boa-fé no cumprimento de sua obrigação.

Referências

- BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Não paginado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 02 mar. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus n.º 87.876/SP**. Relator: Luís Felipe Salomão. Brasília, 05 jun. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RHC_97876_02028.pdf?Signature=Sb5Y3viUtzeSVn0JZ4WuiGbSu3I%3D&Expires=1583177652&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=00aab3c936fd6ac207b95592342582e0>. Acesso em: 02 mar. 2020.
- BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n.º 99.606/SP**. Relatora: Nancy Andrichi. Brasília, 13 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/stj-valida-bloqueio-passaporte-devedor.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2020.
- BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 478.963/RS**. Relator: Francisco Falcão. Brasília, 20 abr. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-falcao-apreensao-passaporte.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2020.
- BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.788.950/MT**. Relatora: Nancy Andrichi. Brasília, 23 abr. 2019. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1818004&tipo=0&nreg=201803438355&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20190426&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 02 mar. 2020.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC de 2015: Parte Geral**, São Paulo, Ed. Forense, 2015.
- GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MINAMI, Marcos Youji. **Proposta de concretização dogmática das cláusulas gerais executivas do Código De Processo Civil Brasileiro De 2015**. Universidade Federal da Bahia: UFBA, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil** – Volume único. 10.ed. Ed. JusPodiwm, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC?** Carta branca para o arbítrio? Consultor Jurídico. 25 ago. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio#_ftnref2>. Acesso em: 03.mar.2020.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Ainda a polêmica sobre as medidas executivas atípicas previstas no CPC**. Consultor Jurídico. 30 mai 2019. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/opiniao-ainda-polemica-medidas-executivas-atipicas>>. Acesso em: 03.mar.2020.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo de Execução** – Parte geral. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CONTRIBUTOS TEÓRICOS SOBRE A “BOA MORTE” NO CENÁRIO JURÍDICO-SOCIAL BRASILEIRO

Giseli Marques Bianchini Barbosa¹

Rodrigo Cogo²

Introdução

Remonta da Antiguidade a origem do termo eutanásia, significando, segundo se documentou desde tempos remotos, “boa morte ou morte serena”.

Estudos envolvendo a eutanásia não são recentes, e, especialmente nos campos do Direito e da Ética, a produção científica se faz pertinente, muito em função das inquietudes e controvérsias que circundam tal objeto.

Nesta seara, o presente trabalho, tomando por arrimo, pesquisa bibliográfica e documental, intentará, vincular questões jurídico-penais e éticas no afã de oferecer elementos que se perfeçam relevantes para a melhor compreensão do instituto em comento.

Destarte, o estudo terá por objeto oferecer subsídios teóricos que auxiliem na percepção dos principais postulados informadores da eutanásia, abordando, em um primeiro momento, alguns dos aspectos jurídico-penais que a circundam, e, em uma segunda etapa, apresentando suas principais implicações bioéticas.

¹ Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Docente do Ensino Superior pela Universidade do Estado de Mato Grosso; e-mail: giselimb@hotmail.com

² Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia; Docente dos Cursos de Graduação em Direito e Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul; e-mail: profcogo@hotmail.com

1. Aspectos Jurídico-Penais da Eutanásia

A mais correta conceituação jurídica da eutanásia, passa, inevitavelmente, pela informação sobre três figuras consideradas muito associadas, e, por vezes causadoras de confusão conceitual.

Nesta linha de pensamento, cumpre expor desde já os conceitos de distanásia e ortotanásia, para a melhor compreensão do que, de fato, vem a ser um evento eutanásico para o Direito brasileiro.

Assim, a distanásia:

Trata-se de um neologismo de origem grega: o prefixo *dys* significa ato defeituoso, afastamento e o sufixo *thanatos* designa morte. Na sua origem semântica, distanásia significa morte lenta, com muita dor ou prolongamento exagerado da agonia, do sofrimento e da morte de um paciente, não respeitando a dignidade do morrente. (SANTANA; RIGUEIRA; DUTRA, 2010, p. 403)

Em sentido complementar, conforme ensina Greco (2019, p. 400-401):

A distanásia importa em uma morte lenta, prolongada, com muito sofrimento, a exemplo daqueles pacientes que são mantidos vivos por meio de aparelhos, sem qualquer chance de sobrevivida caso esses aparelhos venham a ser desligados.

As elucidações acima levam ao entendimento de que, por meio da distanásia, se prolonga não a vida, mas sim o sofrimento do paciente – pode-se pensar que prolonga-se o processo natural de morte do sujeito. (PESSINI, 2004)

Outro conceito importante, e mais umbilicalmente ligado à eutanásia, é o da ortotanásia, que, nos dizeres de França (2005, p. 200), corresponde à:

Suspensão de meios medicamentosos ou artificiais de vida de um paciente em coma irreversível e considerado em ‘morte encefálica’, quando há grave comprometimento da coordenação da vida vegetativa e da vida de relação.

A ligação entre a ortotanásia e a eutanásia é tão próxima que alguns autores até se utilizam da primeira como espécie da segunda, caracterizando a sua modalidade passiva.

Contudo, para fins deste trabalho, adota-se a posição de Barroso e Martel (2010, p. 240), que distanciando os termos em análise, conceituam a ortotanásia como uma “(...) morte em seu tempo adequado, não combatida com os métodos extraordinários e desproporcionais utilizados na distanásia, nem apressada por ação intencional externa, como na eutanásia”.

O comportamento ortotanásico, ante o explanado, não é crime, uma vez que aqui, a conduta do médico não interfere no resultado morte do paciente.

Exemplificando a situação supra, tem-se um caso onde:

(...) o médico deixa de lançar mão de tratamentos paliativos que só prolongariam por pouco tempo a vida de pessoa com doença irreversível em fase terminal, como em caso de grave câncer em que o médico desiste do tratamento quimioterápico, que só traria mais sofrimento à vítima em razão dos seus efeitos colaterais, quando já se sabe que o quadro não reverterá. Nesse caso, a morte da vítima decorre do câncer, e não da ação ou omissão do médico. Em geral, essa decisão de não prorrogar os tratamentos paliativos é tomada pelo médico em conjunto com o próprio paciente e seus familiares. (GONÇALVES, 2019, p. 92).

Frisa-se que, em conformidade com o ensinado por Bitencourt (2016, p. 77), “eutanásia é o auxílio piedoso para que alguém que esteja sofrendo encontre a morte desejada” – o que não ocorre na conduta ortotanásica.

Realizados os esclarecimentos acima, ao se adentrar ao campo do Direito, mais detidamente na esfera criminal, o Brasil não apresenta uma previsão específica acerca da figura da eutanásia, ocorrendo, pois, o enquadramento de sua prática, por equiparação, à figura do homicídio com diminuição de pena – conforme será visto adiante.

Deste modo, adianta-se que o país segue uma tendência mundial em incriminar a conduta, com o reconhecimento de alguma espécie de causa atenuante da sanção penal aplicável.

Neste sentido:

A corrente de pensamento dominante na legislação penal mundial é a do tratamento da eutanásia como homicídio privilegiado, tendo a pena reduzida e equiparada, como no caso da Argentina, à do crime correspondente ao de instigação e auxílio ao suicídio previsto em nossa legislação. É possível observar esta realidade no artigo 116 do Código Penal costa-riquenho e no artigo 157 do código peruano. Adotam este entendimento também Noruega, Polônia e Suíça. Outros países preferem tratar a eutanásia como um tipo penal próprio diferenciado do homicídio: é o que acontece em Cuba, na Áustria e na Grécia. Nestes casos, no entanto, o espírito da lei também é o de manter a conduta como crime, mas oferecendo um tratamento punitivo mais brando. (PÍCOLO, 2012, p. 19)

Embora não exista no ordenamento penal o crime próprio de eutanásia, há, em conformidade com o já aludido, uma tendência doutrinária majoritária em se equiparar tal conduta ao homicídio privilegiado, constante do parágrafo 1º do artigo 121 do Código Penal Brasileiro, com a seguinte redação:

Art. 121. Matar Alguém:

Pena – reclusão de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.

Caso de Diminuição de Pena

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por relevante valor social ou moral (...) o juiz pode reduzir a pena de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço).

A respeito desta equiparação, Bitencourt (2016, p. 77) salienta que:

Admite-se, por exemplo, como impelido por motivo de relevante valor moral o denominado homicídio piedoso, ou tecnicamente falando a eutanásia. Aliás, por ora, é dessa forma que nosso Código Penal disciplina a famigerada eutanásia, embora sem utilizar essa terminologia.

Em sentido muito semelhante Greco (2019, p. 400) leciona:

A eutanásia diz respeito à prática do chamado *homicídio piedoso*, no qual o agente antecipa a morte da vítima, acometida de uma doença incurável, com a finalidade, quase sempre, de abreviar-lhe algum tipo de sofrimento.

Das contribuições dos autores trazidos à baila, resta clara a omissão no texto normativo de uma figura típica que preconize de forma específica a prática da eutanásia, porém a própria exposição de motivos da Parte Especial do Código Penal cita a eutanásia como exemplo de homicídio cometido por motivo de relevante valor moral, ao apresentar que,

Por motivo de relevante valor social ou moral, o projeto entende significar o motivo que, em si mesmo, é aprovado pela moral prática, como, por exemplo a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima (caso do homicídio eutanásico) (BRASIL, 2018, p.140).

Ratificando o entendimento do legislador ao formular a disposição retro citada, Mirabete (2012, p. 31-32) expõe:

O Código Penal brasileiro não reconhece a impunibilidade do homicídio eutanásico, haja ou não o consentimento do ofendido, mas em consideração ao motivo, de relevante valor moral, permite a minoração da pena. É punível a eutanásia propriamente dita.

Grifa-se que, em consonância com o que trouxe Mirabete (2012), mesmo que o consentimento exista, de forma livre e consciente, o comportamento do autor permanece perante o Direito Penal.

Desta forma, nos dias atuais, a caracterização típica da conduta resta incontroversa para a norma penal posta, porém, a lacuna em curso pela não tipificação estrita da conduta acaba por fomentar debates importantes no sentido de se alterar ou não o entendimento supra aludido.

É fato que não há consenso acerca de uma linha de raciocínio a ser seguida, mas, dentre algumas propostas que já tramitaram no Congresso Nacional, merece destaque o Projeto de Lei do Senado nº 236/2012 (PLS 236/12), também nomeado de Projeto de Novo Código Penal, que, dentre outras matérias, indica em seu bojo a criação de um tipo penal próprio para o comportamento eutanásico.

O texto do PLS 236/12 inova não somente por versar acerca da conduta da eutanásia, aplicando-lhe uma pena mais branda, mas é

interessante pois em seu parágrafo primeiro traz previsão de perdão judicial levando em consideração as circunstâncias do caso e a relação de parentesco ou afetividade entre os envolvidos, e, no segundo parágrafo, introduz possibilidade de exclusão de ilicitude para a ortotanásia, conforme se confere no fragmento abaixo colacionado.

Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave:

Pena de prisão de dois a quatro anos.

§1º O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima.

§2º Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.

É importante frisar que o PLS 236/12 não prosperou, e, por isso também não há que se falar em novidade prática no que tange à figura da eutanásia no Direito Penal pátrio.

No ano de 2018, dois diferentes projetos de lei foram apresentados no Senado Federal, os Projetos de Lei nº 7 e nº 149. Ambos têm linha de pensamento muito próxima ao já aventado parágrafo 2º do artigo 122 do Projeto do Novo Código Penal de 2012, uma vez que apregoam, em linhas gerais, a isenção de crime para a omissão de tratamento ou procedimento de saúde a um paciente que recuse tal oferta de cuidados para prolongar sua vida – privilegiando-se, assim, a autonomia de vontade do paciente ou de seus representantes legais (em caso de impossibilidade de manifestação do desejo). Tais proposições legislativas se alinham à normativa já existente no âmbito do Conselho Federal de Medicina (CFM) no concernente às questões de terminalidade da vida humana.

Enfatiza-se que qualquer exame da matéria em comento não pode furtar-se de realizar uma aproximação entre o que se produz, ao menos em estágio preliminar, no cenário legislativo – tema

apresentado nas linhas pretéritas, e o que se tem esculpido na Constituição Federal de 1988.

Nesta esteira, recordando a pirâmide normativa de Hans Kelsen, a norma derivada do texto constitucional goza de primazia em relação às demais normas, e, por isso, valores e princípios ali contidos têm importância ímpar.

Assim, relembra-se que a Constituição de 1988 reconhece, em *prima facie*, no seu artigo 1º, inciso III, o princípio da dignidade da pessoa humana como pedra angular do Estado Democrático de Direito, restando mais do que claro o seu papel prioritário, desaguando, portanto, no reconhecimento de um Estado que existe e se constrói em torno da pessoa humana.

E, deste modo, é indubitável a função diferenciada da dignidade da pessoa humana, com influência decisiva nos valores que formulam o ordenamento jurídico como um todo, irradiando seu alcance, por óbvio, ao Direito Penal brasileiro.

A esse respeito, Moraes (2016, p.12) aduz que:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade.

E, como bem salienta Greco (2016, p. 73):

(...) a dignidade da pessoa humana deverá ser entendida como norma de hierarquia superior, destinada a orientar todo o sistema no que diz respeito à criação legislativa, bem como para aferir a validade das normas que lhe são inferiores.

Já no que se refere à vida, o *caput* do artigo 5º da Carta Magna a traz, ficando cristalina a regra de sua inviolabilidade, por ser um direito fundamental.

Na visão de Tavares (2012, p. 575), tal preceito possui duas vertentes: a primeira, preleciona o direito à própria existência do indivíduo, e, a segunda, versa sobre o direito a um nível de vida considerado adequado.

Em se tratando do debate fundado em sede da incriminação ou não da eutanásia, a presente pesquisa entende que é exatamente a segunda vertente levantada acima a que merece mais atenção, uma vez que ao se falar em nível de vida adequado pode-se pensar em qualidade de vida, ou, vida com dignidade.

Nesta direção, uma hipótese interessante seria a admissibilidade de que existe uma superioridade hierárquica da vida em relação a outros direitos fundamentais, notadamente em situações extremas onde o sujeito fosse obrigado a esperar o desenrolar natural dos acontecimentos de sua saúde – em um quadro já irreversível e extremamente gravoso, com sofrimento e dores desmedidas.

Em que ponto da situação supra aludida encontrar-se-ia o respeito à sua dignidade humana? E, retornando à segunda vertente defendida por Tavares (2012), onde residiria o direito a um nível de vida considerado adequado? Não estaria o sofrimento exacerbado decorrente da obrigação de aguardar o fim natural de sua vida impondo ao sujeito uma ofensa à sua dignidade humana?

É com o intento de ofertar respostas às indagações acima, que a autonomia da vontade é chamada ao debate. Derivada do direito à liberdade – previsto constitucionalmente como outro fundamental preceito, também no rol de direitos do *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, tal postulado entraria em cena para atuar em condições excepcionais.

A respeito do apelo que se faz à autonomia da vontade do paciente, Pessini (2004, p. 192) elucida:

O argumento moral para a legislação sobre a eutanásia voluntária parece basear-se principalmente no apelo ao princípio de autonomia, ou seja, visto que as pessoas têm direito moral de tomar decisões a respeito de sua vida, a lei deve respeitar esse direito e não colocar obstáculos às formas de suas decisões de pôr fim à vida com auxílio de outrem.

Resta evidenciado, ante o que fora trazido nas linhas pregressas, que a sustentação jurídico-penal de uma argumentação favorável ou contrária a incriminação/tipificação da eutanásia, não é questão de fácil trato, apresentando contradições, sendo permeada, deste modo, de tensões.

Talvez, bem por isso, variados Projetos de Lei tenham sido colocados em discussão no Congresso Nacional ao longo dos últimos anos, e, não se chegou a um denominador considerado comum às diferentes formas de se avaliar tal assunto.

No campo prático, reitera-se, ao menos por hora, sem que se produza qualquer julgamento de mérito acerca da questão, que o posicionamento adotado majoritariamente, aplicando à eutanásia o dispositivo concernente ao homicídio – em seu formato privilegiado, dota de segurança jurídica tal prática, e evita a banalização de um comportamento que atinge um bem jurídico de inegável importância.

Das premissas trazidas até aqui e em função da seriedade que o assunto demanda, entende-se que os debates em seu entorno devem transcender o âmbito puramente jurídico e criminológico, exigindo a contribuição de saberes científicos diversos.

Nesta esteira, as linhas subsequentes alcançarão uma exposição sobre postulados bioéticos que informam e envolvem a eutanásia.

2. A Eutanásia Sob a Vertente da Bioética

Feitas as devidas considerações acerca dos aspectos jurídicos-penais da eutanásia, imprescindível traçar breves e relevantes apontamentos que circundam a bioética no que tange à eutanásia.

Importante destacar que a morte, geralmente, é fortemente considerada um fracasso para os profissionais que atuam firmemente na medicina com o escopo de preservar a vida. Assim, a luta é quase sempre – se não sempre – no sentido de tentar impedi-la ou, ao menos retardá-la. Entretanto, como será pontuado, esse tendencioso comportamento profissional não pode

e não deve retirar o entendimento de que a morte é um processo natural do ciclo vital.

Os avanços vorazes nas pesquisas na área das ciências médicas tornaram capaz o prolongamento indistinto da vida por meios artificiais, fazendo surgir questões éticas bastante relevantes. Outrossim, a preservação da vida humana deve ocorrer a qualquer preço, desconsiderando sua qualidade? Os recursos e tecnologias médicas devem ser utilizados de forma indiscriminada com o intuito único de prolongar um pouco mais a vida de um paciente terminal? Alguns processos terapêuticos representam características nocivas ao paciente, ainda assim devem ser implementados para proporcionar ao mesmo uma sobrevida? (PESSINI, 1990).

Em muitos países, culturalmente e juridicamente, a vida física é tida como o bem a ser tutelado de maior valor, acima de qualquer outro, gerando não só amor pela vida, como também certa idolatria. Desta forma, há fortemente presente uma luta travada incessantemente contra a morte, deixando de lado o entendimento de que morrer é a etapa que coloca fim ao ciclo vital.

Referidos questionamentos perpassam, necessariamente, pelo crivo da ética, razão pela qual é preciso encontrar um ponto de equilíbrio entre aquilo que é possível e aquilo que é necessário, atribuindo – ou devolvendo – dignidade à vida humana. Os incontáveis casos de pessoas que hoje sobrevivem em leitos, sem perspectiva de cura, cercados por tecnologias de ponta, mas incapazes de amenizar o sofrimento pessoal e daqueles que os cercam não representam, necessariamente, a superproteção atribuída à vida.

Através da Recomendação n. 76/76, da Assembleia do Conselho da Europa, restaram reconhecidos diversos direitos dos doentes, entendidos como,

(...) o direito ao respeito da vontade do paciente acerca do tratamento a ser aplicado, o direito à dignidade e à integridade, o direito à informação, o direito de cura apropriada, **além do direito de não sofrer inutilmente.** (STRENGER, 1986, pp. 261-262, grifo nosso).

A suspensão da utilização de procedimentos médicos tidos como inúteis ou ineficazes seria perfeitamente viável e aceitável partindo da atribuição da dignidade à vida humana.

Reinaldo Pereira e Silva, fazendo uso da *Encyclopedia of Bioethics* traz à luz a definição de Bioética como “o estudo sistemático das dimensões morais – incluindo as visões, as decisões, as condutas individuais e políticas – das ciências da vida e da saúde, utilizando várias metodologias éticas num contexto interdisciplinar” (SILVA, 2002, p. 166-169).

Ainda no intento de conceituar Bioética, Maria Helena Diniz (2008, p. 463) assevera se tratar do:

Estudo da moralidade da conduta humana na área das ciências da vida, procurando averiguar se é lícito aquilo que é científica e tecnicamente possível. A bioética não pode ser separada da experiência efetiva dos valores ‘vida’, ‘dignidade humana’ e ‘saúde’, que são inestimáveis. Daí ocupar-se, por exemplo, de questões éticas atinentes ao começo e fim da vida humana (...).

Instrui Emerson Ike Coan (2001), nessa mesma linha, que os avanços científicos e tecnológicos colocam à disposição da sociedade um panorama admirável, mas também aterrorizante, de modo a vincular a Biomedicina e o Direito à Bioética, vez que atrela as pesquisas da primeira e seus progressos à recomendação de uma rigorosa cautela por parte da segunda, dada a ausência de normatização específica.

As discussões que circundam a eutanásia ganharam atenção na teologia, posteriormente na filosofia e somente entre 1985 e 2000 receberam destaque na bioética, já com caráter multidisciplinar. Esse multifacetado interesse por parte da teologia, das ciências sociais, do direito, da antropologia e da psicologia ecoou pontualmente nas ciências médicas - com especial cautela com as condutas médicas, atribuindo um novo significado à relação médico-paciente no que diz respeito aos direitos humanos e à autonomia, bem como à autodeterminação. Isso tudo, sem desconsiderar a relevância das questões que permeiam a saúde e a economia (KOVÁCS, 2003).

O princípio da autonomia, exposto anteriormente como fundamento moral para a edificação de argumentações jurídicas favoráveis à eutanásia, para Piñeiro (2002), deve ser capaz de conferir efetividade à vontade da pessoa envolvida no contexto que trata do fim da sua própria vida e dos possíveis mecanismos a serem adotados para a preservação ou não da vida. Desta forma, estar-se-ia modificando a condição do paciente de mero objeto para um ser humano dotado de razão e anseios próprios. Pontua ainda o autor, que havendo consciência, deveria a este mesmo paciente ser atribuído poder decisório quanto à pertinência de qual caminho adotar para amenizar-lhe o sofrimento e fazer com que a dignidade se faça presente até o último instante de vida.

Outrossim, a reflexão ética acerca da eutanásia, no Brasil, encontra um grande vácuo entre os incríveis avanços das pesquisas médicas e o imenso silêncio que se faz presente no cenário legislativo, em conformidade com o já cotejado.

Insta mencionar, que nos dias atuais essa inércia fere profundamente direitos e princípios que possuem laços estreitos com o direito à vida, embora em um primeiro momento pareça se tratar meramente de morte.

É inegável que a alteração nos padrões adotados pela medicina, notadamente a ética médica, influencia diretamente na necessidade de alterações legais e, para além, na criação de novos instrumentos que abarquem situações ainda não regulamentadas pelo legislador. O respeito absoluto e incontestável à vida, de forma isolada, sempre direcionará o entendimento de seu prolongamento, coadunando com o posicionamento de idolatria pela manutenção da vida a qualquer custo, alegando que isso sim seria a busca pela humanização de seu estágio final (PESSINI, 2001).

Argumenta-se, ainda, que é crescente a preocupação com os cuidados paliativos empregados nos pacientes terminais, reforçando-se uma nova cultura de respeito à dignidade do ser humano no estágio final da vida, dando ênfase à humanização nos procedimentos adotados pelos profissionais da saúde (PESSINI, 2001).

O Código de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina preconiza, em linhas gerais, a defesa da vida e o respeito absoluto por ela (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2009).

Desta forma, partindo-se de uma leitura sistemática das referidas normas, denota-se uma preocupação com questões relativas à eutanásia, como é possível observar nos capítulos I (Princípios Fundamentais); II (Direitos dos Médicos); IV (Direitos Humanos); V (Relação com Pacientes e Familiares); VI (Doação e Transplante de Órgãos e Tecidos); e, XII (Ensino e Pesquisa Médica).

Dentre todos os capítulos pertinentes à temática abordada, merecem destaque alguns artigos abrangidos pelos Princípios Fundamentais, bem como pelos Direitos Humanos, como seguem:

I - A Medicina é uma profissão **a serviço da saúde do ser humano e da coletividade** e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza.

II - O alvo de toda a atenção do médico é a **saúde do ser humano**, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.

(...)

V - Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e **usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente**.

VI - O médico guardará absoluto **respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício**. **Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade**.

(...)

XVI - Nenhuma disposição estatutária ou regimental de hospital ou de instituição, pública ou privada, limitará a escolha, pelo médico, dos meios cientificamente reconhecidos a serem praticados para o estabelecimento do diagnóstico e da execução do tratamento, **salvo quando em benefício do paciente**. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2009, p. 30-31, grifo nosso)

Interpretando de forma conjunta essa parte principiológica, é plausível considerar que agir em benefício do paciente, ainda que eventualmente suspendendo um tratamento médico desnecessário, seria ética e plenamente aceitável. Referida suspensão deve ser empregada nos casos irreversíveis e visaria

empregar dignidade nos momentos finais da vida, de modo a não prolongar a dor e o sofrimento do paciente e seus familiares.

Aludidas normas mencionam a atuação médica de modo a selecionar a medida mais pertinente para impedir a manutenção do estado de sofrimento. Resta imperioso observar que no caso em concreto a ciência médica e a tecnologia disponível devem ser incapazes de reverter o quadro clínico do paciente e só então optar pelo seu não emprego.

E segue, já no Capítulo IV (Direitos Humanos) pontuando que:

Art. 28. **Desrespeitar o interesse e a integridade do paciente** em qualquer instituição na qual esteja recolhido, independentemente da própria vontade. Parágrafo único. Caso ocorram quaisquer atos lesivos à personalidade e à saúde física ou mental dos pacientes confiados ao médico, este estará obrigado a denunciar o fato à autoridade competente e ao Conselho Regional de Medicina (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2009, p. 37, grifo nosso).

Destarte, a suspensão do tratamento meramente paliativo não viola a ética médica, já que é ineficiente no sentido de reverter o quadro clínico do paciente. Referido entendimento vem a somar com os preceitos trazidos pelo Código de Ética Médica, quais sejam, a dignidade da pessoa humana e o respeito à autonomia da vontade, tendo em vista que o desejo é pelo cessar do sofrimento desnecessário e da não utilização de mecanismos incapazes de dar esperança de sobrevida digna ao paciente.

Considerações finais

As linhas pretéritas intentaram oferecer um panorama sobre a eutanásia, com enfoques pontuais acerca de aspectos jurídico-penais e da bioética. Assim, na vertente legal foi possível verificar a propositura de diversos projetos de lei, todos eles suscitando questionamentos não conclusivos, dada a magnitude dos valores e bens jurídicos envolvidos.

Como já mencionado, as discussões que circundam a eutanásia perpassam por incontáveis áreas. Os avanços tecnológico-médicos passaram a exigir do legislador, da comunidade médica, e, da bioética novas reflexões, deixando de lado a velha roupagem que atribuía à vida uma supervalorização e reconhecendo a importância de agregar à vida valores igualmente relevantes, como o respeito à autonomia e à dignidade do paciente.

O cenário exige a busca pelo equilíbrio entre aquilo que as pesquisas médicas foram capazes de desvendar quanto à manutenção da vida e quanto ao emprego da ética, ao proporcionar dignidade no momento final da vida do paciente em estágio terminal, bem como respeitar o desejo de não mais sofrer desnecessariamente.

Outrossim, é preciso compatibilizar aspectos médicos, éticos e legais, considerando que o desejo do paciente vai de encontro com a irreversibilidade do estado clínico do mesmo.

As garantias constitucionais, igualmente, proporcionam ao paciente o direito de não se submeter a tratamento terapêutico desnecessário ou mesmo a interrompê-lo. Isso implica afirmar que é ilícita a intervenção contrária à vontade do paciente capaz de expressar seu desejo.

A mudança de entendimento não atinge somente as áreas que lidam com a eutanásia já referidas anteriormente, há também uma crescente aceitação social do emprego das técnicas eutanásicas ou da não responsabilização criminal do autor da mencionada prática por entenderem a relevância da preservação da dignidade do paciente e do respeito à autonomia no poder decisório do mesmo.

Referências

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, São Paulo, v. 34, n. 1, p. 235-274, p. 240, 2010.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Especial: Crimes contra a Pessoa. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Código Penal**. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. **Projeto de Lei do Senado nº 7**. 2018.

_____. **Projeto de Lei do Senado nº 149**. 2018.

_____. **Projeto de Lei do Senado nº 236**. 2012.

COAN, Emerson Ike. Biomedicina e Biodireito. Desafios Bioéticos. Traços Semióticos para uma Hermenêutica Constitucional Fundamentada nos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Inviolabilidade do Direito à Vida. *In Biodireito - Ciência da vida, os Novos Desafios*. Organizadora Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Editora RT, 2001.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**: Resolução CFM 1.931, de 17 de setembro de 2009. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 1 ed. rev., atual. e aum. – São Paulo: Saraiva, 2008.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Fundamentos de Medicina Legal**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2005.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado**: Parte Especial. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 13 ed. Niterói: Impetus, 2019.

_____. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. Niterói: Impetus, 2016.

KOVÁCS, Maria Julia. Bioética nas Questões da Vida e da Morte. *In Instituto de Psicologia – USP*, Volume 14, n. 2, pp. 115-167. São Paulo, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, volume 2: Parte Especial, 29 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PESSINI, Leocir. **Distanásia**: até quando prolongar a vida? Coleção Bioética em Perspectiva 2. Editora do Centro Universitário São Camilo. Edições Loyola. São Paulo, 2001.

_____. **Eutanásia e a América Latina: Questões Ético-Religiosas.** Editora Santuário. Aparecida – SP, 1990.

_____. **Eutanásia: por que abreviar a vida?** São Paulo: Loyola, 2004.

PÍCOLO, Guilherme Gouvêa. **O direito de morrer: eutanásia, distanásia e ortotanásia no direito comparado.** Revista Investidura, Florianópolis – Santa Catarina, ano 4, vol. 18, p. 16-21, mar./abr. 2012.

PIÑEIRO, Walter Esteves. O Princípio Bioético da Autonomia e sua Repercussão e Limites Jurídicos. *In Cadernos Adenauer.* n. 1, Ano III. Bioética. Rio de Janeiro, 2002.

SANTANA, Júlio César Batista; RIGUEIRA, Ana Cláudia de Melo; DUTRA, Bianca Santana. Distanásia: reflexões sobre até quando prolongar a vida em uma Unidade de Terapia Intensiva na percepção dos enfermeiros. **Revista Bioethikos**, Minas Gerais, Centro Universitário São Camilo, ano 4, vol. 4, p. 402-411, 2010.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao Biodireito – Investigações Político-Jurídicas sobre o Estatuto da Conceção Humana.** Editora LTr. São Paulo, novembro, 2002.

SPINSANTI, Sandro. **Ética Biomédica.** São Paulo: Edições Paulinas, 1990.

STRENGER, Irineu. **Direito Moderno em Foco: Responsabilidade Civil, Direito Internacional Privado, Direito Marítimo ... (Eutanásia).** 2 Edição. Editora LTr. São Paulo, 1986.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

O AVANÇO DO AUTORITARISMO E O IMPACTO PARA A POPULAÇÃO INDÍGENA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL E NO BRASIL

Alessandro Martins Prado¹

André Luiz da Silva²

Introdução

Este capítulo de livro é resultado parcial das pesquisas desenvolvidas no projeto de pesquisa intitulado “Neoconstitucionalismo e Direitos Humanos X Estado Pós-Democrático, Discurso de Ódio e Retrocesso em Face de Minorias no Brasil”, regularmente registrado na Pró-Reitoria de Pesquisa, Pós Graduação e Inovação (PROPPi), da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul.

As pesquisas desenvolvidas buscam estudar o impacto em face das minorias brasileiras diante de diferentes momentos históricos e fenômenos políticos, jurídicos e sociais em que se observa, desde o período do Estado Totalitário brasileiro compreendido pelas Ditaduras Vargas e Civil/Militar, passando pela Redemocratização do país com a promulgação da Constituição Federal de 1988, pela compreensão da diferença existente entre Democracia Plena, Democracia de Baixa Intensidade, a Ascensão do Autoritarismo e do Estado Pós-

¹ Mestre em Direito na área de concentração de Tutela Jurisdicional no Estado Democrático de Direito. Docente do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – Unidade de Paranaíba. Líder do Grupo de Pesquisa “Direitos Humanos no Estado Democrático de Direito, interdisciplinaridade e efetivação possível.

² Doutor em História pela UNESP campus de Franca-SP. Docente da Fundação Educacional de Fernandópolis. Membro do Grupo de Pesquisa: “Direitos Humanos no Estado Democrático de Direito, interdisciplinaridade e efetivação possível”.

Democrático compreendidos, estes três últimos fenômenos, no atual momento histórico, filosófico e político de nosso país.

No caso deste capítulo se buscou demonstrar, ainda que brevemente, o desenvolvimento conceitual de cada um destes fenômenos filosóficos, políticos, jurídicos e sociais, bem como seu impacto, especialmente, com relação aos povos tradicionais brasileiros.

Infelizmente, o que será demonstrado neste breve ensaio corresponde a falência do pacto social que representava a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 com graves consequências para nossas minorias tradicionais, especialmente, no caso em tela, para nossa população indígena.

1. Do Estado Democrático de Direito ao Estado Pós-Democrático com a Ascensão do Totalitarismo no Brasil

1.1 Constitucionalismo e Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito que conhecemos é fruto do constitucionalismo. O constitucionalismo é a teoria que apresenta o princípio do governo limitado, característica esta indispensável para a formatação político-social de uma comunidade sob o regime democrático. Trata-se de um movimento político, histórico, filosófico, social e cultural que, principalmente, a partir do século XVIII, passou a questionar os esquemas tradicionais de domínio político e, conseqüentemente, apresentando a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder em que o governante ou o Estado viu sua ação limitada por direitos e garantias do cidadão (CANOTILHO, 2003).

Um dos marcos iniciais para entendermos o movimento que foi um dos pilares da formação do Estado Democrático de Direito foi a elaboração da *Magna Charta Libertatum*. Concebida na Inglaterra em 1215, durante a Baixa Idade Média, foi firmada pelo rei John da Inglaterra. Por meio da Magna Carta foi assegurado, pela primeira vez na história política medieval que “[...] o rei se achava naturalmente vinculado pelas próprias leis que edita [...]”

(COMPARATO, 2008, p.79-80). A concepção de que nenhum homem livre pudesse ser detido, submetido a prisão, privado de seus bens, colocado fora lei, exilado ou molestado sem um julgamento em harmonia com a leis da Inglaterra, contribuiu significativamente para futuros desdobramentos em questão de Direitos Humanos.

Historicamente, o século XVIII foi palco de rupturas com a estrutura política que assegurou por séculos o poder de monarcas absolutista. O ideário que marcou a independência das 13 colônias inglesas nas América do Norte, em 1776, presente na Declaração de Independência e nos panfletos de Thomas Paine, encontrou equivalência no outro lado do Atlântico com *Déclaration des droits d l'homme et du citoyen*, elaborada em meio ao contexto da Revolução Francesa (1789 – 1799). Mediante estes novos repertórios outras experiências constitucionais ocorreram dentro e fora da Europa, influenciando também o Brasil, independente de Portugal em 1822. Contudo, os avanços legais ainda esbarravam nas limitadas concepções sobre para quem deveriam ser assegurados os direitos como cidadão, como era o caso dos indígenas e dos africanos explorados, assim como a igualdade entre homens e mulheres³.

O neoconstitucionalismo na Europa dos pós Segunda Guerra Mundial e no Brasil da redemocratização representou a reaproximação do direito aos valores éticos e morais, a valorização do princípio da dignidade humana e a ampliação dos direitos e garantias fundamentais e sociais do cidadão. Neste diapasão “[...] a ideia de constitucionalismo do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo

³ O paradigma iluminista, do qual o constitucionalismo está entrelaçado, foi a base da construção dos Estados pós Revolução Francesa. Contudo, o desenvolvimento do capitalismo industrial trouxe novos elementos para a dinâmica social e política do século XIX e novas demandas surgiram. A Economia Política, especialmente com Adam Smith e David Ricardo, levavam a discussão sobre o Estado e sua relação com os agentes econômicos, reforçando uma crítica ao absolutismo. De forma não menos importante, o idealismo alemão com Hegel e o pensamento Kantiano foram os alicerces teóricos para o aperfeiçoamento das discussões sobre Estado e a sociedade.

conteúdo material e axiológico se irradia, com forma normativa, por todo o sistema jurídico [...]” (BARROSO 2008, p. 114).

Em tese, o que estamos tentando demonstrar aqui, ao menos no campo filosófico do direito, já que veremos que no Brasil a realidade fática/jurídica se apresentou de forma diferente, é a de que o neoconstitucionalismo deveria “[...] contribui para a construção de um Estado Social, que condiciona teleologicamente a jurisdição constitucional ao atendimento dessas prerrogativas dos cidadãos” (AGRA, 2008, p. 496).

Infelizmente não foi o que, de fato, ocorreu em nosso país, em nenhum momento histórico de nosso país, como veremos no desenvolvimento deste capítulo. Neste contexto é que devemos compreender os conceitos de Estado Totalitário, Totalitarismo Líquido no Século XXI, Estado Pós-Democrático e Democracia de Baixa Intensidade já que, iremos demonstrar o impacto, no Brasil, para os povos originários, destes fenômenos filosóficos, jurídicos, políticos e sociais.

1.2 Estado Totalitário

O estado totalitário é representado exatamente pela falta de limitação do poder do governante. Assim, no absolutismo do século XV, que antecede as revoluções liberais do século XVII, o exercício da soberania era legitimado por meio da crença no poder absoluto, divino e perpétuo. Não havia a compreensão de existência de direitos e garantias para os súditos e sim, tão somente, obrigações em relação ao soberano ou ao Estado (BODIN, 1576).

Por sua vez, a figura do totalitarismo no século XX é compreendida pela legitimação do governante ou do Estado na aplicação de medidas excepcionais:

Os regimes autoritários e de exceção que permitiriam, em situações ditas excepcionais, que o governante estabelecesse um regime especial de ditadura, suspendendo temporariamente os direitos das pessoas, a fim de solucionar problemas emergenciais, variaram de forma e de justificação

desde o século XX até a contemporaneidade, mas, de fato, não deixaram de existir (SERRANO, 2020, p.11).

O autor registra ainda que “[...] nos regimes nazistas, fascistas e nas ditaduras militares da América Latina, dentre outras conhecidas, sobretudo no século XX, a provisoriedade só se efetivou no discurso, já que duraram longos períodos históricos (SERRANO, 2020, p.11).

1.3 Autoritarismo Líquido no século XXI

Atualmente, o que se verifica é uma constante ascensão do autoritarismo, no entanto, com uma “roupagem” de manutenção da estabilidade democrática, o que Serrano (2020) denomina de “Autoritarismo Líquido”. Neste sentido, o que se verifica no século XXI é que o Estado de exceção muda sua forma de agir, não havendo mais a ruptura do Estado Democrático e a instauração de um Estado de Exceção, sendo adotados mecanismos de autoritarismos típicos de exceção no bojo deste “aparente Estado Democrático”, como uma verdadeira técnica de governança permanente de exceção (SERRANO, 2020).

Há uma figura comum e necessária para atuação e legitimação das medidas de exceção tanto nos períodos totalitários observados nos regimes fascistas da Itália, Nazista da Alemanha, e nas Ditaduras da América Latina, quanto nos ditos “Regimes Democráticos” da atualidade que é a figura do inimigo interno. Na Alemanha Nazista o inimigo interno era, especialmente, o povo judeu. Nas Ditaduras da América Latina, o inimigo interno era o comunista, e, como veremos, também quem pudesse oferecer resistência aos interesses do Governo, no caso aqui discutido, os povos tradicionais. Na atualidade, na Europa e nos Estados Unidos, o inimigo interno é o pobre, sujeito às leis criadas para à guerra às drogas e, mais recentemente, após o Atentado Terrorista de 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos da América, o estrangeiro. No Brasil não é diferente, nosso inimigo interno é o

pobre, que geralmente coincide com o negro, com os quilombolas, indígenas, os excluídos em geral (SERRANO, 2020).

É importante registrar que além dos excluídos, nesta ascensão rápida do autoritarismo líquido no Brasil, a partir do operações midiáticas e jurídicas ligas ao “Mensalão”, ao “Petrolão” ao Impeachment de Dilma Rousseff, a própria prisão do Presidente Lula, é que, agora, políticos progressistas, cujas políticas de desenvolvimento de estado não coadunam com os interesses do “Mercado”, de grandes potências estrangeiras, também se tornam alvo das medidas de exceção (SERRANO, 2020).

Mais recentemente ainda, pudemos observar que professores, jornalistas, militante políticos e políticos críticos ao atual governo passaram a sofrer uma verdadeira enxurrada de processos judiciais fundamentados na Lei de Segurança Nacional. Universidades Federais também passaram a sofrer intervenção direta em que os Reitores legitimamente eleitos não são nomeados. Há um crescente aumento da violência policial que antes estava restrita aos territórios excluídos como as favelas e hoje, a luz do dia, mediante inúmeras testemunhas e câmeras de celulares, pessoas consideradas de classe média, como, por exemplo, advogados, são algemados, agredidos fisicamente e presos sem a devida fundamentação jurídica em claro roubo totalitário e abuso de autoridade.

1.4 Estado Pós-Democrático

No Estado Pós-Democrático observamos, a exemplo do conceito de totalitarismo líquido lecionado por Serrano (2020) no item anterior, a existência de um inimigo interno que também deve ser combatido, no entanto, sob outro ótica. Em ambos os casos o novo inimigo interno são os excluídos. O raciocínio lógico e macabro aqui está relacionado com o avanço do neoliberalismo e a compreensão de que, se o sujeito não possui condição de consumir e manter o regime de concentração de renda, este sujeito passa a ser considerado um indesejável e estará sujeito a uma espécie de “controle dos indesejáveis” (CASARA, 2017). Neste sentido:

Os sintomas pós-democráticos estão presentes na sociedade, da mercantilização do mundo à sociedade do espetáculo, do despotismo do mercado ao narcisismo extremo, da reaproximação entre o poder político e o poder econômico ao crescimento do pensamento autoritário, sempre a apontar na direção do desaparecimento dos valores democráticos e dos correlatos limites rígidos ao exercício do poder, que hoje existem apenas como um simulacro, como um totem que evoca conquistas civilizatórias do passado, mas que hoje não passam de lembranças que confortam. (CASARA, 2017, p. 22)

Quem está por trás de todo esse retrocesso democrático e civilizatório em nosso país é sempre ela, nossa elite, a elite do dinheiro que possui o capital econômico, que manda na economia e, de modo indireto, o mundo social e político, colonizando e determinando o que será disseminado por nossa opinião pública, que é claro, sempre estará defendendo os interesses do “Grande Capital” em desfavor dos interesses sociais e do desenvolvimento do país (SOUZA, 2017).

Outrossim, “[...] a naturalização de práticas autoritárias, por vezes incentivadas pelos detentores do poder político, é capaz de explicar a facilidade com que o Estado Democrático de Direito foi substituído pelo Estado Pós-Democrático” (CASARA, 2017).

1.5 Democracia de Baixa Intensidade

O Brasil, diante de nosso sistema político desvirtuado pelo poder financeiro de nossa Elite que, ao final, financia as campanhas eleitorais e conseguem estabelecer uma relação de poder entre o que será pautado e decidido, principalmente, em nossas casas legislativas, é verificado o fenômeno identificado como “Democracia de Baixa Intensidade”. Assim, o fenômeno é caracterizado se observando a participação dos mais diversos setores da sociedade. Quanto maior a participação dos mais diversos setores da sociedade, incluindo suas minorias (negros, indígenas, quilombolas, mulheres, LGBTQI) nas decisões políticas de uma nação maior será considerado o grau de intensidade de sua democracia. Por outro lado, quanto menor a participação de

referidos setores, menor o grau de intensidade de uma democracia surgindo o conceito de “democracias de baixa intensidade”. Ainda, sobre a prisma do mesmo autor, quanto menor a participação das minorias maior o grau de desrespeito de seus direitos e garantias fundamentais como é o caso dos povos tradicionais objeto de nosso estudo e que iremos expor a seguir (SANTOS, 2002).

2. O impacto na população indígena brasileira

Observamos que o Brasil, em sua história recente, passou por períodos de totalitarismos que podem ser especialmente identificados, nas Ditaduras Vargas (1930-1945) e Civil/Militar (1964-1985). A sociedade brasileira passou por uma expectativa, não correspondida, de Estado Democrático de Direito com a redemocratização implantada pela promulgação da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, em que é possível observar, infelizmente, que o Estado plenamente democrático nunca foi alcançado já que foi observado a manutenção de um “Estado Democrático” para pessoas de classe média e alta e um “Estado de exceção” para determinados grupos excluídos e territórios como as favelas e reservas indígenas. E, mais recentemente, foi possível observar a ascensão rápida do autoritarismo que ora é denominado de “autoritarismo líquido”, ora de pós-democracia” e, finalmente, ora de “democracia de baixa intensidade”. Apesar da diferenciação dos termos semânticos utilizados pelos autores, é possível encontrar uma similaridade de causa e efeito nos fenômenos que identificam a ascensão do totalitarismo e essas causas estão relacionadas ao liberalismo e neoliberalismo econômico e degradação do Estado Social e Democrático.

Agora iremos demonstrar como a população indígena foi afetada em cada um desses momentos ou, por cada um desses fenômenos jurídico, político e social.

2.1. Impacto nas Ditaduras Vargas e Civil/Militar

A Comissão Nacional da Verdade (CNV), ao delimitar o período de 1946 a 1988 para realização da sistematização do material que pudesse esclarecer à verdade e à memória dos fatos ocorridos na Ditadura Vargas e na Ditadura Civil Militar iniciada com o Golpe de 1964, constatou que neste período ocorreu um verdadeiro massacre em face dos indígenas de nosso país.

A CNV concluiu que as agressões aos direitos humanos indígenas foram resultado de uma política de Estado já que: “Não são esporádicas nem acidentais essas violações: elas são sistêmicas, na medida em que resultam diretamente de políticas estruturais de Estado, que respondem por elas, tanto por suas ações como por suas omissões” (VERVADE, 2014, p.204).

O relatório da CNV vai além e afirma literalmente que com “[...] o resultado dessa política de Estado foi possível estimar ao menos 8.350 indígenas mortos no período investigado da CNV, em decorrência de ação direta de agentes governamentais ou da sua omissão [...]” (VERDADE, 2014, p. 205).

Ademais, tribos indígenas inteiras foram removidas à força para locais inapropriados para o desenvolvimento de suas vidas, cultura e até mesmo a subsistência, por inúmeros fatores, um deles, por exemplo, o número excessivo de indígenas confinados em espaço absolutamente insuficiente. No ano de 1982 há registro de uma remoção e confinamento dos Guarani para uma exígua faixa de terra, sem haver nenhuma paridade em tamanho e condições ambientais com o território ocupado anteriormente (VERDADE, 2014).

Ocorre, no entanto, que o desrespeito aos direitos humanos de referido povo não se circunscreveu apenas ao confinamento em local impróprio. Na década de 1950, por exemplo, crianças Xetá foram sequestradas por fazendeiro e funcionários das colonizadoras, prática que é adotada pelo Serviço de Proteção ao Índio entre as décadas de 1950 e 1960, em que crianças indígenas eram sequestradas e levadas para famílias não indígenas (VERDADE, 2014).

Não bastasse isso, aldeias eram invadidas por expedições de pistoleiros que tinham o objetivo de “limpar a área” da presença dos índios, havendo o registro de um brutal acontecimento em outubro de 1963, ocasião em que Francisco Luís de Souza, conhecido pistoleiro, metralhou os indígenas de uma aldeia. Sobreviveram uma mulher e uma criança, Chico Luís, como era conhecido, atirou na cabeça da criança, amarrou a mulher ainda viva com as pernas entreabertas, pendurada, de cabeça para baixo e a dividiu no meio com golpes de facão (VERDADE, 2014).

No mesmo sentido, o Relatório Figueiredo, importante documento formulado na década de 1960 por Jader de Figueiredo Correa a pedido do então Ministro do Interior, Albuquerque de Lima, sistematizou, em plena Ditadura Civil Militar brasileira, as violações aos direitos humanos dos indígenas em um documento de mais de 7.000 (Sete Mil) páginas. Referido relatório é considerado tão importante que a própria Comissão Nacional da Verdade fundamentou algumas de suas denúncias na sistematização organizada por Jader Figueiredo.

Aldeias indígenas inteiras foram literalmente dinamitadas. Aviões sobrevoavam as aldeias jogando dinamite nas mesas. Indígenas foram assassinados com a distribuição de alimentos envenenados e até mesmo, contaminados com a doação de brinquedos para crianças e roupas para adultos e crianças contaminados com o vírus da varíola. Apesar da semelhança de um roteiro de filme de ficção de terror, tais ações foram devidamente documentadas e apuradas por agente do próprio Estado brasileiro no bojo do Relatório Figueiredo ((FIGUEIREDO, 1968).

Figueiredo corrobora as informações apuradas pela Comissão da Verdade em seu Relatório:

Mais recentemente os Cinta-Largas, em Mato Grosso, teriam sido exterminados a dinamite atirada de avião, e a estricnina adicionada ao açúcar enquanto os mateiros os caçam a tiros de “pi-pi-pi-pi” (metralhadora) e racham vivos, a facão, do púbis/para a cabeça, o sobrevivente!!! [...] (FIGUEIREDO, 1968, p. 2-9).

Flavio Vicente Machado, Coordenador Regional do Conselho Indigenista Missionário do Estado de Mato Grosso do Sul (2011), registra que, no momento em que a Lei nº 2.889/56 criou o crime de Genocídio no Brasil, houve ampliação no Sul do Estado de Mato Grosso do Sul do processo de invasão e espoliação das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas Guarani.

Os crimes de genocídio da população indígenas documentados fartamente nos relatórios governamentais supracitados nunca foram denunciados e ou apurados pelo Sistema de Justiça brasileiro.

2.2 Impacto ocorrido após a redemocratização

A Reserva Indígena Dourados deve ser encarada como a maior tragédia mundial conhecida da questão indígena. A mesma autora esclarece que referida reserva foi criada com o fim específico de confinamento dos indígenas até que fossem considerados prontos para integrar a sociedade. Enfatiza ainda, que a insuficiência de terras para o desenvolvimento da Cultura dos Guarani é que provoca os gravíssimos problemas já constatados tais como, altíssimo número de assassinatos, desnutrição infantil grave, altíssimo número de suicídios (DUPRAT, 2011).

Lúcia Helena Rangel (2011), esclarece que no Estado de Mato Grosso do Sul são registrados atualmente os casos mais graves de violência e desrespeito aos direitos humanos dos indígenas no país.

Por seu turno, Victoria Tauli-Corpuz, Relatora Especial da ONU para o direito dos povos indígenas, denuncia de forma contundente no recente documentário produzido pela organização a respeito da situação dos Guarani e Kaiowá no Estado de Mato Grosso do Sul, que, apesar do aniversário de 10 anos da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, a situação é de total desrespeito ao documento internacional:

O que temos visto é uma violação dos direitos humanos que começou desde a colonização e permanece até hoje.

Não há leis que estejam realmente sendo aplicadas que possam garantir que os direitos dos povos indígenas sejam inteiramente respeitados. Esses acordos contêm essas medidas, mas muitos desses pactos entre os indígenas e o governo têm sido violados. (TAULI-CORPUZ, 2018)

No mesmo sentido, a Comissão Nacional da Verdade divulgou, recentemente (2014), seu Relatório Final que aponta, dentre outras recomendações, a necessidade de maior investigação a respeito das agressões aos direitos humanos dos indígenas no período compreendido entre 1946/1988. Referido relatório propõe até mesmo a necessidade de criação de uma Comissão da Verdade, ou algo neste sentido, com fins específicos para apuração dos abusos cometidos pelo Estado brasileiro em face de nossos povos indígenas.

O Coordenador da Licenciatura Indígena na FAIND, alerta, além da questão já mencionada da criação das reservas indígenas no início do Século XX, período de 1910/1969, que na Reserva Indígena de Dourados, hoje, existem mais de 16 mil habitantes em apenas 3 mil hectares. Essa reserva é considerada a maior área de confinamento indígena do mundo e o termo confinamento não é utilizado por acaso, já que, pretende demonstrar que o espaço é totalmente inapropriado para que os indígenas de referida reserva possam desenvolver suas culturas habituais de prática de caça, pesca, coleta de frutos, remédios, etc. Afirmo ainda Machado que a situação é tão grave que foram registrados entre os anos de 2000 e 2015, mais de 700 suicídios de indivíduos Guarani e Kaiowá dada a total falta de perspectiva de esperança em um futuro melhor para suas vidas (MACHADO, 2018).

2.3. Impacto de uma Democracia de Baixa Intensidade

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em âmbito nacional e a Convenção número 169 da Organização Internacional do Trabalho, no âmbito do direito Internacional representam dois marcos jurídicos muito importantes com relação a proteção dos povos indígenas, com especial destaque para preservação da cultura seu território.

No âmbito interno, no artigo 231 de nossa Magna Carta, o legislador constituinte fez questão de proteger a organização social, costumes, línguas, crenças, tradições, além é claro, dos territórios indígenas. O texto protege ainda as riquezas do solo, dos rios e dos lagos, impede a remoção dos grupos indígenas de suas terras além de condicionar o uso de seu território para aproveitamento de recursos hídricos e riquezas minerais a aprovação prévia do Congresso nacional (BRASIL, 1988).

Noutro giro, no âmbito internacional, como já mencionado, a Convenção número 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais reforça a proteção dos direitos e garantias fundamentais dos povos tradicionais, determinando, especialmente em seus artigos 14 e 15 a obrigação de consulta e participação dos povos indígenas com relação ao uso, gestão, controle de acesso e conservação de seus territórios, bem como o direito de indenização por danos causados e reforça a proteção de nossa Magna Carta com relação a remoção de suas terras tradicionais. (OIT, 1993)

Um exemplo evidente de uma democracia de baixa intensidade nos termos lecionados por Boaventura de Sousa Santos, acima observados, é a falta de representatividade dos povos tradicionais nas decisões políticas do país e, conseqüentemente, o altíssimo grau de abandono e desrespeito aos direitos e garantias fundamentais dessa população. A título de exemplo, o artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 jamais foi cumprido, senão vejamos: “Art. 67. A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição”.

Atualmente, não bastasse a falta de cumprimento das disposições transitórias apresentada no parágrafo anterior, há um profundo abismo no que foi preconizado pela nossa Magna Carta em seu artigo 231, e, atualmente, está em discussão no Congresso Nacional o Projeto de Lei número 490 que pretende estabelecer um Marco Temporal em que apenas as áreas ocupadas pelos povos

indígenas brasileiros no momento da promulgação da Constituição Federal de 1988 poderão ser reconhecidas e demarcadas.

Por 41 votos favoráveis e 20 votos contrários, o mencionado projeto avançou e foi aprovado na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, tendo como relator do projeto 490/2007, Arthur Maia. Se faz necessário destacar que a aprovação ocorreu sem ouvir as centenas de lideranças indígenas que se manifestavam há semanas contra a medida e que foram reprimidas violentamente pelas forças de segurança do Distrito Federal (MIOTTO, 2021)

Referida manobra legislativa desrespeita o preconizado na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho e pretende passar a frente de um julgamento que se arrasta no Supremo Tribunal Federal que já possui maioria formada no sentido de considerar referido entendimento inconstitucional.

2.4 Impacto da Ascensão do Totalitarismo ou do Estado Pós-Democrático

Segundo Davi Kopenawa, liderança do povo Yanomami, "Já existem cerca de 20.000 mineiros ilegais invadindo nosso território, contaminando nossas águas e trazendo de volta doenças como a intoxicação por mercúrio e a malária" (ONU, 2020).

A mineração ilegal em áreas de povos tradicionais isolados, em tempos normais, compreendido como períodos sem a existência da disseminação de um vírus pandêmico, já representaria um verdadeiro genocídio desta população pela falta de imunidade e resistência a um simples vírus da gripe. Em tempos de Pandemia da Covid-19 é impossível mensurar o tamanho da tragédia humanitária.

A Associação Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), composta pela Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (COIAB), a Articulação dos Povos e Organizações Indígenas do Nordeste, Minas Gerais e Espírito Santo (APOINME), da Articulação dos Povos Indígenas do Sul

(ARPINSUL), da Articulação dos Povos Indígenas do Sudeste (ARPINSUDESTE) e do Conselho dos Povos Indígenas do Mato Grosso do Sul e da Grande Assembleia do Povo Guarani (ATY GUASU) em manifesto publicado em 2 de novembro de 2019 realizou contundente denúncia em face do Governo Federal:

O Governo Bolsonaro tem sangue indígena nas mãos, o aumento da violência nos territórios indígenas é um reflexo direto de seu discurso de ódio, assim como suas medidas contra os povos indígenas no Brasil. Nossas terras estão sendo invadidas, nossos líderes assassinados, atacados e criminalizados, e o Estado brasileiro está abandonando os povos indígenas à sua sorte com o contínuo desmantelamento das políticas ambientais e indígenas. (APIB, 2019).

Por seu turno, Raoni Metuktire conseguiu reunir em janeiro de 2020 mais de 600 lideranças indígenas, representando 45 povos indígenas e várias comunidades tradicionais, ocasião em que foi organizado um documento para denunciar o projeto político de genocídio, etnocídio e ecocídio que está em curso pelo Estado brasileiro. Em carta aberta ficou registrado que:

As ameaças e o discurso de ódio do governo atual encorajam a violência contra os povos indígenas, o assassinato de nossos líderes e a invasão de nossas terras. O atual Presidente da República está ameaçando nossos direitos, nossa saúde, nosso território [...] O governo atual está planejando liberar a mineração de minerais e a criação de gado em nossos territórios. O governo atual está nos atacando, quer tirar a terra de nossas mãos. [...] Exigimos respeito pelo Acordo que garante a continuidade dos serviços relacionados à política de saúde indígena. [...] Exigidos a aplicação da política indígena da FUNAIS e SESAI para todos os povos e terras indígenas no Brasil, e não apenas para as terras indígenas aprovadas.

Segundo a ONG AMAZON WATCH:

A ascensão do político de extrema-direita Jair Bolsonaro à presidência do Brasil está exacerbando profundamente a crise ambiental e de direitos humanos. Desde que chegou ao poder, seu governo reduziu as regras socioambientais que são fundamentais para preservar a integridade ecológica da Amazônia e o bem-estar dos povos da floresta. Os graves

contratempos políticos vêm como parte de um ataque generalizado aos princípios e instituições democráticas do país (AMAZON WATCH, 2019).

Até o momento do fechamento deste capítulo de livro, julho de 2021, o Presidente da República já havia sido representado 5 (cinco) vezes no Tribunal Penal Internacional por Crime de Genocídio e Crimes Contra a Humanidade, crimes de jurisdição do Estatuto de Roma que estabeleceu a jurisdição do TIP para crimes de alta gravidade.

Destas representações, duas, especialmente relacionadas com os crimes de Genocídio e Crimes Contra a Humanidade em face de nossa população indígena.

Uma representação realizada pelos Caciques Raoni Metuktire, Almir Surui e a Associação Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), fundamentada no artigo 7º do Estatuto de Roma, por Crimes Contra a Humanidade descrevendo, especialmente, ações de destruição da Floresta Amazônica, assassinatos, perseguição e transferência forçada dos povos indígenas. A denúncia é bem complexa e incisiva ao ponto de Willian Bordon o presidente brasileiro anunciou, planejou e implementou uma sistemática política de destruição ao mesmo tempo em que a justiça brasileira demonstra ser incapaz de interromper essas ações. A representação denuncia a gestão do Presidente da República na Pandemia da Covid19 como criminosa, destacando os atos que fundamentam a denúncia (METUKTIRI; SURUI, 2020).

E uma segunda representação realizada pelo Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos e Comissão Arns que se fundamentou nos crimes de Genocídio e Crimes Contra a Humanidade, respectivamente previstos nos artigos 6º e 7º do Estatuto de Roma, registrando a existência de ataques sistemáticos e generalizados, além de incitação à genocídio contra povos indígenas realizados por Jair Bolsonaro. Sustentou a existência de discurso sistemático do denunciado no sentido de desautorizar a aplicação das leis protetivas ao meio ambiente e de despreço tanto aos povos indígenas quanto à participação da sociedade civil

promovendo violência contra esses povos e defensores de direitos humanos. Destacou o desprezo do Presidente pelas informações científicas quando não se coadunam com seus interesses, provocando um clima de extrema insegurança e direitos socioambientais, bem como, o crescente número de assassinatos, destruição da floresta e, conseqüentemente, as condições de vida da população indígena (MACHADO; SANTOS, 2020).

Considerações Finais

Como foi possível observar, não há precedente para o momento histórico, filosófico, político, social, econômico e democrático que vivenciamos em nosso país.

A bem da verdade, como demonstrado por vários autores, em especial, neste capítulo, Pedro Estevan Alves Pinto Serrano, Rubens R. R. Casara e Boaventura de Souza Santos e Jessé de Souza, a despeito do que foi muito comemorado e preconizado com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a democracia plena, com acesso garantido aos direitos e garantias fundamentais e sociais para toda a população brasileira, jamais foi alcançada.

Ademais, o que vem sendo observado é a rápida deterioração dos pilares constituídos nas democracias liberais, constituídos a partir do constitucionalismo de João Sem Terra, fenômeno observado não só no Brasil, mas também em países como os Estados Unidos da América, Inglaterra e outros países europeus, a partir das influências do liberalismo de Margaret Thatcher e Ronald Reagan e, principalmente, de normas jurídicas de combate ao terrorismo após o Atentado Terrorista de 11 de Setembro a exemplo do *“Patriot Act”* que são exemplos de mecanismos econômicos e legais que desvirtuam o sistema de justiça, provocam a criação de inimigos internos e medidas de exceção dentro de uma estrutura aparentemente democrática de direito.

Nosso país tem vivenciados arroubos totalitários principalmente a partir das jornadas de julho de 2013, no entanto, acreditamos que ninguém previu uma situação em que um

Presidente da República brasileiro fosse denunciado no Tribunal Penal Internacional não uma vez, mas cinco vezes em um período temporal de apenas 2 anos.

Os fatos apresentados no desenvolvimento deste capítulo demonstra a gravidade da deterioração dos direitos e garantias fundamentais e sociais da sociedade brasileira, em especial, de minorias como os povos tradicionais.

Referências

BODIN, Jean. **Les Six Livres de la République, Livro I, Capítulo VIII, p.179** apud RISCAL, Sandra Aparecida. O conceito de soberania em Jean Bodin: um estudo do desenvolvimento das ideias de Administração Pública, Governo e Estado no século XVI. Tese de Doutorado, UNICAMP, 2001, p.05. Disponível em: <http://libdigi.unicamp.br>. Acesso em: 23/07/2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almeida, 2003.

DUPRAT, Deborah. **Dourados é talvez a maior tragédia conhecida na questão indígena em todo o mundo**. in: As violências contra os povos indígenas em Mato Grosso do Sul e as resistências do Bem Viver por uma Terra Sem Males – Dados 2003 – 2010.

Campo Grande: CIMI, 2011.

FIGUEIREDO CORREA, Jader. Relatório Figueiredo, 1968.

MACHADO, FÁVIO VICENTE. **As imprescritíveis violências contra Povos Indígenas em Mato Grosso do Sul**. in: As violências contra os povos indígenas em Mato Grosso do Sul e as resistências do Bem Viver por uma Terra Sem Males – Dados 2003 –2010. Campo Grande: CIMI, 2011.

MACHADO, Eloisa; SANTOS, Juliana Vieira. **Incitação ao genocídio dos povos indígenas e ataques sistemáticos aos direitos socioambientais**. In: ASANO, Camila Lissa; VENTURA, Deisy de Freitas Lima; AITH, Fernando Mussa Abujamra; REIS, Rossana Rocha. Direitos na Pandemia: mapeamento e análises das normas

jurídicas de resposta à Covid-19 no Brasil. Boletim nº 4. São Paulo: CONECTAS Direitos Humanos/CEPEDISA, 2020. Disponível em <https://www.conectas.org/publicacao/boletim-direitos-na-pandemia-no-4/>. Acessado em 02/06/2021.

METUKTIRI, Raoni; SURUI, ALMIR. **Comunicação nos termos do artigo 15 do Estatuto de Roma por Crimes Contra a Humanidade contra o Senhor Presidente da República Jair Messias Bolsonaro e contra qualquer perpetrador e cúmplice que a investigação venha a estabelecer.** HAIA: 2020. Disponível em <https://apublica.org/wp-content/uploads/2021/01/v-finale-portugais-amazone-projet-de-communication-cpi-v5-confidentiel-copie.pdf>. Acessado em 19/07/2021.

MIOTTO, Tiago. **PL 490: veja como votaram deputados e partidos na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara. Campo Grande:** CIMI, 2021. Disponível em <https://cimi.org.br/2021/07/pl-490-como-votaram-deputados-partidos-comissao-constituicao-justica-camara/>. Acessado em 23/07/2021.

RANGEL, Lúcia Helena. **A violência em números, gráficos e Mapas.** in: As violências contra os povos indígenas em Mato Grosso do Sul e as resistências do Bem Viver por uma Terra Sem Males – Dados 2003 – 2010. Campo Grande: CIMI, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a Democracia. Os caminhos da democracia participativa.** In: SANTOS, Boaventura de Sousa. Para Novos Manifestos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e Golpes na América Latina.** Alameda: São Paulo, 2016.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Estado de Exceção e Autoritarismo Líquido na América Latina. In: *Poliética*. São Paulo, v. 8, n. 1, pp. 94-125, 2020. Disponível em <file:///C:/Users/UsuArio/Desktop/MaterialparaCapADtulosdeivro/EstadodeexceAA3oeautoritarismo01ADquidonaAmricaLatina.pdf>. Acessado em 21/07/2021.

SOUZA, Jessé de. **A Elite do Atraso: da escravidão à lava jato. Da Escravidão à Lava Jato.** Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2017.

AMAZON WATCH, *Complicity in Destruction II : how northern consumers and financiers enable Bolsonaro's assault on the Brazilian Amazon*, avril 2019. Disponível em: <https://amazonwatch.org/assets/files/2019-complicity-in-destruction-2.pdf>

Os artigos que compõem a coletânea foram apresentados no XIII Simpósio Científico-Cultural (SCIENCULT) 2019 realizado pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), Paranaíba-MS, com o intuito de fomentar o debate, a discussão pedagógica e a reflexão, por meio do diálogo de temáticas relacionadas aos direitos humanos, políticas públicas, cultura e sociedade, dentre outras. O evento se fez de suma importância, já que revelou o papel essencial da comunidade acadêmica sobre temas de interesse em geral.

O SCIENCULT 2019 contou com palestras, exposições de trabalhos e pesquisas produzidas por discentes e docentes concluídas e/ou em andamento, além de grupos de trabalho (GT); proporcionou aos participantes intensos e enriquecedores momentos de análise e compreensão das principais questões jurídico-sociais contemporâneas.

Os Organizadores

